

A 13646-6

**Beglaubigte Abschrift (Telekopie gemäß § 169 Abs. 3 ZPO)****I-6 U 166/13**

12 O 581/12

Landgericht Düsseldorf



Verkündet am 29.01.2015

Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF****IM NAMEN DES VOLKES****URTEIL**

In dem Rechtsstreit

verbraucherzentrale

Bundesverband

29. Jan. 2015

EINGEGANGEN

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

**Klägers und Berufungsklägers,**

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

die **Simyo GmbH**, vertreten durch ihren Geschäftsführer Herrn Nicolas Biagosch, Ernst-Gnoß-Straße 24, 40219 Düsseldorf,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 2014 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht , den Richter am Oberlandesgericht und die Richterin am Oberlandesgericht

- 2 -

**für Recht erkannt:**

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das am 11. Dezember 2013 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf (12 O 581/12) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Mobilfunkdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. Bei Nutzung der elektronischen Rechnung gilt diese als zugegangen, wenn diese im persönlichen Service Bereich des Kunden zur Verfügung steht.

[6. Rechnung, Einwendungen gegen die Rechnung 6.4]

2. postalischer Rechnungsversand je Rechnung 5,11 €

[Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen-Sonstige Preise];

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.11.2012 zu zahlen.

III. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

IV. Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

- 3 -

Gründe:

I.

Der Kläger, der nach seiner Satzung Verbraucherinteressen wahrnimmt und ein in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverein ist, nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung folgender in deren Vertragsformularen enthaltenen Regelungen in Anspruch:

1. Bei Nutzung der elektronischen Rechnung gilt diese als zugegangen, wenn diese im persönlichen Service Bereich des Kunden zur Verfügung steht.

[6. Rechnung, Einwendungen gegen die Rechnung 6.4]

2. postalischer Rechnungsversand je Rechnung 5,11 €

[Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen-Sonstige Preise];

Wegen des erstinstanzlichen Sachverhalts wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 ZPO.

Das Landgericht hat die Klage hinsichtlich der unter Ziffer 2. dargestellten Regelung als unbegründet abgewiesen und die Beklagte unter Zuerkennung von vorgerichtlichen Abmahnkosten in Höhe von 214,00 € nebst Zinsen verurteilt, es zu unterlassen, die unter Ziffer 1. dargestellte Bestimmung oder mit dieser inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Mobilfunkdienstleistungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe einen Anspruch gegen die Beklagte aus § 1 UKlaG in Verbindung mit § 308 Nr. 6 BGB, es zu unterlassen, in Verträge über Mobilfunkdienstleistungen mit Verbrauchern die Bestimmung „Bei Nutzung der elektronischen Rechnung gilt diese als zugegangen, wenn diese im persönlichen Service Bereich des Kunden zur Verfügung steht.“ einzubeziehen oder sich auf die Bestimmung bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen. Die Bestimmung stelle eine Vertragsbedingung im Sinne einer

- 4 -

Allgemeinen Geschäftsbedingung dar, denn es handele sich um eine für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Bedingung, die die Beklagte verwende. Die Regelung verstoße gegen § 308 Nr. 6 BGB, da die Beklagte bei der im Unterlassungsklageverfahren gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung damit eine Zugangsfiktion postuliere. § 308 Nr. 6 BGB betreffe Klauseln, die ein Verhalten des Verwenders umschrieben und die außerdem bestimmten, dass die Erklärung als zugegangen gelten solle, wenn die aufgeführten Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien. Dies sei hier der Fall. Der Zugang setze allgemein voraus, dass eine Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt sei, dass die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben sei. Davon weiche die angegriffene Klausel ab, indem es nach der im Verbandsklageverfahren geltenden kundenfeindlichsten Auslegung auf die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht mehr ankomme und ein Zugang nach der Klausel auch dann eintrete, wenn der „persönliche Service-Bereich des Kunden“ beispielsweise aufgrund technischer Störungen nicht erreichbar sei. Die Behauptung der Beklagten, derartige Störungen seien abstrus und lebensfremd, vermöge die Kammer nicht nachzuvollziehen; zumindest temporäre Ausfälle im DSL- bzw. Mobilfunknetz und/oder bei den von der Beklagten genutzten Servern zur Darstellung des persönlichen Service-Bereichs der Kunden und/oder sonstiger technischer Einrichtungen entlang der Distanz zwischen Verbraucher und Verwender seien jedenfalls nicht von solch theoretischer Natur, dass sie nach der Lebenswahrscheinlichkeit als ausgeschlossen betrachtet werden könnten und auch im Rahmen der kundenfeindlichsten Auslegung nicht zu berücksichtigen seien.

Dagegen stehe dem Kläger unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte in Bezug auf die zum Gegenstand des Klageantrags zu I. 2. gemachte Bestimmung zu. Die beanstandete Preisklausel stelle bereits keine der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede dar, denn es handele sich nicht um die Vereinbarung eines Entgelts für eine von der Beklagten im eigenen Interesse oder in Erfüllung eigener gesetzlicher oder nebenvertraglich begründeter Pflichten. Entgegen der Argumentation des Klägers gehe es bei der inhaltlich betroffenen Leistung „postalischer Rechnungsversand“ nicht um die Erfüllung einer gesetzlichen oder nebenvertraglichen Pflicht, da nicht zu erkennen sei, dass für die Form der unzweifelhaft zu erteilenden Rechnung Vorgaben dahingehend gelten würden, dass diese als Papierrechnung zu erteilen sei. Die Beklagte komme ihrer Pflicht zur

- 5 -

Rechnungslegung durch Erteilen einer Online-Rechnung nach. Dass diese Leistung auch nicht im eigenen Interesse der Beklagten erfolge, erhelle gerade der Umstand, dass der Beklagten ersichtlich daran gelegen sei, die Vertragsdurchführung soweit möglich online abzuwickeln. Aber auch bei unterstellter Kontrollfähigkeit sei keine unangemessene Benachteiligung der Verbraucher gegeben. Eine solche ergebe sich insbesondere nicht aus einer zwangsweisen Verweisung der Kunden der Beklagten auf eine Online-Rechnung. Ein Fall der zwingenden Online-Rechnung, wie sie in der von den Parteien zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 2009, 3227 „Time & More Web“) in dem die Entscheidung nicht tragenden Begründungsabschnitt als möglicherweise unangemessene Benachteiligung erwähnt sei, liege nicht vor, da die Beklagte eine Papier-Rechnung, wenn auch gegen die in der beanstandeten Klausel vorgesehene Kostenposition, anbiete. Ob dabei der Online-Tarif zu günstigeren Konditionen als der Normaltarif angeboten werde oder ob grundsätzlich ein Online-Tarif angeboten werde, bei dem gegen höhere Kosten auch eine Papierrechnung vereinbart werden könne, begründe keinen erheblichen Unterschied. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte den Vertragsabschluss nur online anbiete, weshalb nichts dagegen zu erinnern sei, die Online-Abwicklung grundsätzlich für die Vertragsdurchführung vorzusehen. Dass eine konkrete Abschlussmöglichkeit offline zur Verfügung stehe, habe der Kläger nicht näher dargelegt.

Da die Abmahnung im Umfang des Antrags zu I. 1. berechtigt gewesen sei, stehe dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung der Kosten der Abmahnung zu. Die Kosten seien auf der Grundlage der Kostenermittlung des Klägers sowie der in vergleichbaren Verfahren bekannt gewordenen Kostenermittlung der Höhe nach gerechtfertigt.

Hiergegen wenden sich der Kläger und die Beklagte - soweit sie unterlegen sind - jeweils mit dem Rechtsmittel der Berufung.

Der Kläger verteidigt das Urteil soweit zu seinen Gunsten entschieden worden ist und verfolgt seinen auf Unterlassung der Regelung bezüglich der Gebühr für den postalischen Rechnungsversand gerichteten Antrag weiter. Er macht - unter anderem unter Hinweis auf ein als Anlage BE 2 vorgelegtes am 09.01.2014 verkündetes Urteil des OLG Frankfurt/Main (1 U 26/13) - geltend, das Landgericht habe eine eigene Pflichterfüllung und die Wahrnehmung von Eigeninteressen durch die Beklagte zu Unrecht verneint. Die Beklagte sei sehr wohl gehalten, eine Papierrechnung an-

- 6 -

zubieten, um einem Verbot der Regelung über die Rechnungslegung zu entgehen. Der Bundesgerichtshof habe in der vom Landgericht zitierten Entscheidung deutlich darauf aufmerksam gemacht, dass auf die Personen Rücksicht zu nehmen sei, die Interesse an der Übermittlung einer Papierrechnung hätten. Auch hätte das Landgericht berücksichtigen müssen, dass die Beklagte selbst von ihrem eigenen „Online-Postulat“ abweiche, indem sie von den Kunden verlange, Einwendungen gegen die Höhe der Rechnung schriftlich zu erheben. Die Frage, in wessen Interesse die Übermittlung einer Papierrechnung erfolge, könne nicht abstrakt beantwortet werden. Richtigerweise sei anzunehmen, dass die Beklagte die Papierrechnung vornehmlich in eigenem Interesse anbiete und zwar schon wegen der Folgen, die an ihren Zugang geknüpft seien. Dann verbiete es sich aber, hierfür zusätzliche Entgelte zu generieren. Das Landgericht habe die BGH-Entscheidung missverstanden, weil dieser schon nicht zu entnehmen sei, dass der BGH eine höhere Bepreisung bei der Übermittlung einer Papierrechnung billigen würde. Jedenfalls unterscheide sich die vorliegende Situation von derjenigen, die der BGH-Entscheidung zugrunde gelegen habe, weil die Beklagte mit einem bestimmten Tarif am Markt auftrete und einzelne Kunden, die eine Papierrechnung wünschten, dann mit einem Zusatzentgelt belaste.

Der Kläger beantragt (sinngemäß),

die Beklagte unter teilweiser Abänderung des am 11.12.2103 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (12 O 581/12) zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Mobilfunkdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

2. postalischer Rechnungsversand je Rechnung 5,11 €  
[Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen-Sonstige Preise];

und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt (sinngemäß),

die Berufung des Klägers zurückzuweisen sowie die Klage unter teilweiser Abänderung des am 11.12.2103 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (12 O 581/12) insgesamt abzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Sie macht im Übrigen geltend, das Landgericht habe die tatsächlichen Umstände im Hinblick auf die angenommenen technischen Störungen verkannt und die Klausel rechtlich unzutreffend gewertet. Mehr als Allgemeinplätze dazu, dass technische Störungen den Zugang zum Online-Portal der Beklagten und dem dort eingerichteten persönlichen Service-Bereich des Kunden stören könnten, enthalte der Vortrag des Klägers nicht. Maßgeblich sei nicht, dass sich ein allgemeines Lebensrisiko wie ein Netzausfall oder vorübergehende Verbindungsstörungen realisieren könnten, sondern der Regelfall. Dieser aber bestehe darin, dass die internetbasierte Kundenkommunikation in der Regel und bis auf allenfalls kurzfristige und vorübergehende Störungen absolut fehlerfrei funktioniere. Vor diesem Hintergrund erweise sich die Annahme des Landgerichts, die Klausel weiche von dem gesetzlichen Grundsatz ab, wonach der Zugang von der Möglichkeit der Kenntnisnahme abhängt, als nicht haltbar.

Selbst dass es zu temporären Ausfällen kommen könne, bedeute nicht, dass die Unwirksamkeit der Klausel nach § 308 Nr. 6 BGB festzustellen sei. Der auf ihrem Server eingerichtete persönliche Service-Bereich des Kunden sei einem Briefkasten vergleichbar, der bei ihr oder anderen Unternehmen aufgrund einer Vereinbarung mit dem Kunden vorgehalten werde. Nach dem nach der Verkehrsanschauung gewöhnlichen und üblichen Lauf der Dinge sei zu erwarten, dass der Kunde von der Erklärung Kenntnis nehmen könne, die über die vereinbarungsgemäß zur Verfügung gestellte Einrichtung eingegangen sei. Insoweit stelle sich die Rechtslage nicht anders dar, als beim Zugang von Willenserklärungen per Post. Auch diese gälten mit der Einbringung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Zeitpunkt als zugegangen. Sollten im Einzelfall besondere dem Zugang entgegenstehende Um-

- 8 -

stände vorgelegen haben, wäre es auch nach der gesetzlichen Regelung Sache des Erklärungsempfängers, darzulegen, dass der Zugang nicht erfolgt sei.

Zur Vervollständigung des Vorbringens der Parteien zum Sach- und Streitstand wird auf die gewechselten Schriftsätze, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 30. Oktober 2014 und die in diesem Urteil getroffenen Feststellungen verwiesen.

## II.

Die Berufung des Klägers ist begründet, wohingegen die Berufung der Beklagten ohne Erfolg bleibt. Dem Kläger steht ein Anspruch gegen die Beklagte zu, es zu unterlassen, die im Klageantrag genannten Bestimmungen zu verwenden, § 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG i.V.m. §§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1, 308 Nr. 6 ff. BGB.

1. Der Kläger ist kraft Eintragung in die beim Bundesamt für Justiz geführte Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 4 UKlaG aktivlegitimiert.

2. Der Anwendungsbereich von § 1 UKlaG ist eröffnet. Bei den vom Kläger beanstandeten auf eine Vielzahl von Einzelverträgen anwendbaren Bestimmungen in den Vertragsbedingungen der Beklagten handelt es sich jeweils um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, die einer rechtlichen Kontrolle nach den §§ 307 – 309 BGB unterliegen.

a) Eine Allgemeine Geschäftsbedingung liegt nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB vor bei allen für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt. Darunter fallen alle Regelungen, die den Vertragsinhalt gestalten sollen. Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt demnach eine Erklärung des Verwenders voraus, die den Vertragsinhalt regeln soll. Das ist hinsichtlich beider Regelungen der Fall. Bei der Klausel gemäß Klageantrag zu I. 1. steht dies, ebenso wie deren grundsätzliche Kontrollfähigkeit, außer Streit. Auch die Klausel gemäß Klageantrag zu I. 2. stellt eine Vertragsbedingung dar, da sie einen Gestaltungsrahmen eröffnet, weil die Beklagte unter Berufung auf die Klausel ein Entgelt von 5,11 € pro Rechnung für den postalischen Rechnungsversand verlangen kann.

- 9 -

b) Die Klausel gemäß Klageantrag zu I. 2. stellt eine sogenannte Preisnebenabrede dar, die der Inhaltskontrolle unterliegt. Nach § 307 Abs. 3 BGB sind nur solche Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 307 Abs. 1 und Abs. 2, 308, 309 BGB kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzende Regelungen enthalten. Insoweit ist zwischen Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regelnden sogenannten Preisabreden, die wegen § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sind, und grundsätzlich kontrollfähigen sogenannten Preisnebenabreden zu unterscheiden. Letztere sind Abreden, die sich zwar mittelbar auf den Preis auswirken, an deren Stelle aber bei Fehlen einer wirksamen vertraglichen Regelung dispositives Gesetzesrecht treten kann. Diese unterliegen der Inhaltskontrolle allerdings dann nicht, wenn sie ein Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzlich angebotene Sonder-, Neben- oder Zusatzleistung festlegen. Hingegen stellen Regelungen, die kein Entgelt für gegenüber den Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbrachte Sonderleistungen zum Gegenstand haben, sondern Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten des Klauselverwenders oder für Tätigkeiten in dessen eigenem Interesse auf den Kunden abwälzen, eine kontrollfähige Abweichung von Rechtsvorschriften dar (BGH, Urt. v. 13. Januar 2011 - III ZR 78/10 und statt anderer Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Auflage 2013, § 307 BGB Rn 46 - 49 m.w.N.).

Die Klausel regelt nicht den für die Mobilfunkdienstleistungen der Beklagten zu zahlenden Preis, sondern ein Entgelt für ein von ihr angebotenes Nebenprodukt, das nach dem Konzept des Vertrages, nach dem die Rechnungen grundsätzlich elektronisch abrufbar erteilt werden, lediglich als Ausnahme anfällt. Es handelt sich daher um eine Preisnebenabrede (so zu einer inhaltsgleichen Bestimmung BGH, Urt. v. 09.10.2014 - III ZR 332/14, Rn 38).

**3. Die Klauseln halten einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB nicht stand.**

a) Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die von der Beklagten vorformulierte Vertragsbedingung, wonach bei Nutzung der elektronischen Rechnung diese als zugegangen gilt, wenn sie im persönlichen Service-Bereich des Kunden zur Verfügung steht und der Kunde hierüber informiert wurde, gegen § 308 Nr. 6 BGB verstößt und daher unwirksam ist. Bei kundenfeindlichster Auslegung, die hier zu-

- 10 -

grunde zu legen ist, postuliert die Klausel eine von der rein tatsächlichen Möglichkeit der Kenntnisnahme unabhängige Zugangsfiktion.

**aa)** Nach § 308 Nr. 6 BGB ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt. Die Vorschrift, die Zugangsfiktionen nur für Erklärungen ohne besondere Bedeutung gestattet, ist einschlägig. Unter den Begriff der Erklärung von besonderer Bedeutung fallen alle Erklärungen, die für den Kunden mit nachteiligen Rechtsfolgen verbunden sind wie zum Beispiel die Kündigung oder Mahnung (Palandt/Grüneberg, § 308 Nr. 6 Rn 37 m. N.). Die Rechnungen der Beklagten als Mobilfunkanbieter stellen Erklärungen von besonderer Bedeutung i.S.v. § 308 Nr. 6 BGB dar. Dies ergibt sich daraus, dass mit ihrem Zugang rechtserhebliche Folgen verbunden sind, wie die Fälligkeit [6.4 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen (Postpaid) der Beklagten, Anlage K 1, Bl. 13 ff. GA] und der Beginn der Beanstandungsfrist (6.5 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten) bzw. nach § 45i TKG. Außerdem gerät der Kunde nach § 286 Abs. 3 S. 1 BGB auch ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht innerhalb von 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder gleichwertigen Zahlungsaufstellung leistet.

Unter die Regelung fallen Beweiserleichterungen bezüglich des Zugangs von Erklärungen aller Art bis hin zum formularmäßigen Verzicht auf den Zugang, aber auch alle Arten der Erleichterung des Zugangs oder des Zugangsnachweises. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Rechnung der Beklagten nach der vom Kläger beanstandeten Klausel als zugegangen gelten soll, wenn die Beklagte die elektronische Rechnung dem Kunden in seinem persönlichen Servicebereich zur Verfügung gestellt und den Kunden hierüber per E-Mail informiert hat. Darin liegt eine Beweiserleichterung zugunsten der Beklagten, da aufgrund der Zugangsfiktion im Streitfall der Kunde beweisen müsste, dass ihm die Rechnung nicht zugegangen ist.

**bb)** Dass die vom Kläger beanstandete Vertragsbedingung eine Erleichterung des Zugangsnachweises beinhaltet, stellt die Beklagte nicht in Abrede. Sie stellt in der Berufungsbegründung schwerpunktmäßig darauf ab, das Landgericht habe die Möglichkeit technischer Störungen und von daraus womöglich resultierenden Zugangsschwierigkeiten überschätzt und verkannt, dass der Zugang einer Willenserklärung

- 11 -

nur die Möglichkeit der Kenntnisnahme voraussetze. Damit kann die Berufung der Beklagten jedoch nicht durchdringen.

(1) Ob die Klausel womöglich bereits deshalb unwirksam ist, weil sie zumindest bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung nicht erkennen lässt, dass die in ihr enthaltene Zugangsfiktion die zu § 130 BGB entwickelten Beweislastgrundsätze beachtet, mag offen bleiben. Hierfür könnte aber immerhin sprechen, dass für den Zugang i.S.v. § 130 BGB allgemeinen Grundsätzen entsprechend der Erklärende die Beweislast trägt (Palandt/Ellenberger, § 130 Rn 21) und § 309 Nr. 12 BGB jegliche Änderung der Beweislast zum Nachteil des Kunden verbietet, gleichgültig ob es sich um gesetzliche oder richterrechtliche Beweislastregeln handelt (Palandt/Grüneberg, § 309 Rn 107 unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2005, 1496 ff.). Dass die Zugangsfiktion nur dann gilt, wenn die Beklagte nachweisen kann, die Rechnung im persönlichen Servicebereich des Kunden zur Verfügung gestellt und den Kunden hierüber informiert zu haben, ist der Regelung unter 6.4 (Bl. 17 GA) nicht zu entnehmen.

(2) Die Klausel ist jedenfalls unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse unwirksam. Wie das Landgericht richtig angenommen hat, kommt es nach dem der Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung zu entnehmenden Inhalt auf die tatsächliche Kenntnisnahme-Möglichkeit nicht an, sodass ein Zugang auch dann als zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgt fingiert würde, wenn der persönliche Service-Bereich aufgrund einer technischen Störung nicht erreichbar gewesen wäre. Davon, dass derartige Störungen in aller Regel kurzfristig und vorübergehend sind, ist das Landgericht ausgegangen, sodass der hierauf abhebende Berufungsangriff fehl geht. Derartige Ausfälle sind aber auch bei der Inhaltskontrolle zu berücksichtigen, solange die „internetbasierte Kundenkommunikation“ nicht „absolut fehlerfrei“ funktioniert. Dass dies schon der Fall ist, wird von der Beklagten nicht geltend gemacht. Im Gegenteil hält es der Senat auch aufgrund eigener Erfahrungen in diesem Bereich für allgemein bekannt, dass Störungen verschiedentlich auftreten. In welchem Umfang Störungen in der elektronischen Kommunikation beachtlich sind, ist nicht entscheidend. Die Klausel verstößt auch deshalb gegen §§ 308 Nr. 6, 309 Nr. 12, 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB, weil die Zugangsfiktion gilt, obwohl sich die Rechnung (auch) noch im Machtbereich der Beklagten befindet, nämlich auf deren Servern. Durch das Zurverfügungstellen in dem persönlichen Service-Bereich des Kunden ist die Rechnung für diesen zwar zugäng-

- 12 -

lich, aber noch nicht in dessen alleinigen Machtbereich gelangt, wie dies beim Einwurf einer postalisch übersandten Papierrechnung in den häuslichen Briefkasten des Kunden der Fall wäre.

**b)** Die Klausel unter Ziffer 2. des Klageantrages benachteiligt die Kunden der Beklagten in unangemessener Weise, weil ein Entgelt für eine Rechnung in Papierform mit wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes nicht vereinbar ist, § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Zu den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes gehört, dass jeder Rechtsunterworfenene seine Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten besteht daher nur dann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Ist das nicht der Fall, können Kosten nur dann auf Dritte abgewälzt werden, wenn es sich um Aufwendungen handelt, die in Erfüllung einer dem Kunden gegenüber zu erbringenden und nicht bereits durch die Vergütung für die Hauptleistung abgedeckten, also eigenständigen Dienstleistung angefallen sind. Jede Entgeltregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich nicht auf eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbrachte (Haupt- oder Neben-)Leistung stützt, sondern Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versucht, stellt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Abweichung von Rechtsvorschriften dar und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (BGH a.a.O. Rn 39).

**aa)** Eine Vorschrift, die einen Anspruch des Dienstleisters auf Ersatz von mit einer Rechnungsstellung und -übermittlung verbundenen Kosten regelt, existiert nicht.

**bb)** Die Klausel regelt auch keine rechtlich nicht geregelte eigenständige zusätzlich angebotene Sonder- oder Zusatzleistung der Beklagten, sondern beinhaltet die Abwälzung von Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich und vertraglich begründeter Pflichten der Beklagten sowie in ihrem eigenen Interesse vorgenommener Tätigkeiten auf deren Kunden.

**aa)** Das Landgericht geht von einem zu engen Leistungsbegriff aus, soweit es darauf abstellt, die Beklagte sei zu einem postalischen Rechnungsversand nicht verpflichtet. Maßgeblich ist allein, dass sich die Beklagte schon nach den Bestimmungen unter Ziffer 6 ihrer Vertragsbedingungen (Anlage K 1, Bl. 13 ff. GA) den Kunden gegenüber

- 13 -

zu einer monatlichen Rechnungsstellung verpflichtet hat. Diese muss, soweit nutzungsabhängige Leistungen in Rechnung gestellt werden, den Anforderungen der §§ 45e und 45h TKG genügen, also den Einzelbindungsnachweis enthalten sowie Entgelte für Leistungen Dritter ausweisen. Über die Form der Rechnungsstellung und von deren Übermittlung ist damit indes noch keine Aussage getroffen. Dass hierfür verschiedene Möglichkeiten in Betracht kommen, unter denen die Beklagte die „papierlose“ bevorzugt und zum Standard erhebt, macht aus dem postalischen Versand einer „Papier-Rechnung“ aber noch keine Sonderleistung, für welche die Beklagte generell eine separate Vergütung beanspruchen kann. Richtig mag zwar sein, dass sich aus keiner gesetzlichen Regelung ergibt, dass die Rechnung in einer bestimmten Form, wie beispielsweise der Schriftform nach § 126 BGB, zu erstellen und auf eine bestimmte Weise, wie etwa per Briefpost, Fax oder E-Mail, zu übermitteln ist (hierzu ausführlich BGH, Ur. v. 16. Juli 2009 – III ZR 299/08, NJW 2009, 3227 ff./juris Tz. 9 ff.). Darauf können Kontrollfreiheit und Wirksamkeit der Klausel vorliegend jedoch schon deshalb nicht gestützt werden, weil die Beklagte aus Rechtsgründen daran gehindert wäre, ausschließlich eine Online-Rechnungsstellung vorzunehmen. Denn abgesehen davon, dass weder der vorgenannten Entscheidung (BGH a.a.O./juris Tz. 21) noch dem Urteil vom 09.10.2014 (III ZR 32/14 - Rn 40) bereits eine Festlegung dahingehend zu entnehmen ist, dass der Bundesgerichtshof eine Klausel wie die vorliegende für wirksam hält, wenn der Anbieter sein Produkt allein über das Internet vertreibt, wendet sich die Beklagte mit ihrem Angebot zumindest nicht nachweisbar ausschließlich an Kunden, welche die Mobilfunkverträge mit ihr auf elektronischem Weg über das Internet abschließen.

**(1)** Es lässt sich nicht feststellen, dass die Beklagte, wie von ihr behauptet und vom Landgericht, wenn auch für den Senat nicht bindend, § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, zugrunde gelegt, den Vertragsabschluss nur online anbietet. Die dem Senat im Rahmen von § 529 ZPO von Amts wegen obliegende Prüfung des Akteninhalts ergibt, dass diese Feststellung des Landgerichts nicht richtig ist. Der Kläger hat die entsprechenden Behauptungen der Beklagten bestritten und in der Replik vom 14.10.2013 (dort Seite 2, Bl. 111 GA) mit dem Hinweis auf die Regelungen unter Ziffer 2.2 der Vertragsbedingungen der Beklagten dargetan, dass es eine konkrete Möglichkeit zum Offline-Vertragsabschluss gibt. Diesem Vorbringen ist die Beklagte nicht mehr entgegen getreten, sodass er als zugestanden gilt, § 138 ZPO.

- 14 -

Gemäß Satz 2 dieser Regelung kommt ein Vertrag auch dann zustande, wenn die Beklagte oder ein von ihr autorisierter Vertriebspartner dem Kunden eine freigeschaltete simyo-SIM-Karte übergibt und der Kunde damit nach Aktivierung der SIM-Karte durch simyo telefoniert oder andere entgeltpflichtige Leistungen von simyo in Anspruch nimmt. Zu berücksichtigen ist des Weiteren die Regelung unter 1.3, wonach „Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen, der Leistungsbeschreibung und der Entgelte dem Kunden schriftlich oder auf elektronischem Weg bekanntgegeben“ werden, „sofern die Geschäftsbeziehung auf elektronischem Weg begründet wurde (Online-Verfahren)“. Dass für ein nicht auf elektronischem Wege zustande gekommenes Vertragsverhältnis die beanstandete Regelung nicht gelten würde, hat die Beklagte nicht geltend gemacht.

Soweit die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt hat, dass die Möglichkeiten des Vertragsabschlusses gemäß Ziffer 2 Satz 2 tatsächlich nicht gegeben sind, sondern nur aufgrund eines redaktionellen Versehens in den Regelungen erwähnt werden, kann sie mit ihrem als neu zu wertenden Vortrag nicht gehört werden, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Warum sie den durch das Regelwerk belegten Sachvortrag des Klägers nicht im ersten Rechtszug bestritten hat, wird von der Beklagten nicht entschuldigt.

Es ist demnach zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Beklagte Verträge abschließt, die nicht allein über das Internet, respektive einen schon vorhandenen Internetanschluss des Kunden zustande gekommen sind und/oder die ausschließlich Telefonie-Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

**(2)** Hinzu kommt, dass das Vertragsverhältnis nicht ausschließlich von der elektronischen Kommunikation geprägt ist, sondern auch nach der Vorstellung der Beklagten die Kundenkommunikation nur „soweit dies möglich ist“ auf elektronischem Wege erfolgen soll. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten schreiben die elektronische Kommunikation nicht durchgängig vor, sondern beinhalten verschiedene Regelungen zur schriftlichen Korrespondenz, wie etwa in den Ziffern 1.3, 6.5, 7.2, 7.5, 9.4 und 16.2 (Anlage K 1, Bl. 13 ff. GA), wobei nur für die Kündigung gemäß Ziffer 7.2 geregelt ist, dass diese auch per E-Mail übermittelt werden kann. Es wird

- 15 -

also keineswegs die sämtliche weitere rechtlich relevante Korrespondenz über das Internet abgewickelt, wie die Beklagte mit Schriftsatz vom 22.01.2015 erneut betont. Auch angesichts dessen bleibt die Erteilung einer Rechnung in Papierform eine nicht gesondert zu vergütende Vertragspflicht der Beklagten.

**bb)** Es fehlt auch an einer Dienstleistung gegenüber dem Kunden, weil die Beklagte mit der Rechnungsstellung und –Übersendung die Voraussetzungen schafft, unter denen sie nach den gesetzlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen mit ihren Kunden Bezahlung der von ihr erbrachten Dienstleistungen verlangen kann. Zwar ist der Zugang einer Rechnung grundsätzlich nicht Voraussetzung der Fälligkeit. Die Beklagte hat aber laut Ziffer 6.4 Satz 1 ihrer Vertragsbedingungen mit ihren Kunden eine Vereinbarung gemäß § 271 Abs. 2 BGB getroffen, nach welcher ihr Zahlungsanspruch mit Zugang der Rechnung fällig wird. Damit liegt die Rechnungsstellung hier allein oder zumindest ganz überwiegend in ihrem eigenen Interesse. Ein anderes Verständnis vom Regelungsgehalt der Klausel scheidet aus. Bei der Gebühr für die „Papier-Rechnung“ von 5,11 € handelt es sich um das Entgelt für die monatliche Erstellung, den Ausdruck und die Versendung der monatlichen Rechnung. Die Klausel regelt mithin bei objektivem Verständnis die Abgeltung des eigenen betrieblichen Aufwandes der Beklagten, dabei anfallende Kosten sind aber allgemeine Geschäftskosten des Unternehmens, deren Erstattung das Gesetz nicht vorsieht und deren Erstattungspflichtigkeit zumindest solange nicht über entsprechende Allgemeine Vertragsbedingungen geregelt werden kann, wie der „elektronische Rechtsverkehr“ noch nicht allgemein üblich oder jedenfalls als ausschließlicher Kommunikationsweg festgelegt ist.

4. Die schon durch die einmalige Verwendung indizierte Wiederholungsgefahr ist gegeben. Die Beklagte hält die Klauseln für wirksam und verteidigt sie im Rechtsstreit. Die Abgabe der Unterlassungserklärungen hat sie abgelehnt.

5. Die Beklagte hat dem Kläger auch die Abmahnkosten zu erstatten, §§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG i.V.m. 5 UklAG, § 287 ZPO.

III.

- 16 -

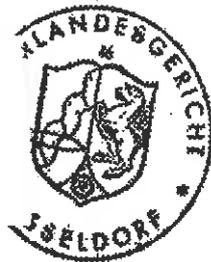
Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO.

**Streitwert des Berufungsverfahrens: 5.000,- €.**

Mit 2.500,- € pro Klausel bemisst der Senat regelmäßig den Streit um deren Wirksamkeit in Verfahren nach § 5 UKlaG. Besondere Umstände, die eine hiervon abweichende Streitwertfestsetzung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, § 543 Abs. 2 ZPO. Die Zulässigkeit von Klauseln der vorliegenden Art ist für den in Rede stehenden Fall durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 09.10.2014 (III ZR 32/14) geklärt. Die Beklagte vertreibt ihre Produkte nicht allein über das Internet.

Beglaubigt



Justizamtsinspektor