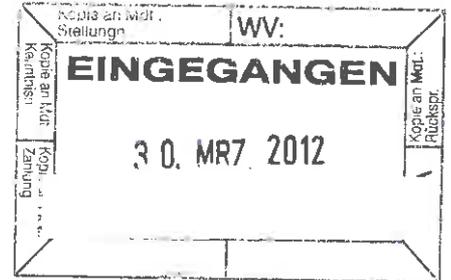


A 13954-4

2 U 2/11
18 O 243/10 Landgericht Kiel

verkündet am: 27. März 2012

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



verbraucherzentrale

Bundesverband

04. April 2012

EINGEGANGEN



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

klarmobil GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Hartmut Herrmann,
Wollinstraße 1, 24782 Büdelsdorf,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

- Prozessbevollmächtigte:

gegen

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**, vertreten durch den Vorstand
Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10629 Berlin,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

- Prozessbevollmächtigter: !

hat der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2012 durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts und die Richterinnen am Oberlandesgericht und für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das 17. März 2011 verkündete Urteil des Einzelrichters der 18. Zivilkammer des Landgerichts Kiel wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung einzelner Bestimmungen in ihren vorformulierten Vertragsbedingungen in Anspruch.

Der Kläger ist der bundesweit tätige Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 25 Organisationen und seit dem 16. Juli 2002 in die ursprünglich bei dem Bundesverwaltungsamt und mittlerweile beim Bundesjustizamt gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen.

Die Beklagte bietet Mobilfunkleistungen an, die sowohl im Prepaid-Verfahren mit Vorauszahlung des Kunden, als auch im Rahmen von Postpaid-Verträgen bezogen werden können. Sie bedient sich dabei der Mobilfunknetze der Firmen T-Mobile Deutschland GmbH und Telefonica O₂ Germany GmbH & Co. oHG und bietet ihre Leistungen unter der Internetadresse www.klarmobil.de an. Darauf sind unter dem Link „AGB & Datenschutz“ verschiedene Bedingungswerke zur Einsicht und zum Download hinterlegt.

Die Beklagte verwendet zum einen das Bedingungsmerk mit der Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) der klarmobil GmbH“ (Anlage K 5, Bl. 21 ff. d. A.). Für die Kunden der Beklagten ist nach Ziffer 7.6 der AGB die Zahlung durch Teilnahme am Lastschriftverfahren obligatorisch. Die Einzugs-ermächtigung ist danach „wesentlicher Vertragsbestandteil“. Ferner hält die Beklagte gesonderte „Allgemeine Geschäftsbedingungen klarmobil Prepaid“ vor (Anlage K 6, Bl. 28 ff. d. A.). Im Internetauftritt der Beklagten sind des Weiteren eine Darstellung ihrer verschiedenen Tarife (Anlage K 7, Bl. 36 f. d. A.) sowie Listen mit den Bezeichnungen „Prepaid Sonstige Preise & Sonderdienste“ (Anlage K 8, Bl. 38 d. A.) und „Sonstige Preise & Sonderdienste (Anlage K 9, Bl. 39 d. A.)“ enthalten.

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind sowohl Bedingungen der Beklagten für das Prepaid-Verfahren, als auch Bedingungen, die allgemein für Verträge über Mobilfunkleistungen gelten sollen. Die streitigen Klauseln sind im Folgenden durch Fettdruck markiert.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Prepaid-Verfahren – Anlage K 6 – heißt es zu Ziffer 1 („Allgemeines/Änderung der AGB“) unter anderem:

„1.3 Änderungen der AGB oder der Preisliste wird klarmobil dem Kunden mitteilen. Die Mitteilung kann auch an eine vom Kunden angegebene Email-Adresse oder per Kurzmitteilung (SMS) an seine Mobilfunkrufnummer erfolgen. Auf das Recht des Kunden nach Ziffer 11.2 wird hingewiesen“.

Ziffer 11.2 der Prepaid-Bedingungen bezieht sich indes nicht auf ein Recht des Kunden, sondern auf seine Pflicht zur sicheren Aufbewahrung der klarmobil-Karte und zur Geheimhaltung von PIN und PUK. Ziffer 11 trägt die Überschrift „klarmobil-Karte/Haftung bei Verlust/Missbrauch“.

Unter Ziffer 4 der Bedingungen für das Prepaid-Verfahren (mit der Überschrift „Zahlungsbedingungen, Vorleistungspflicht des Kunden“) heißt es unter anderem:

„4.1 Die klarmobil-Leistungen sowie die gegebenenfalls aktivierten Zusatzdienstleistungen sind vom Kunden grundsätzlich im Voraus zu zahlen (Vorleistungs-

pflicht). Klarmobil richtet für den Kunden im Rahmen dieses Vertrages ein persönliches Guthabenkonto (nachfolgend „Guthabenkonto“) ein. (...) Vom Guthabenkonto werden mit der Leistungserbringung die Entgelte gemäß der jeweils gültigen Preisliste einschließlich des jeweils gültigen Mehrwertsteuersatzes abgezogen. (...)

(...)

4.7 (...) Für Lastschriften, die aus vom Kunden zu vertretenden Gründen zurückgereicht werden, hat der Kunde klarmobil die hierdurch anfallenden Kosten zu erstatten. Er hat jedoch mindestens das sich hierfür aus der Preisliste von klarmobil ergebende Entgelt zu zahlen. Es bleibt dem Kunden vorbehalten, nachzuweisen, dass kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist.

(...)

4.9 Eine Auszahlung von Guthaben ist nur im Falle einer Vertragsbeendigung möglich. (...) klarmobil erhebt für die Auszahlung des Guthabens ein Dienstleistungsentgelt gemäß der Preisliste“.

In der Preisliste für Prepaid-Verträge (Anlage K 8) findet sich unter der Überschrift „Sonstige Preise“ eine Position, wonach für die „**Auszahlung Restguthaben**“ ein Betrag von **6,00 €** zu zahlen ist.

Schließlich enthält die Preisliste „Sonstige Preise & Sonderdienste“ (Anlage K 9) unter der Überschrift „Sonstige Preise (einmalig)“ unter anderem die folgenden Positionen: Für eine „**Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden**“ wird ein Betrag von **19,95 €** und als „**Mahngebühr**“ ein Betrag von **9,95 €** erhoben.

Bei einem Kunden der Beklagten, Herrn Walter Hinterholz, kam es im September 2009 zu einer Rücklastschrift. Die Beklagte gab dem Kunden Kosten für die Rücklastschrift in Höhe von 19,95 € sowie eine Mahngebühr in Höhe von 9,95 € auf. Als Walter Hinterholz die Erhebung der Rücklastschriftkosten beanstandete, erklärte der Kundenservice der Beklagten die Berechnung der Kosten wie folgt (Anlage K 3, Bl. 19 d. A.):

„(...) Durch den manuell zu bearbeitenden Zahlungsverkehr entstanden unserem Unternehmen Bearbeitungsgebühren bei unserem Kreditinstitut und erhöhte Personalkosten. Die von uns erhobenen Rücklastschriftgebühren decken die Kosten des Mehraufwandes, welcher in unserem Haus durch die Nichteinlösung der Lastschrift entsteht. Die Gebühr für die Rücklastschrift wurde somit korrekt berechnet und ist auf unserer Servicepreisliste hinterlegt. (...)“.

Der Kunde Walter Hinterholz informierte den Kläger über den Vorgang. Dieser forderte den Beklagten zunächst mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 dazu auf, es zu unterlassen, in Mobilfunkverträgen Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verwenden, wonach für „Rücklastschriften in Verantwortung des Kunden“ ein Betrag von 19,95 € erhoben wird (Anlagen K 10 und 11, Bl. 40 ff.). Ferner forderte der Kläger den Beklagten mit Schreiben vom 3. März 2010 (Anlagen K 12 und 13, Bl. 47 ff. d. A.) und vom 19. August 2010 (Anlagen K 14 und 15, Bl. 53 ff. d. A.) dazu auf, auch die Änderungsklausel zu Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen und die Klausel in Ziffer 4.9 der Prepaid-Bedingungen über die Erhebung einer Gebühr für die Rückzahlung von Guthaben nicht mehr zu verwenden. Die genannten Schreiben enthalten des Weiteren die Aufforderung, die Verwendung der Position „Auszahlung Restguthaben 6,00 €“ in der Preisliste Prepaid sowie der Position „Mahngebühr 9,95 €“ in der allgemeinen Preisliste zu unterlassen. Auf die Einzelheiten der Aufforderungsschreiben wird verwiesen.

Die Beklagte gab die geforderten Unterlassungserklärungen nicht ab. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 15. September 2010 Klage eingereicht mit folgenden Anträgen:

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

In Verträge über Mobilfunkleistungen mit Vorauszahlung des Kunden (Prepaid):

1. (1.3) **Änderungen der AGB oder der Preisliste wird klarmobil dem Kunden mitteilen. Die Mitteilung kann auch an eine vom Kunden angegebene Email-Adresse oder per Kurzmitteilung (SMS) an seine Mobilfunkrufnummer**

erfolgen. Auf das Recht des Kunden nach Ziffer 11.2 wird hingewiesen.

2. (4.9 Eine Auszahlung von Guthaben ist nur im Falle einer Vertragsbeendigung möglich. ...) **klarmobil erhebt für die Auszahlung des Guthabens ein Dienstleistungsentgelt gemäß der Preisliste“.**

3. (Sonstige Preise) **Auszahlung Restguthaben € 6,-**

In Verträge über Mobilfunkleistungen

4. (Sonstige Preise (einmalig)) **Mahngebühr € 9,95**

5. (Sonstige Preise (einmalig)) **Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden € 19,95.**

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat in dem mit Verfügung vom 1. Oktober 2010 angeordneten schriftlichen Vorverfahren keine Verteidigungsanzeige abgegeben. Das Landgericht hat sie durch Versäumnisurteil vom 25. Oktober 2010 entsprechend dem Klageantrag zur Unterlassung und zur Zahlung der verlangten Abmahnpauschale von 200,00 € (§§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG) verurteilt. Die Beklagte hat gegen das am 28. Oktober 2010 zugestellte Versäumnisurteil am 11. November 2010 Einspruch eingelegt. Zu den im Streit stehenden Klauseln haben die Parteien in erster Instanz wie folgt vorgetragen:

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Änderungsvorbehalt in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen verstoße gegen §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 305 Abs. 2 BGB.

Soweit sich der Änderungsvorbehalt auch auf die von der Beklagten zu erbringenden Leistungen beziehe, greife § 308 Nr. 4 BGB ein. Danach müsse ein Änderungsvorbehalt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sicherstellen, dass

nur solche Änderungen der vom Verwender versprochenen Leistungen erfolgen können, die für den Kunden zumutbar seien. Die von der Beklagten verwendete Klausel lasse nicht erkennen, dass die Beklagte eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen habe.

Soweit der Änderungsvorbehalt sich auf die vom Kunden zu zahlenden Preise beziehe, verstoße dies ebenfalls gegen die grundlegende Wertung der gesetzlichen Regelung. Bei einem Dauerschuldverhältnis könne der Unternehmer zwar ein Recht zu einseitigen Preiserhöhungen haben, sofern die berechtigten Interessen des Verbrauchers hinreichend berücksichtigt würden. Dies sei hier aber nicht der Fall. Auf die Einzelheiten des Vortrags des Klägers (Seite 9 der Klageschrift) wird insoweit verwiesen.

Ferner werde in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen auf ein Recht des Kunden nach Ziffer 11.2 verwiesen, ohne dass ersichtlich sei, was mit dieser Verweisung zum Ausdruck gebracht werden solle. Dies verstoße gegen das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Im Übrigen würde selbst die Bezugnahme auf die Möglichkeit des Verbrauchers, sich vom Vertrag zu lösen, die unangemessene Benachteiligung nicht beseitigen. Zumindest im Rahmen einer bereits geleisteten Vorauszahlung sei es der Beklagten zumutbar, das Vertragsverhältnis weiter entsprechend den vereinbarten Konditionen abzuwickeln.

Die Beklagte hat dagegen die Auffassung vertreten, der Änderungsvorbehalt in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen sei wirksam. Sie selbst habe ein berechtigtes Interesse an dieser Regelung, weil nicht vorhersehbar sei, in welchem Zeitraum der Kunde das vorhandene Guthaben abtelefoniere. Der Kunde werde dagegen nicht unzumutbar belastet, weil er den Vertrag nach Ziffer 10.1 der Bedingungen für Prepaid-Verträge jederzeit kündigen könne. Die Verweisung in Ziffer 1.3 auf Ziffer 11.2 sei zwar „missglückt“. Aus dem Gesamtzusammenhang ergebe sich jedoch, dass auf Ziffer 10.1 verwiesen werde.

Hinsichtlich der Klausel in Ziffer 4.9 der Prepaid-Bedingungen über die Erhebung einer Gebühr für die Auszahlung des Restguthabens (gemäß Preisliste in Höhe von 6,00 €) hat der Kläger geltend gemacht, diese verstoße gegen § 307

BGB. Sie sei der Inhaltskontrolle unterworfen, weil es sich nicht um eine Bestimmung handle, die den Gegenstand der Hauptleistung einschließlich der Vereinbarung über das dafür zu erbringende Entgelt betreffe. Vielmehr würden dadurch Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten der Beklagten auf den Kunden abgewälzt. Der Kunde habe im Falle der Vertragsbeendigung bereits nach der gesetzlichen Regelung (§ 812 BGB) einen Anspruch auf Auszahlung des überzahlten Entgeltes. Dafür könne die Beklagte kein zusätzliches Entgelt verlangen. Die Beklagte hätte auch nicht etwa stattdessen in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmen können, dass das Guthaben bei Vertragsbeendigung verfalle.

Die Beklagte hat dagegen die Auffassung vertreten, bei den Bestimmungen über die Erhebung von Kosten für die Auszahlung des Restguthabens handle es sich um eine reine Preisvereinbarung, die nach § 307 Abs. 3 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sei. Sie, die Beklagte, sei nicht schon nach der gesetzlichen Regelung zur Rückzahlung überzahlter Guthaben bei Vertragsbeendigung verpflichtet. Vielmehr sei in Ziffer 4.9 der Bedingungen eine vertragliche Verpflichtung zur Auszahlung des Guthabens begründet worden, deren Konditionen sie regeln dürfe.

Hinsichtlich der Positionen in der Preisliste (unter „Sonstige Preise (einmalig)“), wonach die Mahngebühr 9,95 € und die Kosten für Rücklastschriften in Verantwortung des Kunden 19,95 € betragen, hat der Kläger die Auffassung vertreten, diese würden gegen § 309 Nr. 5 a und b BGB verstoßen.

Hinsichtlich der Mahngebühr sei zunächst zu beanstanden, dass diese bereits für die den Verzug begründende Erstmahnung anfalle.

Des Weiteren gebe die Beklagte bei der Nennung der „Mahngebühr“ im Preisverzeichnis keinen Hinweis auf die Gegenbeweismöglichkeit im Sinne des § 309 Nr. 5b BGB. Letzteres gelte auch hinsichtlich der Rücklastschriftkosten. Die entsprechende Regelung stehe zwar bei Prepaid-Verträgen im Zusammenhang mit der Regelung in Ziffer 4.7 der Prepaid-Bedingungen, wonach eine Gegenbeweismöglichkeit gegeben werde. Die Verwendung des Wortes „mindestens“

führe bei kundenfeindlichster Auslegung jedoch zu einer Einschätzung des Kunden, dass in jedem Fall der Betrag von 19,95 € zu zahlen sei.

Zu § 309 Nr. 5a BGB hat der Kläger hinsichtlich der Mahnkosten vorgetragen, die Beklagte habe keine Tatsachen genannt, anhand derer die Angemessenheit des „Entgeltes“ geprüft werden könne. Es könne auch angesichts der heute möglichen Rationalisierung ausgeschlossen werden, dass sich eine Mahnkostenpauschale in Höhe von 9,95 € im Rahmen des üblicherweise entstehenden Schadens halte. Bei den Rücklastschriftkosten ergebe sich ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5a BGB schon daraus, dass der verlangte Betrag allenfalls erreicht würde, wenn – entsprechend der Mitteilung an den Kunden Hinterholz – auch die eigenen Personalkosten der Beklagten einfließen würden. Jedenfalls würden Rücklastschriftkosten etwa im Preisverzeichnis der Deutsche Bank AG auf maximal 8,11 € beziffert. Gesonderte Personalkosten für die erforderlichen Buchungen entstanden der Beklagten nur deshalb, weil sie ihr gesamtes Buchungssystem auf das Lastschriftverfahren eingestellt habe, bei dem die Vertragsabwicklung automatisch erfolge. Die Kosten für die weitere Vertragsabwicklung nach einer Rücklastschrift könnten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Kunden abgewälzt werden.

Die Beklagte hat dagegen geltend gemacht, Verstöße gegen §§ 309 Nr. 5 a und b BGB bzw. gegen § 307 BGB seien nicht festzustellen, soweit sie die genannten Beträge für Rücklastschriften und Mahngebühren erhebe.

Der Betrag von 9,95 € für eine Mahnung übersteige den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht (Beweisangebot: Sachverständigengutachten, Bl. 74 d. A.). Dies gelte auch für den Betrag von 19,95 € für Rücklastschriften. Zwar habe der Bundesgerichtshof entschieden, dass Klauseln unwirksam seien, wenn in die Kostenpauschale die Aufwendungen des Unternehmens für eigene Mitarbeiter einfließen, die eine Rücklastschrift zu bearbeiten haben. Dies sei bei ihr jedoch nicht der Fall. In erster Instanz hat die Beklagte behauptet, die oben zitierte Mitteilung an den Kunden Hinterholz sei „sicherlich missverständlich“. Tatsächlich kalkuliere sich die Rücklastschriftge-

bühr aus von den Kreditinstituten berechneten Kosten zzgl. Porto und sonstiger Auslagen (Beweisangebot: Sachverständigengutachten, Bl. 75 d. A.).

Auch ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5b BGB liege nicht vor. Soweit bei Prepaid-Verträgen überhaupt Mahngebühren entstehen könnten (was nicht der Fall sei), greife die Möglichkeit des Gegenbeweises nach Ziffer 4.7 der Prepaid-Bedingungen ein. Aus dieser Bestimmung ergebe sich auch die Möglichkeit des Gegenbeweises für die Höhe der Rücklastschriftkosten.

Auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 2011 hat das Landgericht am 17. März 2011 das angefochtene Urteil verkündet, durch das das Versäumnisurteil vom 25. Oktober 2010 aufrechterhalten worden ist. Auf die Einzelheiten der Begründung im angefochtenen Urteil wird verwiesen. Die Beklagte hat gegen das ihr am 22. März 2011 zugestellte Urteil am 13. April 2011 Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung bis zum 7. Juli 2011 am 1. Juli 2011 begründet. Sie greift das angefochtene Urteil in vollem Umfang an.

Der Änderungsvorbehalt in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen sei entgegen der Auffassung des Landgerichts wirksam. Das Landgericht verkenne das Kriterium der Zumutbarkeit für den anderen Vertragsteil. Es reiche zunächst aus, wenn die Interessen des Verwenders und des Vertragspartners gleichwertig seien. Jedenfalls aber überwiege ihr Interesse daran, in dem unbestimmten Zeitraum der Nutzung eines Guthabens auf die möglichen erheblichen Veränderungen der Preise für Mobilfunkleistungen reagieren zu können. Der Kunde würde durch eine Anpassung der Leistung auch weniger stark betroffen, als wenn die Beklagte ihrerseits von ihrem Recht Gebrauch machen würde, den Vertrag mit einer Frist von 14 Tagen zu kündigen (für Prepaid-Verträge in Ziffer 10.2 der entsprechenden Bedingungen, Bl. 32 d. A.). Es führe ferner zu einem unvermeidbaren Verwaltungs- und Abrechnungsaufwand, wenn die Beklagte für jeden Kunden – ggf. über einen langen Zeitraum – nach den bei Vertragsabschluss geltenden Konditionen abrechnen müsse.

Im Übrigen sei die Anpassungsklausel schon im Hinblick auf das jederzeitige Kündigungsrecht des Kunden wirksam. Wenn in Ziffer 1.3 auf Ziffer 11.2 statt

auf Ziffer 10.2 verwiesen werde, sei dies ein offensichtliches Redaktionsversehen. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege nicht vor.

Es sei ihr des Weiteren nicht möglich, die bei Vertragsabschluss nicht absehbaren Veränderungen bereits in die Anpassungsklausel selbst aufzunehmen. Sie müsse ihrerseits die Mobilfunkleistungen einkaufen. Eine Verpflichtung, ihre Preiskalkulationsgrundlagen bei Vertragsabschluss offenzulegen, bestehe nicht. Diese seien im Übrigen derart komplex, dass sie vom Kunden nicht nachvollzogen werden könnten.

Schließlich liege auch ein Verstoß gegen §§ 307 Abs. 1, 305 Abs. 2 BGB nicht vor. Der Kunde stimme der mitgeteilten Änderung konkludent zu, wenn er nicht seinerseits kündige oder der Änderung widerspreche, sondern die Leistungen der Beklagten weiter in Anspruch nehme.

Die Beklagte rügt weiter die Ausführungen des Landgerichts, wonach die Klausel in Ziffer 4.9 der Prepaid-Bedingungen über die Erhebung einer Gebühr für die Auszahlung des Restguthabens (gemäß Preisliste in Höhe von 6,00 €) zu beanstanden sei. Sie hält an ihrer Auffassung fest, es handele sich um eine kontrollfreie Preisvereinbarung. Die Rückzahlung des nicht verbrauchten Guthabens sei eine freiwillige Leistung und nicht nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB geschuldet (Zitat: Palandt-Sprau, 70. Aufl., § 812 Rn. 26). Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei ferner die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur nicht geschuldeten Rückerstattung restlicher Guthaben auf Telefonkarten (Urteil vom 12. Juni 2001, XI ZR 274/00) heranzuziehen. Im Übrigen habe sie ein berechtigtes Interesse daran, den erhöhten Verwaltungsaufwand bei der Auszahlung eines Guthabens erstattet zu bekommen. Der Kunde habe es selbst in der Hand, den Vertrag erst zu beenden, wenn er das Guthaben abtelefoniert habe.

Schließlich greift die Beklagte das Urteil an hinsichtlich der Klauseln in ihrer Preisliste (unter „Sonstige Preise (einmalig)“), wonach die Mahngebühr 9,95 € und die Kosten für Rücklastschriften in Verantwortung des Kunden 19,95 € betragen.

Die Beträge von 9,95 € bzw. 19,95 € würden nicht den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigen. Dies sei in erster Instanz unter Sachverständigenbeweis gestellt worden. Hinsichtlich der Rücklastschriften seien bereits Kosten des Kreditinstitutes in Höhe von mindestens 8,11 € anzusetzen sowie 0,50 € für Druck und Versand des Kundenanschreibens und 1,50 € für das Drucken und Versenden von Informationen an Wirtschaftsauskunfteien. Jedenfalls ihre zusätzlichen Personalkosten würden die geltend gemachten Beträge aber übersteigen. Nachdem die Beklagte in erster Instanz vorgetragen hat, die Erläuterung der Kalkulation gegenüber Walter Hinterholz sei „sicherlich missverständlich“, macht sie nunmehr geltend, ihre erhöhten Personalkosten seien auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BGH vom 17. September 2009 (Xa ZR 40/08 – Germanwings) erstattungsfähig. Der vorliegende Fall sei mit der Entscheidung über die Geschäftsbedingungen einer Fluggesellschaft nicht vergleichbar. Sie habe kein Abrechnungssystem wie die dort betroffene Fluggesellschaft, sondern habe auch für die normale Vertragsabwicklung Mitarbeiter in der Buchhaltung/Abrechnung eingestellt. Für diese würden Rücklastschriften einen erheblichen Mehraufwand bedeuten, der nicht etwa der weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrages diene, sondern schlicht der Beseitigung des Schadens. Insbesondere hätten die Mitarbeiter im Falle einer Rücklastschrift auch zu entscheiden, ob dem Kunden im folgenden Monat etwa eine Rechnung gestellt wird, ob ein Mahnverfahren eingeleitet werden soll oder ob der Kunde ggf. gesperrt wird. Ferner komme es zu zeitintensiven Gesprächen mit den Kunden, die ihre persönliche und wirtschaftliche Situation erläutern und das weitere Vorgehen besprechen wollten. Der entstehende Aufwand für eigenes Personal sei als Vermögensschaden ersatzfähig.

Dem Kunden sei des Weiteren der Nachweis gestattet, dass ein geringerer Schaden entstanden sei. Die in Ziffer 4.7 der Prepaid-AGB enthaltene Regelung sei ausreichend. Dies müsse in einer Preisübersicht nicht wiederholt werden, da eine Preisübersicht mit solchen Hinweisen und Verweisungen auf die AGB ihrerseits intransparent werde.

Mit Schriftsatz vom 17. Februar 2012 hat die Beklagte nunmehr vorgetragen,

nach neueren Untersuchungen aus den Monaten Oktober und November 2011 ergäben sich pro Rücklastschrift zusätzliche Arbeitnehmerkosten von ca. 4,89 € (Beweisangebot: Sachverständigengutachten und Zeugnis Jürgen Rohr). Ferner könne es unmittelbare Folge einer Rücklastschrift sein, dass Kunden gesperrt würden und in der Zeit der Sperrung keinen weiteren Umsatz produzieren. Die im Oktober/November 2011 durchgeführten Berechnungen hätten ergeben, dass der entgangene Gewinn ca. 8,22 € pro Rücklastschrift betrage.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils das Versäumnisurteil vom 25. Oktober 2010 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er bestreitet den Tatsachenvortrag im Schriftsatz vom 17. Februar 2012 mit Nichtwissen und meint ferner, ein etwaiger entgangener Gewinn könne die überhöhten Kosten nicht rechtfertigen. Im Übrigen verteidigt er das angefochtene Urteil. Wegen seiner weiteren Ausführungen wird auf die Berufungserwidern vom 13. September 2011 (Bl. 156 ff. d. A.) und den Schriftsatz vom 5. März 2012 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1.

Die Berufung ist in allen Punkten zulässig. Der Kläger rügt in der Berufungserwidern zwar, die Berufungsbegründung enthalte keine Ausführungen zur Abmahnpauschale. Es beständen Zweifel, ob die Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO in diesem Punkt erfüllt seien. Die Abmahnpauschale nach §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG ist jedoch eine Nebenforderung, deren Berechtigung

hier ohne Weiteres vom Bestehen der in der Hauptsache geltend gemachten Unterlassungsansprüche abhängt. Dies brauchte die Beklagte in der Berufungsbegründung nicht eigens zu erwähnen. Dass sie nicht gesondert Einwendungen zur Höhe der Abmahnpauschale erhoben hat, ist nachvollziehbar, da diese mit dem üblichen und auch durch den Senat regelmäßig zugesprochenen Betrag von 200,00 € bemessen worden ist.

2.

Die Berufung der Beklagten hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, weil die Klage zulässig und begründet ist.

Die Klage auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln ist zulässig nach §§ 5 ff. UKlaG. Der Kläger ist unstreitig anspruchsberechtigte Stelle nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 UKlaG. Die Klage ist auch begründet, weil dem Kläger ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG zusteht.

Dieser Anspruch setzt voraus, dass die Beklagte in allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Neben den besonderen Klauselverboten in §§ 308, 309 BGB gilt für die Inhaltskontrolle die Regelung in § 307 BGB. Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Ziffer 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Ziffer 2). Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB findet eine Inhaltskontrolle jedoch grundsätzlich nur statt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

Das Landgericht hat nach diesem Maßstab für alle betroffenen Klauseln zu Recht angenommen, dass die streitgegenständlichen Bestimmungen jeweils der Inhaltskontrolle unterliegen und unwirksam sind.

a.

Hinsichtlich des Änderungsvorbehaltes in Ziffer 1.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Prepaid bedarf es zunächst keiner Ausführungen dazu, dass dieser der Inhaltskontrolle unterliegt. Dies stellt auch die Beklagte nicht in Abrede. Die Regelung hält der Kontrolle nicht stand.

Ein unzulässiger Preisänderungsvorbehalt nach § 309 Nr. 1 BGB liegt zunächst nicht vor, weil es hier um Leistungen im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses geht. Davon geht auch das Landgericht – ebenso wie der Kläger – nicht aus.

In der Begründung nicht richtig ist das angefochtene Urteil allerdings insoweit, als das Landgericht in erster Linie das spezielle Klauselverbot in § 308 Nr. 4 BGB heranzieht. § 308 Nr. 4 BGB verbietet die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Die Bestimmung betrifft einen Vorbehalt für Änderungen der Leistungen des Verwenders (zu einem solchen Fall vgl. BGHZ 158, 149, betreffend die Zahlung variabler Zinsen durch die Bank für sog. „Combispar-Guthaben“). Der Änderungsvorbehalt in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen der Beklagten bezieht sich indes nicht primär auf deren Leistungen, sondern auf sämtliche Vertragsbedingungen und insbesondere auch auf die vom Kunden zu erbringenden Leistungen. Insoweit greifen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB mit dem Verbot einer unangemessenen Benachteiligung sowie das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ein. Im Ergebnis führt dies jedoch nicht zu einem anderen Ergebnis. Das Landgericht hat in der Sache zutreffende Erwägungen angestellt.

Dabei trifft es zunächst zu, dass schon im Hinblick auf das Erfordernis der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 2 BGB einseitig-

ge Änderungsrechte ohne Beteiligung des Kunden grundsätzlich unzulässig sind (Basedow in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 305 Rn. 79, m. w. N.). Die streitgegenständliche Klausel geht so weit, dass Änderungen ohne Beteiligung des Kunden erfolgen sollen. Es wird nicht etwa nur das Schweigen des Kunden innerhalb einer bestimmten Frist als Zustimmung gewertet, sondern die Änderung soll nach Ziffer 1.3 der Prepaid-AGB ohne Weiteres gelten.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Kunde im Nachgang konkludent der Änderung zustimme, wenn er ihre Leistungen weiterhin in Anspruch nehme. Im vorliegenden Verbandsklageprozess geht es nicht darum, ob ein bestimmter Kunde nachträglich sein Einverständnis mit einer bestimmten Änderung erklärt hat, sondern darum, ob die Beklagte sich in der in Ziffer 1.3 vorgesehenen Weise die Möglichkeit vorbehalten darf, durch einseitige Mitteilung wirksame Änderungen herbeizuführen.

Für die konkrete Bewertung ist zu differenzieren zwischen der in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen enthaltenen Möglichkeit zur Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1) und dem Aspekt der ebenfalls dadurch eröffneten Preisänderungsmöglichkeit (2).

(1)

Die Klausel darf in der jetzigen Form schon deshalb nicht verwendet werden, weil der darin enthaltene Vorbehalt zur Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist.

Der Bundesgerichtshof hat die Möglichkeit einer wirksamen Änderungsklausel insoweit nur anerkannt für Fälle, in denen nachträglich Äquivalenzstörungen auftreten oder eine Vertragslücke entsteht, weil die Rechtsprechung eine bestimmte Klausel für unwirksam erklärt hat (BGHZ 141, 153). Dies betraf einen Fall, in dem der Kunde die Möglichkeit hatte, der vom Klauselverwender mitgeteilten Änderung zu widersprechen und damit das Vertragsverhältnis unter den bisherigen Bedingungen weiter laufen zu lassen. Diese Möglichkeit sieht der hier streitgegenständliche Änderungsvorbehalt nicht einmal vor. Er enthält auch

keinerlei Begrenzungen, sondern gibt der Beklagten das Recht zu beliebigen Änderungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Soweit es um Änderungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (und nicht der Preise) geht, hat die Beklagte im Übrigen nicht einmal ein berechtigtes Interesse an beliebigen Änderungen dargetan. Ihre Argumentation bezieht sich nur auf mögliche Preisänderungen ihrer eigenen Lieferanten, auf die sie keinen Einfluss habe und an die sie die Vertragsverhältnisse zu ihren Kunden anpassen möchte.

In der jetzigen Form, die beliebige einseitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erlaubt, ist die beanstandete Klausel in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen daher schon unabhängig davon unwirksam, ob dem Kunden das Recht zur jederzeitigen Kündigung zusteht. Wenn die Beklagte tatsächlich ein berechtigtes Interesse an einer Möglichkeit zur Anpassung ihrer AGB haben sollte, müsste sie sich dies in einer Änderungsklausel vorbehalten, die den Anforderungen der zitierten Entscheidung BGHZ 141, 153 entspricht.

(2)

Die Verwendung der Klausel in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen wäre jedoch auch dann unzulässig, wenn die Bestimmung nur die Möglichkeit zur Preisänderung zum Gegenstand hätte.

Insoweit kann der Beklagten allerdings nicht grundsätzlich ein berechtigtes Anpassungsinteresse abgesprochen werden. Es trifft zu, dass sie auf dem Mobilfunkmarkt ihrerseits erheblichen Preisänderungen ausgesetzt sein kann und für sie nicht vorhersehbar ist, in welchem Zeitraum ein Kunde sein Prepaid-Guthaben abtelefoniert. Eine bestimmte Vertragslaufzeit wird in den betroffenen Prepaid-Verträgen gerade nicht vereinbart. Dabei hat die Beklagte ein berechtigtes Interesse daran, ihre Leistungen nur noch zum neuen Preis zur Verfügung stellen zu müssen und nicht etwa auf eine (tatsächliche oder fingierte) Zustimmung des Kunden zu der Anpassung angewiesen zu sein.

Der Beklagten kann eine Preisanpassungsmöglichkeit ferner nicht schon des-

halb von vornherein verweigert werden, weil sie Prepaid-Verträge nach Ziffer 10.2 ihrer AGB für derartige Verträge (Bl. 32 d. A.) mit einer Frist von 14 Tagen zum Ende einer Kalenderwoche kündigen kann. Die Beklagte hat durchaus ein berechtigtes Interesse daran, ihre Preise dem Markt anzupassen, ohne einen Kunden verlieren zu müssen, der mit den geänderten Preisen sogar einverstanden wäre und nur aus Gründen etwa der Bequemlichkeit keinen neuen Vertrag mit ihr abschließt.

Im Ergebnis ist die verwendete Preisanpassungsklausel aber gleichwohl unwirksam. Der Bundesgerichtshof misst Preisänderungsklauseln nicht nur an der – hier nicht einschlägigen – Regelung in § 309 Nr. 1 BGB, sondern auch an § 307 BGB. Gegen diese Bestimmung verstößt die Klausel in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen.

Bereits aus dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt sich grundsätzlich, dass der Vertragspartner des Verwenders den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen bereits bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer von dem Klauselverwender vorgenommenen Erhöhung an der Ermächtigungsklausel selbst messen kann (BGH, NJW 2003, S. 507 ff., m. w. N.; OLG Schleswig, Beschluss vom 14. Mai 2009, 6 U 41/08, bei juris). Auch wenn es schwierig ist, für die Anpassung eine generell richtige, für sämtliche denkbaren Fallgestaltungen angemessene Bezugsgröße zu finden, so ist dies doch grundsätzlich zumutbar für den Verwender (BGHZ 158, 149 – für den umgekehrten Fall der Anpassung von Guthabenzinsen, welche an § 308 Nr. 4 BGB zu messen ist). Die Beklagte kann sich nicht einfach darauf berufen, sie müsse zu ihrer Kalkulation nichts offenlegen, und diese sei im Übrigen für den Kunden zu komplex und damit nicht zu verstehen. Sie hat bisher nicht ausreichend dargetan, dass es für sie nicht möglich und zumutbar wäre, Bezugsgrößen zu finden, die die Marktentwicklung berücksichtigen.

Einer weiteren Aufklärung dazu bedarf es aber nicht. Selbst wenn es der Beklagten tatsächlich nicht möglich sein sollte, den Preisänderungsvorbehalt einzugrenzen, dürfte der Änderungsvorbehalt nicht in der streitgegenständlichen

Weise gestaltet sein.

Allerdings kann eine den Vertragspartner unangemessen benachteiligende Preisanpassungsklausel in solchen Fällen durch ein Recht des Kunden zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag kompensiert werden (vgl. dazu BGH, ZMR 2007, S. 259 ff.; BGHZ 186, 180). Dies hat der Bundesgerichtshof in der Entscheidung ZMR 2007, S. 259 ff. gerade für den Fall festgestellt, dass es dem Klauselverwender nicht möglich ist, künftige Preiserhöhungen zu begrenzen und die hierfür notwendigen Voraussetzungen zu konkretisieren. Entsprechendes muss auch auf dem Mobilfunkmarkt gelten, da der Kunde sich unkompliziert und kurzfristig an einen anderen Anbieter wenden kann. Ein nicht an Bedingungen gebundenes Recht zur Lösung vom Vertrag steht dem Kunden nach Ziffer 10.1 der Bedingungen der Beklagten für Prepaid-Verträge auch zu.

Gleichwohl genügt dies nicht. Um die Preisanpassungsklausel kompensieren zu können, darf das Recht zur Lösung vom Vertrag nicht erst nach der Preiserhöhung wirksam werden und auch nicht durch unzumutbare Folgekosten für den Kunden oder ähnliche Hindernisse eingeschränkt werden (BGH, ZMR 2007, S. 259 ff.). Ferner muss der Kunde klar erkennen können, dass ihm überhaupt ein Recht zur Lösung vom Vertrag zusteht; es darf ihm insbesondere nicht durch einen Verweis auf andere Regelwerke verborgen bleiben (BGH, a. a. O.).

Jedenfalls gegen das zweite Erfordernis wird hier klar verstoßen. Das Kündigungsrecht in Ziffer 10.1 steht im Gesamtregelwerk der Bedingungen für Prepaid-Verträge nicht nur in einem ganz anderen Zusammenhang als die Preisanpassungsklausel in Ziffer 1.3. Die Beklagte verwendet in Ziffer 1.3 sogar eine irreführende Verweisung auf Ziffer 11.2 ihrer Prepaid-Bedingungen, wo Punkte geregelt sind, die in keinem Zusammenhang zum Kündigungsrecht stehen. Die Erklärung der Beklagten, es sei ohne Weiteres erkennbar, dass die Verweisung sich auf Ziffer 10.1 und nicht auf Ziffer 11.2 beziehe, trifft ersichtlich nicht zu. Für die von dem Angebot der Beklagten angesprochenen Verbraucher kann die Preisanpassungsklausel jedenfalls nur dann durch das Kündigungsrecht kompensiert werden, wenn in der Preisanpassungsklausel explizit das Kündigungsrecht genannt und zutreffend auf Ziffer 10.1 verwiesen wird.

Ferner ist hier nicht sichergestellt, dass das Kündigungsrecht erst nach der Preiserhöhung wirksam wird und die Kündigung nicht mit unzumutbaren Folgekosten für den Kunden verbunden ist. Zwar besteht das Kündigungsrecht jederzeit, selbst ohne vorherige Preiserhöhung. Wenn aber die Preiserhöhung sofort mit der Mitteilung wirksam wird und der Kunde faktisch erst danach mit einer Kündigung reagieren kann, genügt dies nicht. Erforderlich ist, dass die Beklagte ihre Preisänderungsklausel damit verbindet, dass sie den Kunden rechtzeitig innerhalb einer bestimmten Frist vor Wirksamwerden über die Preisänderung informiert und ihn ggf. sogar gesondert auf sein bestehendes Kündigungsrecht hinzuweisen hat. Nur so ist der Kunde davor geschützt, dass er die per e-Mail versandte Erhöhungsmitteilung trotz regelmäßiger Kontrolle seines Postfaches nicht sofort zur Kenntnis nimmt und vor der Kündigung noch zum erhöhten Entgelt telefoniert. Hinzu kommt die Gefahr von Folgekosten der Kündigung durch die erhobene Gebühr für die Auszahlung des Restguthabens, welche allerdings bereits für sich unwirksam ist.

b.

Die Bestimmung über die Erhebung einer Gebühr für die Auszahlung des Restguthabens (Ziffer 4.9 der Prepaid-AGB), die nach der Preisliste 6,00 € betragen soll, unterliegt ebenfalls der Inhaltskontrolle (1) und ist unwirksam (2).

(1)

Die streitgegenständliche Klausel betrifft keine kontrollfreie Preisvereinbarung.

Gemäß § 307 Abs. 3 BGB sind nur solche Bedingungen kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Da die Vertragsparteien nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit grundsätzlich Leistung und Gegenleistung frei bestimmen können, sind solche Klauseln kontrollfrei, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar bestimmen. Allerdings genügt es nicht, schon deshalb von einer kontrollfreien Preisvereinbarung auszugehen, weil die Beklagte in ihrer Preisliste einen Preis für eine bestimmte Tätigkeit ausweist. In einer solchen Regelung kann durchaus eine Änderung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften liegen.

Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen darf nämlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur Entgelte für Leistungen verlangen, die er auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbringt. Wenn er aber Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für seine eigenen Zwecke auf den Kunden abwälzen will, liegt darin eine Abweichung von Rechtsvorschriften, die der Inhaltskontrolle unterliegt (BGHZ 137, 43; 146, 377; NJW 2002, S. 2386 ff.). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Gerichte nicht gehindert, Preisklauseln daraufhin zu überprüfen, ob ihnen eine echte (Gegen-)Leistung zugrunde liegt (BGH, a. a. O.).

Die Auszahlung eines Restguthabens nach Beendigung des Vertrages ist indes keine echte Leistung, für die die Beklagte durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ein Entgelt verlangen darf. Die Beklagte hat sich nicht lediglich rechtsgeschäftlich in Ziffer 4.9 Satz 1 ihrer Prepaid-Bedingungen zur Auszahlung bereit erklärt, sondern wäre dazu ohnehin verpflichtet.

Dies hat das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 1. Juli 2010 (MMR 2011, S. 170 f.) zu Unrecht verneint. Das OLG Hamburg hat dabei die Auffassung vertreten, eine Klausel in Prepaid-Verträgen, die die Rückzahlung eines etwaigen Restguthabens nach Vertragsbeendigung an ein Zusatzentgelt knüpft, sei gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen. Ein gesetzliches Leitbild des Prepaid-Mobilfunkvertrages gebe es nicht. Daher obliege es grundsätzlich jedem Anbieter, in eigener Verantwortung Art und Umfang der von ihm angebotenen Leistungen sowie die Bemessung des vom Kunden dafür zu entrichtenden Entgelts zu bestimmen. Dabei könne er das Preisgefüge frei gestalten, nämlich mittels einer Pauschalgebühr oder Einzelpreisen oder einer Kombination beider Möglichkeiten. Im Rahmen des Prepaid-Vertragsmodells der dortigen Beklagten bestehe „in der Regel weder eine vertragliche, noch eine gesetzliche Pflicht zur Rückzahlung eines etwaigen Restguthabens“ (juris Rn. 58). Das Landgericht Hamburg, auf dessen Ausführungen sich das OLG dabei bezieht, hat dafür seinerseits die Entscheidung des BGH über die Erstattung von Guthaben auf Telefonkarten zugrunde gelegt (Magazindienst 2008, S. 1204 ff.).

Die angenommene Prämisse, wonach der Mobilfunkanbieter grundsätzlich nicht verpflichtet sei, ein im Rahmen eines Prepaid-Vertrages nicht verbrauchtes Guthaben an den Kunden auszukehren, ist jedoch falsch.

Bei vorzeitiger Beendigung von Dauerschuldverhältnissen besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung nicht verbrauchter Vorausleistungen eines Vertragsteils (Palandt-Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, § 812 Rn. 26). Auf diese Fundstelle bezieht die Beklagte sich in ihrer Berufungsbegründung. Diskutiert werden dort aber lediglich vorrangige Sonderregelungen, bei deren Eingreifen die *condictio ob causam finitam* nach § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB nicht zur Anwendung kommt (Palandt-Sprau, a. a. O., § 812 Rn. 24 ff.). Es heißt dort nicht etwa, dass ein Erstattungsanspruch nicht bestehe. Hier kann dahinstehen, ob wegen Überwiegens der dienstvertraglichen Elemente im Mobilfunkvertrag § 628 Abs. 1 S. 3 BGB eingreift, ob von einer auf § 242 BGB beruhenden nachvertraglichen Nebenpflicht zur Erstattung auszugehen ist oder ob der Anspruch sich unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 2 1. Alt. BGB ergibt. Jedenfalls ist mit der Vertragsbeendigung – aus welchen Gründen sie auch immer erfolgt – der rechtliche Grund für die Vorauszahlung entfallen.

Von einem Anspruch des Kunden auf Rückzahlung eines Prepaid-Guthabens geht auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 9. Juni 2011 aus (NJW-RR 2011, S. 1618 ff.). Dort ging es um Prepaid-Verträge, in denen Mobilfunkleistungen während eines maximal 24 Monate betragenden so genannten „Aktivitätszeitfensters“ im Umfang eines vorab bezahlten Guthabens in Anspruch genommen werden konnten. Daran sollte sich eine zweimonatige Phase der bloßen passiven Erreichbarkeit anschließen, in der der Kunde nicht mehr aktiv telefonieren kann, sofern er nicht durch die Aufladung seines Guthabenkontos den Beginn eines neuen „Aktivitätszeitfensters“ begründet. In diesem Zusammenhang lautete eine Klausel:

„Mit dem Ende der zweimonatigen Phase der passiven Erreichbarkeit wird die Prepaid Card endgültig deaktiviert und das Vertragsverhältnis zwischen E. und dem Kunden endet.“

Der Bundesgerichtshof hat dazu ausgeführt, der zweite Halbsatz dieser Bestimmung, wonach das Vertragsverhältnis ende, sei unwirksam. Die Klausel sei so zu verstehen, dass ein nach Ablauf der Phase der passiven Erreichbarkeit auf der „Prepaid-Karte“ noch vorhandenes Guthaben zu Gunsten der dortigen Beklagten verfallt. Dies wecke bei dem rechtlich nicht vorgebildeten Kunden den Anschein, damit werde auch ein Anspruch auf Auszahlung eines Restguthabens ausgeschlossen. Dieser Anspruch beruhe auf einer nachvertraglichen Verpflichtung oder auf § 812 Abs. 1 S. 2 BGB. Schon der bloße Anschein des Rückzahlungsausschlusses (kundenfeindlichste Auslegung) führt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs danach zur Unwirksamkeit der Klausel. Im Folgenden führt der BGH weiter aus, nach dem Zweck des Vertrages solle der von dem Kunden vorab geleistete Betrag dem Mobilfunkanbieter ausschließlich als im Synallagma stehende Gegenleistung für von ihm erbrachte Leistungen zustehen.

Diese Argumentation ist für den vorliegenden Fall einschlägig. Auch hier müsste der Bundesgerichtshof nach seiner Auffassung von einem Anspruch auf Rückerstattung des Guthabens bei Vertragsbeendigung ausgehen. Die Fälle sind vergleichbar. Ein Unterschied besteht nur darin, dass vorliegend das Prepaid-Guthaben unbegrenzt gilt und nicht nur in einem „Aktivitätszeitfenster“. Abgesehen davon, dass in dem vom BGH entschiedenen Fall der Kunde durchaus die Möglichkeit hatte, ein neues „Aktivitätszeitfenster“ zu öffnen, kann auch hier der Vertrag ohne den Willen des Kunden allein aufgrund einer Kündigung der Beklagten enden. Deren Kündigungsrecht ist nicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden. Im Übrigen ergibt sich aus dem geringfügigen Unterschied keine andere Bewertung für die maßgebliche Frage, ob dem Kunden ohnehin – ohne ausdrückliche vertragliche Regelung – ein Erstattungsanspruch zusteht.

Auch das OLG München hat in einem Urteil aus dem Jahre 2006 eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mobilfunkanbieters für unwirksam erklärt, nach der ein Restguthaben aus einem Prepaid-Vertrag bei Beendigung des Vertrages verfällt (NJW 2006, S. 2416 ff.).

(2)

Wenn aber der Kunde ohnehin einen Anspruch auf Erstattung des Guthabens hat, ergibt sich daraus nicht nur, dass die verwendete Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen ist, sondern zugleich auch, dass sie der Kontrolle nicht standhält.

Zu den wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts gehört nämlich, dass jeder seine Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten besteht nur dann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Jede Entgeltregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich nicht auf eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbrachte Leistung stützt, sondern Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versucht, stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Abweichung von Rechtsvorschriften dar und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. nur BGH, NJW 2002, S. 2386 ff., m. w. N.).

Die Beklagte räumt dem Kunden eben nicht „großzügiger Weise“ einen Anspruch auf Auszahlung des Guthabens ein, sondern der Anspruch bestände auch ohne die Regelung in Ziffer 4.9 der Prepaid-AGB. Dies bedeutet, dass sowohl die Begründung der Kostenpflicht in Ziffer 4.9, als auch die konkrete Bestimmung der Höhe in der Preisliste unwirksam sind. Dabei ist es auch ohne Bedeutung, ob der Beklagten bei der Auszahlung eines Guthabens besondere Aufwendungen entstehen. Den Aufwand zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen muss die Beklagte von vornherein einkalkulieren.

(3)

Schließlich ist anzumerken, dass die Beklagte auch aus der Rechtsprechung zum Fehlen eines Auszahlungsanspruchs betreffend Telefonkartenguthaben (BGHZ 148, 74) nichts für ihre Rechtsposition herleiten kann. Dass der Bundesgerichtshof gerade nicht der Argumentation des OLG Hamburg folgt, ergibt sich schon aus der Entscheidung vom 9. Juni 2011, wonach der Verfall des bestehenden Auszahlungsanspruchs nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingun-

gen bestimmt werden kann. Im Übrigen ist die rechtliche Situation bei Telefonkarten einerseits und bei Prepaid-Guthaben andererseits nicht vergleichbar.

Die Ausführungen auf Seiten 10 und 11 der Berufungsbegründung (Bl. 148 f. d. A.) erlauben keine andere Bewertung. Es trifft zwar sicherlich zu, dass es auch der Beklagten gleichgültig ist, wer das Guthaben tatsächlich durch Inanspruchnahme von Mobilfunkleistungen verbraucht, und dass auch Prepaid-Verträge oft faktisch „stillgelegt“ werden, weil der Kunde die Karte nicht mehr nutzt oder sein Guthaben verbraucht ist. Der entscheidende Unterschied ist hier aber, dass nicht nur einmalig – als anonymes Massengeschäft – eine Telefonkarte oder ein Geschenkgutschein erworben wird. Vielmehr wird vertraglich ein Dauerschuldverhältnis begründet, bei dem dem Kunden ein individuelles, ihm zugeordnetes Guthabenkonto eingerichtet wird. Ob die Beklagte in dieser Weise nur deshalb vorgeht, weil sie nach den Bestimmungen des TKG zur Führung personenbezogener Guthabenkonten verpflichtet ist, ist dabei unerheblich. Das Konto wird „durch Vorauszahlung bestimmter Guthabenbeträge“ aufgeladen (Ziffer 4.4 der Prepaid-Bedingungen der Beklagten). Ob dieses Guthaben zeitabschnittsweise oder aufgrund des Nutzungsverhaltens des Kunden verbraucht wird, ist für die Frage der Pflicht zur Erstattung nicht verbrauchter Vorauszahlungen ebenfalls unerheblich.

Während der Bundesgerichtshof zu Recht davon ausgeht, dass ein Erwerber einer Telefonkarte oder eines Geschenkgutscheins nicht die Erstattung eines nicht verbrauchten Betrages erwarten kann, ist diese Erwartung bei einem Guthaben auf dem persönlichen Guthabenkonto sehr wohl berechtigt.

c.

Schließlich hat das Landgericht zu Recht auch die Bestimmungen für unwirksam erklärt, die in der Preisliste der Beklagten – Anlage K 9 – unter „Sonstige Preise (einmalig)“ für „Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden“ und als „Mahngebühr“ ausgewiesen sind.

Dabei handelt es sich unzweifelhaft um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Inhaltskontrolle unterliegen, und nicht um kontrollfreie Preisabsprachen. Die

Beklagte erbringt in Fällen einer Mahnung oder einer Rücklastschrift keine Leistung für den Kunden, sondern handelt im eigenen Interesse bzw. muss ihrerseits eine Zahlung an eine Bank leisten. Sie hat sich im Rechtsstreit auch nicht darauf berufen, die Klauseln seien kontrollfreie Entgeltabreden. Als solche wären sie nach den dargelegten Grundsätzen im Übrigen ersichtlich unzulässig.

Der Sache nach erhebt die Beklagte für Mahnungen und Rücklastschriften vielmehr Schadensersatz in Gestalt von Pauschalen. Hier ist schon sehr zweifelhaft, ob überhaupt noch eine Prüfung darüber anzustellen ist, ob die streitgegenständlichen Positionen in der Preisliste als Schadenspauschalen den Maßstäben des § 309 Nr. 5 BGB genügen. Der Bundesgerichtshof hat es für eine in der Preisliste eines Telekommunikationsdienstleistungsunternehmens enthaltene „Bearbeitungsgebühr für Deaktivierung“ jedenfalls abgelehnt, zu entscheiden, ob die dortige Beklagte ihr Anliegen durch Aufnahme einer pauschalierten Aufwendungsersatzklausel in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte umsetzen können (NJW 2002, S. 2386 ff.). Sie müsse sich im Verbandsklageprozess vielmehr daran festhalten lassen, dass der Wortlaut der Klausel und der Gesamtzusammenhang der Gebührenregelungen es nahelegten, sie als „reine“ Entgeltabrede zu verstehen (BGH, a. a. O.).

Ähnlich liegt es hier. Die Pauschalen für Mahnungen und Rücklastschriften sind in dem Verzeichnis „Sonstige Preise & Sonderdienste“ aufgeführt unter der Überschrift „Sonstige Preise (einmalig)“. Dort befinden sich sowohl Entgelte für Leistungen der Beklagten, als auch Positionen, die der Sache nach Schadenspauschalen darstellen. Dadurch wird beim Verbraucher der Anschein erweckt, es handele sich um ein reines Entgeltverzeichnis. Auch wenn die Beklagte sich in diesem Rechtsstreit nicht auf das Vorliegen einer kontrollfreien Preisabrede beruft, ist die gewählte Form der Darstellung in einer Preisliste durchaus zur Täuschung des Verbrauchers geeignet.

Dies kann aber letztlich dahinstehen. Jedenfalls geht das Landgericht zu Recht davon aus, dass die Positionen „Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden € 19,95“ und „Mahngebühr € 9,95“ auch als Schadenspauschalen unwirksam sind.

Für die pauschale Erhebung einer Mahngebühr – ohne Ausnahme hinsichtlich einer den Verzug begründenden Erstmahnung – ergibt sich dies schon aus § 309 Nr. 4 BGB. Danach ist eine Bestimmung unwirksam, durch die der Klauselverwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen. Für den Verstoß gegen § 309 Nr. 4 BGB (früher § 11 Nr. 4 AGBG) ist es ohne Bedeutung, ob in der Klausel die Mahnung ausdrücklich für entbehrlich erklärt wird oder ob der Klauselverwender schon ohne Mahnung eine Rechtsfolge für sich in Anspruch nimmt, die nach dem Gesetz erst aufgrund Mahnung eintritt (BGH, NJW 1985, S. 320 ff., zu der Klausel „Mahnkosten gehen zu Lasten des Käufers und werden mit 5,-- DM zuzüglich Portoauslagen je Mahnschreiben berechnet“). Die Beklagte nimmt für eine Mahnung pauschal die „Mahngebühr“ für sich in Anspruch, ohne dass dafür Verzug eingetreten sein muss. Dass Verzug natürlich je nach Lage des Einzelfalls auch schon im Zeitpunkt der ersten Mahnung vorliegen kann (§ 286 Abs. 2 und 3 BGB), genügt jedenfalls nicht, um den Verstoß gegen § 309 Nr. 4 BGB zu beseitigen. Die Erhebung einer „Mahngebühr“ wird in den AGB der Beklagten nicht vom vorherigen Verzugseintritt abhängig gemacht.

Des Weiteren verstoßen beide Schadenspauschalen auch gegen § 309 Nr. 5 a und b BGB.

(1)

Nach § 309 Nr. 5a BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs für den Verwender unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Dies ist bei Gebühren von 9,95 € pro Mahnung und 19,95 € pro Rücklastschrift der Fall.

Eine Mahnung verursacht als solche nur Kosten für das Fertigen und den Ausdruck eines angesichts der heutigen Rationalisierungsmöglichkeiten durch ein Computerprogramm vorgefertigten Schreibens, für Papier und Umschlag, anteilige Personalkosten für das „Eintüten“ sowie Portokosten. Dabei ergibt sich selbst bei großzügigster Behandlung nicht im Ansatz ein Betrag von 9,95 € pro

Mahnung. Bei einer Rücklastschrift hat die Beklagte zwar Bankgebühren zu tragen, die der Kläger aber nur mit höchstens (nicht mindestens, wie von der Beklagten unzutreffend wiedergegeben) 8,11 € eingeräumt hat. Konkrete Behauptungen zu höheren Gebühren hat die Beklagte nicht aufgestellt. Hinzu kämen als Schaden aufgrund der Rücklastschrift allenfalls noch die Kosten für Ausdruck und Versand eines Kundenanschreibens, falls nicht ohnehin bereits eine Mahnung erfolgt.

Wenn die Beklagte jetzt noch Kosten für die Benachrichtigung von Wirtschaftsauskunfteien ansetzt, so geschieht dies ausschließlich in ihrem eigenen Interesse und im Interesse anderer Kunden der Auskunfteien. Diese Kosten können nicht für die Angemessenheit einer Schadenspauschale nach § 309 Nr. 5a BGB herangezogen werden.

Anders als in erster Instanz beruft die Beklagte sich ferner nicht mehr darauf, dass das Schreiben an den Kunden Hinterholz „missverständlich“ sei und sie in Wirklichkeit nur die von den Kreditinstituten berechneten Kosten zzgl. Porto und sonstiger Auslagen einkalkuliere. Das angebotene Sachverständigengutachten zur Höhe der tatsächlichen Mahn- und Rücklastschriftkosten hat das Landgericht zu Recht nicht eingeholt, da dies ohne Angabe jeglicher geeigneter Anknüpfungstatsachen auf einen Ausforschungsbeweis hinausliefe.

Die Pauschalen sind auch nicht deshalb in zumindest annähernd angemessener Größenordnung angesetzt worden, weil die Beklagte weitere Personalkosten in die Berechnung einbeziehen dürfte. Dabei trifft es zwar zu, dass eigene Leistungen des Geschädigten zur Schadensbeseitigung ersatzfähig sein können (vgl. nur BGHZ 131, 220). Deshalb sind auch die – allerdings sehr geringen – anteiligen Personalkosten für das Ausdrucken maschinell vorgefertigter Schreiben und die weitere Verarbeitung bis zur Abgabe an die Post zu berücksichtigen. Der vorgetragene Aufwand für die angeführten weiteren Tätigkeiten des Personals der Beklagten wäre jedoch nicht hoch genug zur Rechtfertigung der Pauschalen und darf im Übrigen aus Rechtsgründen nicht als ersatzfähig bei der Bemessung der Pauschalen für Mahnungen und Rücklastschriften herangezogen werden.

Zunächst einmal würde die Höhe der vorgetragenen Aufwendungen schon nicht genügen, um Pauschalen in Höhe von 9,95 € für jede Mahnung und 19,95 € für jede Rücklastschrift zu rechtfertigen.

Hinsichtlich der Mahnkosten hat nicht einmal die Beklagte selbst vorgetragen, welcher erhebliche Personalaufwand bei der Erstellung der Mahnungen entstehen soll. In erster Instanz hat sie nur die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten und geltend gemacht, Mahnkosten seien bereits in den 80er Jahren in einer Größenordnung von 5,00 DM anerkannt worden, so dass heute angesichts der Inflation ein Betrag von 9,95 € nicht überzogen sei. Dies überzeugt ersichtlich nicht. Welche konkreten Personalaufwendungen die Kosten für jede Mahnung derart in die Höhe treiben sollen, hat die Beklagte dagegen auch in zweiter Instanz nicht ausgeführt. Sie hat in der Berufungsbegründung nur auf ihre Ausführungen zu den Rücklastschriftkosten verwiesen, wonach Personalkosten überhaupt ersatzfähig seien.

Aber auch hinsichtlich der Rücklastschriftkosten ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten nicht, dass diese mit 19,95 € in einer nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Höhe liegen.

Soweit die Beklagte sich im Schriftsatz vom 17. Februar 2012 nunmehr auf einen behaupteten entgangenen Gewinn von 8,22 € pro Rücklastschrift beruft, kann dieser Betrag ersichtlich nicht zur Berechnung einer angemessenen Schadenspauschale für Rücklastschriftkosten herangezogen werden. Dieser Schaden soll darauf beruhen, dass bei vielen Kunden in Folge einer Rücklastschrift eine Sperrung erfolge, so dass der betroffene Kunde keinen weiteren Umsatz produzieren könne. Dies ist jedoch kein Schaden, der vom Schutzzweck der Norm erfasst ist, aus der sich dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch wegen Rücklastschriften in Verantwortung des Kunden ergibt. Der Kunde ist überhaupt nicht verpflichtet, einen bestimmten Umsatz durch Inanspruchnahme der Leistungen der Beklagten zu veranlassen. Wenn die Beklagte einen bestimmten Kunden in ihrem eigenen Interesse sperrt und ihn damit von weiteren Umsätzen abhält, kann sie nicht den ihr durch die Sperrung

entgangenen Gewinn bei jeder Rücklastschrift als „Kosten der Rücklastschrift“ liquidieren.

Von den im Schriftsatz vom 17. Februar 2012 genannten konkreten Kosten könnten also allenfalls die behaupteten zusätzlichen Arbeitnehmerkosten von 4,89 € pro Rücklastschrift herangezogen werden. Zusammen mit den Bankgebühren (maximal 8,11 €) und den Kosten für eine Information an den Kunden (welche mit 1,50 € jedenfalls ausreichend berücksichtigt wären) ergäbe sich nicht einmal ein Betrag von 15,00 € pro Rücklastschrift. Schon nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten wäre daher von einem Verstoß gegen § 309 Nr. 5a BGB auszugehen sein, wenn eine Pauschale von 19,95 € verlangt wird.

Im Übrigen sind die möglichen weiteren Arbeitnehmerkosten selbst in Höhe von 4,89 € nicht als Kosten einer Rücklastschrift ersatzfähig, so dass ein Betrag von 19,95 € pro Rücklastschrift nicht im Ansatz gerechtfertigt ist. Die Situation ist hier nämlich entgegen der Auffassung der Beklagten vergleichbar mit der Konstellation, die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. September 2009 (NJW 2009, S. 3570 ff., ebenso vorangehend OLG Hamm, WM 2008, S. 1217 ff. – von der Beklagten mit „Germanwings“ bezeichnet) zugrunde lag.

Die dort betroffene Fluggesellschaft unterhielt eine Angebotsstruktur, wonach das Beförderungsentgelt nur durch Kreditkarte oder Lastschrift bezahlt werden konnte. Auf diese Weise konnte sie unter Nutzung eines automatisierten Verfahrens ihre Debitorenbuchhaltung weitgehend einsparen. Im Falle einer Rücklastschrift konnte die Bearbeitung dagegen nicht mehr automatisiert erfolgen, was mit entsprechenden Personalkosten verbunden war. Diese waren besonders erheblich, weil zu der manuellen Bearbeitung neben den notwendigen Buchungen auch der Aufwand für das Führen einer so genannten „watchlist“ gehörte. Die Gesellschaft musste etwaige Zahlungseingänge genau beobachten, um im Falle einer Zahlung „in letzter Minute“ noch die Beförderung zu gewährleisten. Letzteres trifft auf die Beklagte zwar nicht zu, so dass sie auch „nur“ Rücklastschriftkosten von 19,95 € erhebt und nicht wie die Fluggesellschaft in Höhe von 50,00 €. Im Übrigen ist die Situation aber in beiden Fällen insoweit vergleichbar, als in Fällen einer Rücklastschrift auch Kosten für die Debitoren-

buchhaltung entstehen, die die Beklagte ebenso wie die Fluggesellschaft sonst durch das obligatorische Lastschriftverfahren weitgehend einsparen kann. Bei diesen Kosten aber handelt es sich nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht um einen Schaden durch die Rücklastschrift, sondern um Aufwendungen zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrages.

Wenn die Beklagte nun vorträgt, sie habe auch eigene Mitarbeiter in der Buchhaltung, so mag dies zutreffen. Dies ändert aber nichts daran, dass sie durch das für den Postpaid-Bereich obligatorische Lastschriftverfahren weitgehend die Überwachung darüber einspart, ob die Kunden ihren Verpflichtungen nachkommen. Wenn dieses Konzept nun im Einzelfall fehlschlägt, bleibt es dabei, dass die Kosten für die manuelle Erfassung und Bearbeitung von Zahlungsvorgängen eigentlich typische Vertragsabwicklungskosten und nicht Schäden aus einer Rücklastschrift sind. Der im Schriftsatz der Beklagten vom 17. Februar 2012 genannte Betrag an durchschnittlichen zusätzlichen Arbeitnehmerkosten von 4,89 € pro Rücklastschrift beinhaltet damit jedenfalls zu einem erheblichen Teil Kosten, die nicht als Rücklastschriftkosten ersatzfähig sind.

(2)

Des Weiteren ist die Erhebung pauschalierter Schadensersatzes für Mahnungen und Rücklastschriften hier nach § 309 Nr. 5b BGB unwirksam, weil dem Kunden nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich geringer als die Pauschale. Diese Regelung ist verbraucherfreundlicher als die frühere Regelung in § 11 Nr. 5b AGBG, wonach eine Klausel erst dann unwirksam war, wenn dem anderen Vertragsteil „der Nachweis abgeschnitten“ wurde, dass ein Schaden nicht oder nur in geringerer Höhe entstanden sei.

Selbst zur alten Regelung hat das OLG Düsseldorf jedoch eine Klausel für unwirksam erklärt, wonach eine „Bearbeitungsgebühr für Rücklastschrift je Rücklastschrift 34,80 DM“ erhoben wurde (Urteil vom 18. Juli 2002, 6 U 218/01, bei juris). Durch die Aufzählung eines Gebührentatbestandes werde dem Vertragspartner eine „Bearbeitungsgebühr“ in fester Höhe aufgegeben. Dies könne der durchschnittliche rechtsungewandte Kunde nur dahin verstehen, dass mit ihr

die geschuldete Gebühr abschließend festgelegt werde.

Wenn jetzt nach § 309 Nr. 5b BGB sogar eine ausdrückliche Gestattung des Nachweises erforderlich ist, führt schon die kommentarlose Auflistung als „Preis“ in einer Preisliste zu einem Verstoß gegen dieses Klauselverbot. Zwar ist der Beklagten darin zuzustimmen, dass eine Übersicht grundsätzlich übersichtlich bleiben muss. Die Auflistung als ein „Preis“ unter vielen Positionen in einer Preisliste darf jedoch nicht den Eindruck erwecken, es handele sich um einen unabänderlich feststehenden Betrag. Auch ein Hinweis auf die Möglichkeit des Nachweises eines geringeren Schadens in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen reicht insoweit nicht aus. Vielmehr sind diejenigen Positionen, die in Wirklichkeit keine Preise, sondern Schadenspauschalen beinhalten, eindeutig als solche zu kennzeichnen und klar erkennbar mit einer Nachweigestattung im Sinne des § 309 Nr. 5b BGB zu versehen.

Im Übrigen enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Anlage K 5 in Wirklichkeit keine Regelung, wonach dem Kunden bei Mahnungen oder Rücklastschriften der Nachweis gestattet wird, es sei kein oder ein geringerer Schaden entstanden. Gerade auf die allgemeinen Bedingungen für Mobilfunkverträge (nicht speziell für Prepaid-Verträge), beziehen sich aber der Antrag des Klägers und das durch Urteil aufrechterhaltene Versäumnisurteil. Es wird jeweils formuliert „In Verträge über Mobilfunkleistungen“, während es für die anderen beanstandeten Klauseln einleitend heißt „In Verträgen über Mobilfunkleistungen mit Vorauszahlung des Kunden (Prepaid)“. Der Kläger zitiert auch nicht aus der Preisliste „Prepaid“ (Anlage K 8), sondern aus der Liste „Sonstige Preise & Sonderdienste“ (Anlage K 9), wo die betroffenen Positionen unter „Sonstige Preise (einmalig)“ stehen.

Der Vorwurf in der Berufungsbegründung, wonach das Landgericht übersehe, dass bei Prepaid-Verträgen Mahngebühren überhaupt nicht entstehen können, ist nicht nachvollziehbar. Die Beklagte selbst ist es, die entsprechende Gebührentatbestände in beiden Preislisten vorsieht und gerade für den davon eigentlich betroffenen Postpaid-Bereich keine Regelung über den Nachweis eines geringeren Schadens in ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Anlage K 5)

aufgenommen hat. Dies geht zu ihren Lasten.

Dass die Beklagte ausschließlich in ihren Prepaid-Bedingungen und auch nur für die Lastschriftkosten (Ziffer 4.7) eine Nachweisgestattung im Sinne des § 309 Nr. 5b BGB vorsieht, genügt jedenfalls nicht. Die Einzelregelung für Lastschriftkosten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Prepaid kann zumindest im Verbandsklageverfahren sicher nicht dahin ausgelegt werden, die Beklagte habe dem Kunden für alle pauschalisierten Schadensersatzbeträge ordnungsgemäß ausdrücklich gestattet, den Nachweis zu erbringen, dass kein oder nur ein wesentlich geringerer Schaden entstanden sei. Im Übrigen kann das Wort „mindestens“ in Ziffer 4.7 der Prepaid-Bedingungen bei kundenfeindlichster Auslegung durchaus dahin missverstanden werden, dass jedenfalls dieser Betrag zu zahlen sei.

3.

Der Zahlungsanspruch in Höhe von 200,00 € folgt aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG. Der Ausspruch zu den Zinsen ergibt sich aus §§ 288, 291 ZPO.

4.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach § 543 ZPO bestehen nicht. Dies gilt insbesondere auch für die Entscheidung über die Klausel in Ziffer 1.3 der Prepaid-Bedingungen betreffend die entgeltliche Auszahlung eines Restguthabens. Die Zulassung ist nicht aufgrund der Entscheidung des OLG Hamburg vom 1. Juli 2010 angezeigt. Der Bundesgerichtshof hat durch das Urteil vom 9. Juni 2011 mittlerweile klargestellt, dass der Kunde bei einem Prepaid-Mobilfunkvertrag einen Anspruch auf Erstattung des nicht verbrauchten Guthabens hat, der ihm nicht – und sei es auch nur scheinbar bei kundenfeindlichster Auslegung – durch Allgemeine Geschäftsbedingungen genommen werden darf. Dann aber kann für die Erfüllung des Anspruchs auch kein Entgelt durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Dies ergibt sich zwangsläufig

aus den früheren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, wonach für die Erfüllung eigener Pflichten des Klauselverwenders kein besonderes Entgelt durch Allgemeine Geschäftsbedingungen festgelegt werden darf.