

2 U 12/11  
2 O 136/11 Landgericht Kiel

verkündet am: 3. Juli 2012  
angestellte  
als Urkundsbearbeiterin  
der Geschäftsstelle



## Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

### Urteil

#### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**mobilcom-debitel GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Stephan Esch,  
Joachim Preisig und Christoph Vilanek, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

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 26. Juni 2012 durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts \_\_\_\_\_ und die Richterinnen am Oberlandesgericht: \_\_\_\_\_ und \_\_\_\_\_ für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 29. November 2011 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kiel wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### G r ü n d e

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung einzelner Bestimmungen in ihren vorformulierten Bedingungen für Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen 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 beim Bundesverwaltungsamt und nun beim Bundesjustizamt gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen.

Die Beklagte bietet Telekommunikationsdienstleistungen an. Sie ist ein Unternehmen der so genannten Freenet-Gruppe und verwendet unter anderem die Marke „Talkline“. Unter verschiedenen Domains – unter anderem [www.mobilcom-debitel.de](http://www.mobilcom-debitel.de) und [www.talkline.de](http://www.talkline.de) – unterhält sie Telemediendiens-

te. Über eigene Netze verfügt sie nicht, sondern ist ihrerseits mit verschiedenen Netzbetreibern vertraglich verbunden.

Durch Verbraucherbeschwerden wurde der Kläger darauf aufmerksam, dass die Beklagte auf einem der Telemediendienste einen Tarif mit der Bezeichnung „Vario50/Vario 50 SMS T-Mobile“ anbot. Die Tarifbestimmungen (Anlage K 1, Bl. 14 d. A.) sehen einen monatlichen so genannten „Paketpreis“ von 14,95 € bei einer Laufzeit von 24 Monaten vor. In diesem Grundpreis sind nach Wahl des Kunden entweder 50 Inklusivminuten Telefonie oder 50 Inklusiv-SMS enthalten. Der Wechsel zwischen beiden Optionen ist jeweils ohne weitere Kosten zum Monatsende möglich. Ein restliches Inklusivvolumen kann nicht in den Folgemonat übertragen werden. Außerhalb der Inklusivleistungen werden Preise von 0,39 €/Minute für Telefonate und 0,19 € pro SMS berechnet. In Fußnote 7 der Tarifbestimmungen ist folgende Regelung enthalten:

*„7) Wird in 3 aufeinanderfolgenden Monaten kein Anruf getätigt bzw. keine SMS versendet, wird dem Kunden eine Nichtnutzergebühr in Höhe von € 4,95 monatlich in Rechnung gestellt.“*

Die Beklagte verwendet für ihre Angebote unter der Marke „Talkline“ des Weiteren ein gesondertes Bedingungswerk (Anlage K 2, Bl. 15 f. d. A.), das die Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen (Credit-/Laufzeitverträge)“ trägt. Unter Ziffer 7.1 ist dort folgende Bestimmung enthalten:

*„7.1 Die zur Verfügung gestellte SIM-Karte bleibt im Eigentum der Talkline. Für die SIM-Karte wird eine Pfandgebühr fällig. Die Höhe der Pfandgebühr richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Service- und Preisliste. Sie wird dem Kunden nur dann mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er diese nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet.“*

Ferner stellt die Beklagte unter der Domain [www.talkline.de](http://www.talkline.de) eine Preisliste für unterschiedliche Dienste zum Download als pdf-Datei zur Verfügung (Anlage K 3, Bl. 17 ff. d. A.). Die Preisliste ist am Ende mit Fußnoten versehen. Zur Höhe der SIM-Karten-„Pfandgebühr“ gemäß Ziffer 7.1 der AGB enthält die Preisliste folgende Regelung, die aus der Nennung des Betrages (Bl. 21 d. A.) und der

dazu gehörigen Fußnote 17 (Bl. 24 d. A.) besteht:

**„SIM-Karten-Pfand“<sup>17</sup> je Karte 9,97 €  
(für den Verbleib der SIM-Karte beim Kunden)\***

Fußnotentext:

**<sup>17</sup> Die Pfandgebühr wird fällig, soweit Sie uns die zur Verfügung gestellte SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende zurücksenden. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse (...).“**

Wegen der weiteren Einzelheiten der vorformulierten Vertragsbedingungen der Beklagten wird auf die Anlagen K 1 bis K 3 Bezug genommen.

Der Kläger hält die zitierten Bestimmungen im Bedingungswerk der Beklagten wegen Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB für unwirksam. Er forderte die Beklagte mit Schreiben vom 28. April 2011 (Anlagen K 4 und K 5, Bl. 26 ff.), vom 7. April 2011 (Anlagen K 7 und K 8, Bl. 36 ff.) und vom 17. Juni 2011 (Anlagen K 10 und K 11, Bl. 46 ff.) auf, deren Verwendung für Verträge mit Verbrauchern zu unterlassen. Auf die Einzelheiten der Aufforderungsschreiben und der vom Kläger vorgefertigten Unterlassungserklärungen wird verwiesen. Die Beklagte gab die verlangten Unterlassungserklärungen nicht ab. Sie verweigerte dies mit Schreiben vom 26. Mai 2011 (Anlage K 6, Bl. 33 ff. d. A.), vom 16. Mai 2011 (noch unter der Firma mobilcom-debitel AG, Anlage K 9, Bl. 43 ff. d. A.) und vom 27. Juni 2011 (Anlage K 12, Bl. 50 f. d. A.). Auf den Inhalt dieser Schreiben wird ebenfalls Bezug genommen.

Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2011 hat der Kläger beim Landgericht Kiel mit folgenden Anträgen Klage gegen die Beklagte eingereicht:

- 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 nachfolgend bezeichnete Verträge über Mobilfunkleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:**
  1. **Verträge mit der Vereinbarung eines monatlichen „Paketpreises“ (hier € 14,95) bei Bereitstellung eines gewissen Kontingentes von**

*„Inklusivminuten“ für Sprachtelefonie (hier 50) oder „Inklusiv-SMS“ für Textnachrichten (hier 50)*

1. *Wird in 3 aufeinanderfolgenden Monaten kein Anruf getätigt bzw. keine SMS versendet, wird dem Kunden eine Nichtnutzungsgebühr in Höhe von € 4,95 monatlich in Rechnung gestellt.*
2. *Verträge über Mobilfunkleistungen*
2. *(7.1 Die zur Verfügung gestellte SIM-Karte bleibt im Eigentum der Talkline.) Für die SIM-Karte wird eine Pfandgebühr fällig. Die Höhe der Pfandgebühr richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Service- und Preisliste. Sie wird dem Kunden nur dann mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er diese nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet.*
3. **SIM-Karten-Pfand<sup>17</sup>** je Karte 9,97 €  
*(für den Verbleib der SIM-Karte beim Kunden)*

*in Verbindung mit dem Fußnotentext:*

<sup>17</sup> *Die Pfandgebühr wird fällig, soweit Sie uns die zur Verfügung gestellte SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende zurücksenden.*

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

Die Beklagte hat in dem mit Verfügung des Einzelrichters vom 11. Juli 2011 angeordneten schriftlichen Vorverfahren keine Verteidigungsanzeige abgegeben. Das Landgericht hat sie durch Versäumnisurteil vom 4. August 2011 entsprechend dem Klageantrag zur Unterlassung und zur Zahlung der verlangten Abmahnpauschale von 200,00 € verurteilt. Die Beklagte hat gegen das am 8. August 2011 zugestellte Versäumnisurteil am 12. August 2011 Einspruch eingelegt. Zu den im Streit stehenden Klauseln haben die Parteien in erster Instanz wie folgt vorgetragen:

#### Klageantrag zu 1.: Nichtnutzungsgebühr

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die beanstandete Klausel unterliege als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle. Der Verbraucher habe aufgrund dieser Bedingung eine gesonderte Leistung zu erbringen, obwohl er die zur Verfügung gestellten Kommunikationsdienstleistungen gerade nicht in Anspruch nehme. Der gesonderten Zahlungspflicht des Verbrauchers stehe eine Gegen-

leistung der Beklagten nicht entgegen.

Die beanstandete Klausel halte der Inhaltskontrolle nicht stand. Sie verstoße zunächst gegen § 307 Abs. 1 BGB. Ein billigeswertes Interesse der Beklagten an der weiteren Belastung des Kunden mit einem zusätzlichen Entgelt ohne Gegenleistung bestehe nicht. Die Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht des Kunden seien schon dem Grunde nach ersichtlich nicht gegeben. Ferner sei auch das Klauselverbot in § 309 Nr. 5 BGB zu berücksichtigen. Inhaltlich führe die Klausel zu einer Vertragsstrafenregelung, so dass weiter § 309 Nr. 6 BGB einschlägig sei. Wegen der weiteren Ausführungen des Klägers zu § 309 Nr. 5 und 6 BGB wird auf den Inhalt der vorgerichtlichen Abmahnung (Anlage K 4) Bezug genommen.

Die Beklagte hat dagegen geltend gemacht, die beanstandete Klausel unterliege als Vereinbarung über Art und Umfang der Vergütung nicht der Inhaltskontrolle. Die Nichtnutzungsgebühr sei neben der monatlichen Pauschale und den Gebühren für Gesprächsminuten Teil des Hauptpreises. Sie, die Beklagte, wolle nicht etwa ihre nicht aktiven Kunden durch die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr bestrafen oder allgemeine Betriebskosten oder ähnliches auf den jeweiligen Kunden abwälzen. Es unterliege allein ihrer kontrollfreien unternehmerischen Entscheidung, ob sie einen Gesamtpreis angeben wolle oder ob dieser in einzelne Teilelemente oder Preisbestandteile für einzelne Leistungselemente aufgespalten werde. Auch der Kläger würde es wohl nicht beanstanden, wenn sie eine monatliche Grundgebühr von 19,90 € verlangen und den aktiven Nutzern einen Aktivitäts-Nachlass von 4,95 € gewähren würde.

Im Übrigen wäre die Klage selbst dann unbegründet, wenn die beanstandete Klausel der Inhaltskontrolle unterläge. Es gebe keine gesetzliche Verpflichtung oder vertragliche Nebenpflicht, wonach sie, die Beklagte, ihre Leistungen unabhängig vom Nutzungsverhalten ihrer Kunden bepreisen müsse. Die Klausel begründe auch keine Schadensersatzpflicht, zumal es weder eine Pflicht des Kunden zur aktiven Nutzung, noch einen Schaden bei ihr gebe. Die Belohnung eines aktiven Nutzungsverhaltens sei nicht mit der Einführung einer Schadensersatzpflicht vergleichbar. Erst recht liege keine Vertragsstrafenregelung im

Sinne des § 309 Nr. 6 BGB vor.

Klageanträge zu 2. und 3.: „Pfandgebühr“ für die SIM-Karte

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, auch die Erhebung einer „Pfandgebühr“ – hier: in Höhe von 9,97 € – für die Nichtrückgabe der SIM-Karte nach Vertragsende verstoße gegen § 307 BGB. Zumindest bei verbraucherfeindlicher Auslegung erhebe die Beklagte kein Pfand im Sinne einer bloßen Sicherheitsleistung, sondern eine gesonderte Entschädigung. Der Kunde könne nicht davon ausgehen, dass er die geleistete Zahlung zurück erhalte, wenn er die SIM-Karte nach Ablauf der 14-Tagesfrist doch noch übermittle. Die Entschädigungsregelung für die verspätete Kartenrückgabe aber müsse sich an der gesetzlichen Regelung in §§ 280, 286 BGB messen lassen. Dem Kunden werde indes nicht die Möglichkeit eingeräumt, sich vom Verschulden zu entlasten.

Weiter verstoße die Klausel gegen § 309 Nr. 5 b BGB. Dem Kunden werde nicht der Nachweis gestattet, dass kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden sei als in Höhe der Pauschale von 9,97 €. Im Hinblick auf die Höhe der Pauschale sei ferner das Klauselverbot in § 309 Nr. 5 a BGB einschlägig. Die Karte sei nach Ablauf der Vertragslaufzeit wirtschaftlich wertlos. Ein Wert ergebe sich erst durch die Freischaltung im Hause des jeweiligen Netzbetreibers, welche mit der Vertragsbeendigung ende. Wegen der weiteren Ausführungen des Klägers wird auf das vorgerichtliche Abmahn schreiben (Anlage K 7) verwiesen.

Die Beklagte hat dagegen die Auffassung vertreten, auch die Klausel betreffend die „Pfandgebühr“ unterliege nicht der Inhaltskontrolle. Es handele sich zwar nicht um eine Entgeltregelung, da lediglich ein Pfand für die SIM-Karte erhoben werde, das zurückgezahlt werde, wenn die SIM-Karte doch noch an sie zurückgesandt werden sollte. Wenn aber sogar eine Entgeltklausel der Inhaltskontrolle entzogen sei, müsse dies erst recht für eine Pfandgebühr gelten, da der Verbraucher (folgende Zitate wörtlich aus dem Vortrag der Beklagten übernommen) aufgrund der „Reversibilität der Gebührenerhebung“ weniger schutzwürdig sei als bei einer „tatsächlichen Gebühr“.

Jedenfalls aber sei auch die Klausel betreffend die Erhebung der „Pfandgebühr“ wirksam. Dazu hat sie behauptet, sie selbst sei nach einigen Verträgen mit Netzbetreibern verpflichtet, die Karte nicht an den Kunden zu übereignen und diese nach Vertragsablauf wieder einzuziehen. Die Netzbetreiber hätten ein Interesse daran, dass die SIM-Karten nach Vertragsbeendigung nicht für Manipulationsversuche benutzt werden könnten. Zur Umsetzung ihrer eigenen Verpflichtung habe sie, die Beklagte, in ihren AGB eine Rückgabepflicht des Kunden festgelegt, die mit Hilfe des Pfandes durchgesetzt werden solle. Es handele sich dabei um eine „Pfandgebühr“ (Unterstreichung aus den Schriftsätzen der Beklagten übernommen) und nicht um ein zu zahlendes Zusatz-Entgelt oder um Schadensersatz. Daher sei sie, die Beklagte, auch verpflichtet, die Pfandgebühr nach verspäteter Rücksendung der SIM-Karte an den Kunden zu erstatten. Sie hat behauptet, sie habe diese Verpflichtung stets erfüllt. Ein verständiger Verbraucher könne die Regelung auch nicht in dem Sinne missverstehen, den der Kläger ihr beimesse.

Wegen der in erster Instanz gestellten Anträge der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat mit seinem am 29. November 2011 verkündeten Urteil das Versäumnisurteil vom 4. August 2011 aufrechterhalten. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird ebenfalls auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Die Beklagte verfolgt mit ihrer Berufung das Ziel der Klageabweisung weiter. Sie hat ihr Vorbringen aus erster Instanz wiederholt und im Berufungsverfahren das angefochtene Urteil wie folgt angegriffen:

#### Klageantrag zu 1.: Nichtnutzungsgebühr

Die Beklagte rügt, das Landgericht habe den Grundsatz missachtet, dass die Vereinbarungen des Preises und sonstiger Entgelte grundsätzlich keiner Inhaltskontrolle unterlägen. Bei der streitgegenständlichen Nichtnutzungsgebühr handele es sich zweifelsfrei um eine unmittelbare Preisvereinbarung, nämlich um eine von drei Preiskomponenten des Tarifs Vario 50. Der Kunde habe es in

der Hand, nur den monatlichen Pauschalpreis von 14,95 € zu zahlen, indem er einerseits nicht über das monatliche Freibudget hinaus telefoniere und SMS versende und andererseits innerhalb von drei aufeinanderfolgenden Monaten wenigstens einen Anruf tätige oder eine SMS versende. Das Gericht habe nicht darüber zu befinden, ob eine Preisabrede nach Grund und/oder Höhe gerechtfertigt sei.

Jedenfalls aber würde die Klausel einer Inhaltskontrolle standhalten. Sie, die Beklagte, habe ein Interesse daran zu verhindern, dass Kunden einen Mobilfunkvertrag nur abschließen, um z. B. ein subventioniertes Mobilfunkgerät zu erlangen, ansonsten jedoch den abgeschlossenen Mobilfunkvertrag überhaupt nicht in Anspruch nehmen. Dem Kunden stehe es frei, einen anderen Tarif ohne Nichtnutzungsgebühr zu wählen.

#### Klageanträge zu 2. und 3.: „Pfandgebühr“ für die SIM-Karte

Die Beklagte rügt insoweit, das Landgericht habe den Begriff der „Pfandgebühr“ (Hervorhebung so im Schriftsatz der Beklagten) verkannt. Es sei schon begriffsimmanent und für jeden verständigen Verbraucher klar, dass die Pfandgebühr nach Übersendung der SIM-Karte an den Kunden zurückgezahlt werde. Schon deshalb liege ersichtlich keine Pauschallierung eines Schadensersatzanspruchs vor. Etwas anderes könne auch nicht daraus hergeleitet werden, dass das Pfand erst mit der Endabrechnung erhoben werde. Da ihr, der Beklagten, Namen und Anschriften der Kunden bekannt seien, reiche es aus ihrer Sicht vollkommen aus, wenn die Pfandgebühr erst dann fällig werde, wenn der Kunde seiner Verpflichtung zur Rücksendung der Karte nicht fristgerecht nachgekommen sei. Das Landgericht habe ferner nicht ihren Sachvortrag gewürdigt, wonach sie ihre Kunden zur Kartenrücksendung anhalte, um ihrerseits ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber Netzbetreibern erfüllen zu können.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern, das Versäumnisurteil vom 4. August 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Vortrag in der Berufungsbe-  
gründung entgegen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung  
vom 23. April 2012 Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Die Klage ist in vol-  
lem Umfang zulässig und begründet.

1.

Die Klage auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln in Allgemei-  
nen Geschäftsbedingungen ist zulässig nach §§ 5 ff. UKlaG. Der Kläger ist an-  
spruchsberechtigte Stelle nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und § 4 UKlaG. Die Klage ist  
begründet, weil dem Kläger ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG zusteht.

Dies setzt insbesondere voraus, dass die Beklagte in Allgemeinen Geschäfts-  
bedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB un-  
wirksam sind. Darauf bezieht sich der Streit der Parteien.

Die für den Unterlassungsanspruch weiter erforderliche Wiederholungsgefahr  
ist jedenfalls gegeben. Die Beklagte verwendet die beanstandeten Klauseln und  
ist zur Unterlassung, insbesondere zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlas-  
sungserklärung, nicht bereit. Sie hat sich selbst nicht darauf berufen, dass eine  
Wiederholungsgefahr nicht bestehe. Lediglich in einem vorgerichtlichen Schrei-  
ben unter der Firma mobilcom-debitel AG vom 16. Mai 2011 (Anlage K 9, Bl. 43  
d. A.) hat sie geltend gemacht, eine frühere Regelung über die Pflicht zur Kar-  
tenrücksendung sei bereits überarbeitet worden. Im weiteren Schriftwechsel der  
Parteien über die jetzige Fassung – Formulierung entsprechend den Klagean-  
trägen zu 2. und 3. – ist dies nicht mehr thematisiert worden (Anlagen K 10 und

K 11, Bl. 46 ff. d. A.).

Für die Inhaltskontrolle gilt neben den besonderen Klauselverboten in §§ 308, 309 BGB die Generalklausel 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.

2.

Nach diesem Maßstab unterliegen die streitgegenständlichen Klauseln über die Nichtnutzungsgebühr (a.) und die Erhebung der „Pfandgebühr“ für die SIM-Karte (b.) der Inhaltskontrolle und sind unwirksam.

a.

Die Regelung über die Nichtnutzungsgebühr – oder auch Nichtnutzergebühr – in der Beschreibung des Tarifs „Vario 50/ Vario 50 SMS T-Mobile“ (Anlage K 1) ist keine kontrollfreie Preisvereinbarung (1). Sie hält der Inhaltskontrolle nicht stand (2).

(1)

Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sind, wie bereits ausgeführt, nur solche Bedin-

gungen kontrollfähig, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Da die Vertragsparteien nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit grundsätzlich Leistung und Gegenleistung frei bestimmen können, sind Klauseln kontrollfrei, die Art und Umfang der vertraglichen Leistungspflichten und den dafür zu zahlenden Preis unmittelbar bestimmen.

Allerdings kann von einer kontrollfreien Preisvereinbarung nicht schon deshalb ausgegangen werden, weil die Beklagte in der Beschreibung des Tarifs „Vario 50/ Vario 50 SMS“ ein als „Nichtnutzergebühr“ bezeichnetes Entgelt in Höhe von 4,95 € ausweist. In dieser Regelung liegt vielmehr eine Änderung von Rechtsvorschriften und damit eine kontrollfähige Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen darf nämlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur Entgelte für Leistungen verlangen, die er auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbringt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, der auch der Senat folgt, sind die Gerichte nicht gehindert, Preisklauseln daraufhin zu überprüfen, ob dem Preis eine echte (Gegen-)Leistung des Verwenders zugrunde liegt (vgl. nur BGHZ 137, 43; 146, 377; NJW 2002, S. 2386 ff.; Senat, Urteil vom 27. März 2012, 2 U 2/11, bei juris). Es trifft dementsprechend nicht zu, wenn die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung die Auffassung vertritt, die Gerichte hätten nicht zu prüfen, „ob eine Preisabrede dem Grund und/oder der Höhe nach gerechtfertigt ist oder nicht“ (Seite 5 der Berufungsbegründung, Bl. 140 d. A.)

Dem als „Nichtnutzergebühr“ bezeichneten Entgelt liegt keine Gegenleistung der Beklagten zugrunde. Dass sie überhaupt keine Leistung für den Kunden erbringt, wenn dieser ihre mit dem Paketpreis bereits abgegoltene Inklusivleistungen nicht in Anspruch nimmt, ist evident. Die Frage, ob es sich um eine „echte“ Gegenleistung handelt (oder ob etwa nur eigene gesetzliche Verpflichtungen erfüllt bzw. Gemeinkosten auf einzelne Kunden umgelegt werden), stellt sich daher gar nicht. Die Ausführungen der Beklagten dazu im Schriftsatz vom 23. November 2011 (dort Seiten 2 bis 4) liegen neben der Sache.

Nicht richtig ist auch die Argumentation der Beklagten, wonach sie den Gesamtpreis lediglich in drei Komponenten – Paketpreis, Gebühren für die Nutzung über das Inklusivvolumen hinaus, Nichtnutzergebühr – aufgeteilt habe. Ein Unternehmer ist zwar nicht gezwungen, für seine Leistungen einen Gesamtpreis auszuweisen. Er darf den Preis auch in einzelne Leistungselemente aufspalten, sofern er sich dabei an die Vorschriften der Preisangabenverordnung hält. Darum geht es hier aber überhaupt nicht.

Der Preis für den Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ ist zwar insoweit in Einzelkomponenten aufgespalten, als es einen Paketpreis, Gesprächsgebühren außerhalb der Inklusivleistungen und den einmaligen Anschlusspreis von 25,95 € gibt. Das ändert aber nichts daran, dass gerade der angeblichen Komponente „Nichtnutzergebühr“ keine Leistung der Beklagten zugrunde liegt. Die Nichtnutzung durch den Kunden wird nicht deshalb zu einer Leistung der Beklagten, nur weil diese es so bezeichnet.

Auch die Beklagte trägt nicht vor, worin ihre Leistung für den Kunden liegen soll, wenn dieser lediglich die bereits mit dem Paketpreis abgegoltene Leistungen nicht abrufen. Vielmehr will sie das Nutzungsverhalten des Kunden steuern. Diese Zielrichtung ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die zur Umsetzung gewählte Regelung unterliegt jedoch der Inhaltskontrolle, wenn sie darin besteht, dass der nicht aktive Kunde mit einem Zusatzentgelt belegt wird.

Die Beklagte argumentiert unzutreffend damit, dass ihr auch niemand die Gewährung eines Mengenrabatts in Gestalt etwa eines „Aktivitätsnachlasses“ untersagen würde. Die Beklagte hat gerade nicht den Weg gewählt, einen höheren Grundpreis zu verlangen und dem jeweiligen Kunden ab einem bestimmten Umsatz einen Nachlass zu gewähren. Ein solches Modell würde – selbstverständlich – jedenfalls nicht aus dem Grund der Inhaltskontrolle unterliegen, dass ein Entgelt ohne entsprechende Leistung der Beklagten erhoben wird. Ein höherer Grundpreis ist als reine Preisvereinbarung kontrollfrei und hat für die Beklagte lediglich den Nachteil, dass sie den höheren Preis am Markt schwerer durchsetzen könnte. Die Beklagte hat dagegen den Weg gewählt, einen niedri-

geren Grundpreis zu verlangen und nicht aktive Kunden für ihr unerwünschtes Nutzungsverhalten zu „bestrafen“, statt umgekehrt aktive Kunden zu belohnen.

(2)

Dass die Beklagte ein gesondertes Entgelt für die Nichtnutzung verlangt, ohne eine Gegenleistung zu erbringen, hat zugleich zur Folge, dass die streitgegenständliche Klausel der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht standhält. Dies ist mit wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts nicht vereinbar.

Dabei stellt sich hier, wie bereits ausgeführt, nicht einmal die Frage, ob die Beklagte für den einzelnen Kunden eine „echte“ (Gegen-)Leistung erbringt oder nur versucht, Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für eigene Zwecke des Verwenders abzuwälzen (vgl. dazu nur BGH, NJW 2002, S. 2386 ff., m. w. N.; Senat, Urteil vom 27. März 2012, 2 U 2/11, bei juris). Wenn die Beklagte überhaupt keine Leistung für den Kunden erbringt, ist die Klausel über die Erhebung eines „Entgeltes“ jedenfalls unwirksam.

Der Sache nach versucht die Beklagte, ihre Kunden mit einer Art „Strafzahlung“ zu belegen, wenn sie die bezahlten Inklusivleistungen nicht einmal teilweise abrufen. Dabei ist ihr nach ihrem ausdrücklichen Vortrag bewusst, dass sie für ein solches Verhalten keine Schadensersatzpauschale und auch keine Vertragsstrafe in ihren AGB festsetzen dürfte. Die Beklagte betont selbst, dass der Kunde sich auch bei Nichtnutzung der bereitgestellten Leistungen vertragsgerecht verhält und ihr dadurch ferner kein Schaden entsteht (Seite 7 des Schriftsatzes vom 12. August 2011, Bl. 69 d. A.).

Dass die Bestimmung einer Schadensersatzpauschale oder einer Vertragsstrafe in dieser Konstellation schon nach § 309 Nr. 5 und 6 BGB unwirksam wären, bedarf auch keiner weiteren Ausführungen. Dennoch versucht die Beklagte, zur Steuerung des Nutzungsverhaltens ihrer Kunden ein Modell mit günstigerem Grundpreis und einer „Bestrafung“ des nicht aktiven Nutzers umzusetzen. Dies wird auch nicht dadurch zulässig, dass sie die Nichtnutzungsgebühr als Teil des Preises für die Hauptleistung deklariert. Wenn die Beklagte das Nutzungsver-

halten ihrer Kunden steuern will, mag sie ihre Tarife so kalkulieren und im Wettbewerb anbieten, dass diese für Vielnutzer attraktiv sind.

b.

Auch die Erhebung einer „Pfandgebühr“ für die nicht fristgerechte Rücksendung der SIM-Karte unterliegt der Inhaltskontrolle (1) und ist nach Grund und konkreter Höhe unwirksam (2).

(1)

Die Festsetzung der „Pfandgebühr“ ist keine nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfreie Preisvereinbarung.

Die Beklagte führt dazu aus, mit den beanstandeten Klauseln werde zwar kein Entgelt vereinbart, sondern nur ein Pfand erhoben. Wenn aber selbst die Vereinbarung eines Entgeltes nicht der Inhaltskontrolle unterliege, müsse dies erst recht für die deutlich weniger belastende Erhebung eines erstattungsfähigen Pfandes gelten (Seite 10 des Schriftsatzes vom 12. August 2011, Bl. 72 d. A.). Die Beklagte zieht diesen Schluss jedoch zu Unrecht.

Unzutreffend ist bereits die Annahme, dass die Erhebung eines nicht erstattungsfähigen Entgeltes – von der Beklagten im Rechtsstreit als „tatsächliche Gebühr“ bezeichnet – nicht der Inhaltskontrolle unterliegen würde. Wie bereits ausgeführt, läge eine kontrollfreie Preisvereinbarung nur dann vor, wenn dem vereinbarten Entgelt eine echte (Gegen-)Leistung der Beklagten gegenüberstände. Dies ist aber nicht der Fall, wenn der Betrag von 9,97 € dafür zu zahlen ist, dass der Kunde die ihm zur Verfügung gestellte SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende zurücksendet.

Die Beklagte will in diesem Fall auch nach ihrem eigenen Vortrag keine Leistung an den Kunden erbringen, sondern dessen Verpflichtung zur Rückgabe der Karte durchsetzen. Wenn die „Pfandgebühr“ gerade kein erstattungsfähiges Pfand ist, unterliegen die beanstandeten Klauseln nicht nur der Inhaltskontrolle, sondern halten ihr sogar evident nicht stand (dazu unten (2)). Jedenfalls aber kann die Beklagte nicht – a maiore ad minus – argumentieren, dass selbst ein

von ihr als „tatsächliche Gebühr“ bezeichnetes Entgelt nicht der Inhaltskontrolle unterläge.

Im Übrigen ist in § 307 Abs. 3 S. 2 BGB ausdrücklich geregelt, dass selbst solche Klauseln, die nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eigentlich kontrollfrei wären, darauf zu überprüfen sind, ob sie nach Maßgabe des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB klar und verständlich sind. Die beanstandete Klausel ist also in jedem Fall darauf zu überprüfen, ob für den Verbraucher hinreichend transparent ist, welchen Charakter die erhobene „Pfandgebühr“ hat und dass er ggf. die Rückerstattung verlangen kann.

(2)

Die in den Klageanträgen zu 2. und 3. näher bezeichneten Klauseln in Ziffer 7.1 der AGB der Beklagten und im Preisverzeichnis halten der Inhaltskontrolle nicht stand.

Dabei gehen die Parteien allerdings zutreffend und übereinstimmend davon aus, dass nicht § 305c BGB, also das Verbot überraschender Klauseln, maßgeblich ist. Ob das dafür erforderliche Überraschungsmoment gegeben ist, hängt von der Art der Verwendung im Einzelfall ab (vgl. nur Palandt-Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, § 305c Rn. 4, m. w. N.) und ist nicht der Überprüfung im vorliegenden Verbandsklageverfahren zugänglich.

Prüfungsmaßstab ist vielmehr zunächst § 307 BGB. Für die Inhaltskontrolle heranzuziehen ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des BGH die kundenfeindlichste Auslegung (vgl. nur BGH, NJW 1999, S. 276 ff.). Nach der kundenfeindlichsten – und hier zugleich nächstliegenden – Auslegung aber können die beanstandeten Klauseln nur in dem Sinne verstanden werden, den der Kläger ihnen beimisst.

Die Beklagte ist zu Unrecht der Auffassung, bereits der Begriff der „Pfandgebühr“ sei für den verständigen Verbraucher eindeutig in dem Sinne zu verstehen, dass ein erstattungsfähiges Pfand erhoben werde. Der von der Beklagten geschaffene Begriff der „Pfandgebühr“ ist in sich widersprüchlich. Ein Pfand ist

eine Sicherheit, während eine Gebühr ein Entgelt ist. Bezeichnend ist, dass die Beklagte in ihren Schriftsätzen nun den Begriff der „tatsächlichen Gebühr“ geschaffen hat (Bl. 72 d. A.), während sie in dem Wort „Pfandgebühr“ den Wortbestandteil „Pfand“ durch Unterstreichung bzw. Fettdruck hervorhebt (z. B. Bl. 71, 142 d. A.) oder den juristisch nicht nachvollziehbaren weiteren Begriff „Pfandleihgebühr“ verwendet (Bl. 73 d. A.).

Für den Kunden ist auch weder aus Ziffer 7.1 der AGB, noch aus der Preisliste erkennbar, dass eine Erstattung des Pfandes im Falle einer verspäteten Rücksendung der Karte in Betracht kommt. Dass die „Pfandgebühr“ dem Kunden mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt wird, spricht aus Sicht des Kunden deutlich dafür, dass diese Gebühr endgültig bei der Beklagten verbleibt. Eine Erläuterung dahin, dass die Beklagte diese Gebühr unter bestimmten Voraussetzungen erstatten werde, findet sich nicht einmal in der Fußnote 17 zur entsprechenden Position im Preisverzeichnis.

Es mag zwar sein, dass die Beklagte bisher keinem Kunden die Rückzahlung verweigert hat, der dies unter verspäteter Rücksendung der Karte verlangt hat. Diese Frage ist streitig und bedarf keiner weiteren Aufklärung. Jedenfalls würde eine derartige tatsächliche Handhabung nicht dem Sinn der beanstandeten Klauseln entsprechen, den sie bei kundenfeindlichster Auslegung haben.

Selbst wenn man aber eine andere, für den Kunden günstigere Auslegung zugrunde legen würde, stände jedenfalls der Verstoß gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB fest. Auch für einen verständigen Verbraucher ist nicht klar erkennbar, dass er möglicherweise eine Rückerstattung der „Pfandgebühr“ verlangen kann, wenn er die SIM-Karte doch noch an die Beklagte zurücksendet. Die beanstandeten Klauseln sind dazu geeignet, den Verbraucher zu veranlassen, den mit der Endabrechnung verlangten Betrag von 9,97 € „abzuschreiben“ und sich nicht nachträglich um die Rücksendung der Karte sowie um eine Erstattung zu bemühen. Es ist nicht etwa nur denkbar, dass „ein einzelner Nutzer den Pfand nicht einlöst“ (so die Beklagte auf Seite 6 ihres Schriftsatzes vom 23. November 2011, Bl. 100 d. A.). Dies ist eine vorhersehbare Folge der von der Beklagten formulierten Regelung.

Wenn es sich bei der „Pfandgebühr“ indes nicht um eine bloße Sicherheit handelt, sind die beanstandeten Klauseln jedenfalls nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Es bedarf hier keiner weiteren Prüfung, ob die Beklagte ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der verwendeten SIM-Karten hat und ob die Durchsetzung der Rückgabepflicht mittels eines Pfandes zulässig ist. Jedenfalls kann sie unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt durch Allgemeine Geschäftsbedingungen die (endgültige) Zahlung des Betrages von 9,97 € für den Fall vereinbaren, dass der Kunde die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende zurücksendet.

Eine wirksame Preisvereinbarung für eine Leistung der Beklagten liegt darin jedenfalls nicht. Die Beklagte erbringt in solchen Fällen keine Leistung für den Kunden und will dies auch selbst nicht.

Auch als Schadensersatzpauschale kann der Betrag nicht erhoben werden. Dies würde zumindest an dem speziellen Klauselverbot in § 309 Nr. 5 a und b BGB scheitern.

Nach § 309 Nr. 5 a 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. Die Beklagte behauptet selbst nicht, dass ihr durch die Nichtrücksendung der SIM-Karte ein Schaden entstehe und dass dieser auch nur in der Größenordnung von 9,97 € liege. Eine gebrauchte SIM-Karte ist wirtschaftlich wertlos. Den Betrag von 9,97 € erhebt die Beklagte nach ihrem eigenen Vortrag nicht zur Abdeckung eines entstehenden Schadens, sondern um den Kunden zur Rückgabe der Karte zu veranlassen. Ihr Interesse an der Rücksendung leitet sie dabei daraus her, dass die Netzbetreiber ihrerseits Manipulationen am Netz befürchten und die Rückgabe der Karten verlangen würden.

Des Weiteren wäre die Erhebung der „Pfandgebühr“ als pauschalierter Schadensersatz auch nach § 309 Nr. 5 b BGB unwirksam, weil dem Kunden nicht

ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder wesentlich geringer sei als die Pauschale.

Auch sonst ist nicht ersichtlich, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt die Beklagte eine für den Kunden verlorene „Pfandgebühr“ von pauschal 9,97 € verlangen können sollte, weil der Kunde die Karte nicht fristgerecht zurückgibt. Letztlich will sie dies sogar nach ihrem eigenen Vortrag im Rechtsstreit nicht, obwohl sie in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprechende Formulierungen gewählt hat.

3.

Der Anspruch auf Zahlung der Abmahnpauschale in angemessener 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 folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen. Die streitgegenständlichen Klauseln sind so oder in vergleichbarer Form noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen.