

Abschrift

4 O 95/13

Verkündet am:
14.05.2014

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT KIEL

TEILURTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucher-verbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. -, vertreten durch den Vorstand Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

- Klägerin -

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

mobilcom-debitel GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Ingo Arnold und Rickmann von Platen, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf,

- Beklagte -

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Kiel
auf die mündliche Verhandlung vom 26.03.2014
durch die Richterin am Landgericht
für R e c h t erkannt:

A. Unterlassung / Abmahnpauschale

I. Unterlassungsansprüche

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 Mobilfunkverträge mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01. April 1977, zu berufen:

1. [7. SIM-Karte (Verlust und Sperre)

7.1. Die überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum der Talkline.]

Für die SIM-Karte wird ein Pfand erhoben. Die Höhe des Pfandes richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Preisliste. Das Pfand wird dem Kunden mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet.

Sendet der Kunde die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an Talkline zurück, wird ihm das in Rechnung gestellte Pfand wieder zurückgezahlt.

2. SIM-Karten-Pfand 17 (je Karte)

**9,97 €
(netto)**

in Verbindung mit

17 Für die SIM-Karte wird ein Pfand (netto, ohne Ust.) erhoben. Das Pfand wird Ihnen mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn Sie die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksenden.

Senden Sie die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14 Tagesfrist an Talkline zurück, wird Ihnen das Pfand wieder zurückgezahlt. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse: mobilcom-debitel GmbH, Kundenservice, 99076 Erfurt.

Im Übrigen werden die unter A.I. gestellten Anträge abgewiesen.

II. Zahlungsanspruch

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit 14.05.2014 zu zahlen.

B. I. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über Folgendes zu erteilen,

1. die Einnahmen aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr des Tarifs „Vario 50 / Vario 50 SMS im Zeitraum 1.6.2011 bis 31.7.2012;

2. die Steuern und Abgaben, die für die unter der vorstehenden Ziffer anzugebenden Einnahmen zu entrichten waren.

Die darüber hinaus unter B.I. gestellten Anträge, nämlich die Anträge B.I.1., B.I.2. und B.I.3. und der dazu gestellte Hilfsantrag werden abgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist im Hinblick auf die Verurteilung unter B. gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 2.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung von bestimmten AGB Regelungen in Anspruch und macht daneben im Wege einer Stufenklage Ansprüche auf Gewinnabschöpfung geltend.

Der Kläger ist ein Verbraucherverband und in die beim Bundesjustizamt geführte Liste gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Zu seinen satzungsgemäßen Aufgaben gehört es u. a., die Interessen der Verbraucher wahrzunehmen und den Verbraucherschutz zu fördern.

Die Beklagte vertreibt Telekommunikationsdienstleistungen, u. a. auch unter dem Markennamen „Talkline“. Ein eigenes Netz betreibt die Beklagte nicht.

In ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen verwendet die Beklagte unter der Überschrift 7. SIM-Karte (Verlust und Sperre) folgende Klausel:

7.1 Die überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum der Talkline. Für die SIM-Karte wird ein Pfand erhoben. Die Höhe des Pfandes richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Preisliste. Das Pfand wird dem Kunden mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet. Sendet der Kunde die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an Talkline zurück, wird ihm das in Rechnung gestellte Pfand wieder zurückgezahlt.

Im Preisverzeichnis ist Folgendes geregelt:

SIM-Karten-Pfand: 9,97 € je Karte netto.

Für die SIM-Karte wird ein Pfand (netto ohne Umsatzsteuer) erhoben. Das Pfand wird Ihnen mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn Sie die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksenden.

Senden Sie die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tages-Frist an Talkline zurück, wird Ihnen das Pfand wieder zurückgezahlt. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse: mobilcom-debitel GmbH, Kundenservice, 99076 Erfurt.

Wegen weiterer Einzelheiten der AGB und des Preisverzeichnisses wird auf Anlage K 1 und Anlage K 2, Bl. 18 ff d. A., verwiesen.

Die Beklagte vernichtet und entsorgt die von den Kunden zurückgesandten SIM-Karten fachmännisch.

Mit Schreiben vom 13.02.2013 (Anlage K 7, Bl. 60 d. A.) mahnte der Kläger die Beklagte wegen Verwendung der genannten Bestimmungen ab und forderte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 26.02.2013 auf. Die Beklagte lehnte die Abgabe einer solchen Erklärung jedoch ab (Schreiben vom 26.02.2013, Anlage K 9, Bl. 86 ff d. A.).

Daneben macht der Kläger wegen einer anderen AGB-Klausel Ansprüche auf Abschöpfung des mit dieser Klausel erzielten Gewinns geltend. Dabei geht es um die sogenannte Nichtnutzungsgebühr, die die Beklagte in der Vergangenheit im Tarif „Vario 50 /Varlo 50 SMS“ erhoben hatte, wenn der Kunde in drei aufeinanderfolgenden Monaten keinen Anruf getätigt hatte. Die genannte Klausel hatte der Kläger mit Schreiben vom 28.04.2011 (Anlage K 3, Bl. 27 ff. d. A.) gegenüber der Beklagten abgemahnt. Der Kläger hatte den Klageweg beschritten und ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte erwirkt (Landgericht Kiel 2 O 136/11). Das Versäumnisurteil blieb auf den Einspruch der Beklagten aufrechterhalten (Urteil vom 29.11.2011, Anlage K 5, Bl. 33 ff d. A.). Die Berufung der Beklagten hatte das Oberlandesgericht Schleswig mit Urteil vom 03.07.2012 (Anlage K 6, Bl. 41 ff d. A.) zurückgewiesen. Es ist im Laufe des Rechtsstreits unstrittig geworden, dass die Beklagte die Verwendung der in Rede stehenden Nichtnutzungsgebühr ab dem 01.08.2012 eingestellt hat.

Der Kläger meint, das SIM-Karten-Pfand verstoße gegen § 307 BGB und gegen § 309 Nr. 5 BGB. Denn die Beklagte habe kein billiges Interesse an der Rücksendung der SIM-Karte, die überdies auf Kosten des Kunden zurückzusenden ist, den damit das Risiko treffe, dass die SIM-Karte in falsche Hände gerate. Es sei auch nicht ohne Weiteres möglich, dass ein Kunde seine persönlichen Daten, die auf der SIM-Karte gespeichert seien, vollständig lösche.

Mit der der Beklagten am 13.05.2013 zugestellten Klage beantragt der Kläger,

A. Unterlassung / Abmahnpauschale

I. Unterlassungsansprüche

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 Mobilfunkverträge mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01. April 1977, zu berufen:

1. [7. SIM-Karte (Verlust und Sperre)

7.1. Die überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum der Talkline.]

Für die SIM-Karte wird ein Pfand erhoben. Die Höhe des Pfandes richtet sich nach der jeweils bei Vertragsabschluss gültigen Preisliste. Das Pfand wird dem Kunden mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn er die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksendet.

[Sendet der Kunde die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an Talkline zurück, wird ihm das in Rechnung gestellte Pfand wieder zurückgezahlt.]

hilfswise zu diesem Antrag :

den Antrag unter Wegfall der zweiten eckigen Klammer

**2. SIM-Karten-Pfand 17
(je Karte)**

**9,97 €
(netto)**

In Verbindung mit

17 Für die SIM-Karte wird ein Pfand (netto, ohne Ust.) erhoben. Das Pfand wird Ihnen mit der Endabrechnung in Rechnung gestellt, wenn Sie die SIM-Karte nicht innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsende an Talkline zurücksenden.

[Senden Sie die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14 Tagesfrist an Talkline zurück, wird Ihnen das Pfand wieder zurückgezahlt. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse: mobilcom-debitel GmbH, Kundenservice, 99076 Erfurt.]

hilfsweise zu diesem Antrag :

den Antrag unter Wegfall der eckigen Klammer.

II. Zahlungsanspruch

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinsatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

B. Gewinnabschöpfung / Auskunft und Zahlung

I. Auskunftsstufe

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft über folgende Fragen zu erteilen:

1. den Zeitpunkt, in dem das Preisverzeichnis betreffend den Tarif „Vario 50 / Vario 50 SMS“ dahingehend geändert worden ist, dass die Regelung:

„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.“

entfallen ist;

2. den Zeitpunkt, bis zu dem von Verbrauchern die unter Ziffer 1 genannten „Nichtnutzungsgebühren“ gefordert worden sind;

3. die Gesamtzahl der Verträge mit Verbrauchern, die in der Zeit vom 01.06.2011 bis zu dem unter Ziffer 2 anzugebenden Zeitpunkt über den Tarif Vario 50 / Vario 50 SMS" geführt worden sind;
4. die Einnahmen aus der Erhebung der in Ziffer 1 genannten „Nichtnutzungsgebühr“ in dem Zeitraum 01.06.2011 bis zu dem unter Ziffer 2 anzugebenden Zeitpunkt;
5. die Steuern und Abgaben, die für die unter Ziffer 3 anzugebenden Einnahmen zu entrichten waren.

Hilfsweise zu den Anträgen B. I. 3., 4. und 5.:

dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, welchen Gewinn die Beklagte aus der Erhebung einer Nichtnutzungsgebühr im Zeitraum 01.06.2011 bis 31.07.2012 erzielt hat.

Nach erfolgter Auskunft wird der Kläger (erforderlichenfalls) beantragen:

II. Eidesstattliche Versicherung

Die Beklagte wird verurteilt, die Richtigkeit der nach Ziffer I. gemachten Angaben an Eides statt zu versichern.

III. Zahlung

Die Beklagte wird verurteilt, an das Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99 – 103, 53113 Bonn, den sich aus der Auskunft zu Ziffer I.4 abzüglich des sich aus der Auskunft zu Ziffer I. 4 ergebenden Betrag nebst Zinsen in Höhe von 5 Pro-

zentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, der zur Hauptsache gestellte Unterlassungsantrag könne schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Pfandklausel unteilbar sei, mit dem Hauptantrag aber nur ein Teil der Klausel beanstandet werde. In der Sache verteidigt die Beklagte die Pfandklausel. Sie behauptet dazu, dass sie bei der Deutschen Telekom AG pro SIM-Karte einen Kaufpreis von 6,30 € bei anderen Anbietern sogar bis zu 10,00 € zu zahlen habe. In ihrem Vertrag mit dem Dienstanbieter E-Plus sei ausdrücklich geregelt, dass sie, die Beklagte, die SIM-Karten an ihre Kunden nur zum Gebrauch zu überlassen und diese nach Vertragsablauf wieder einzuziehen habe, um die ordnungsgemäße Verwertung der SIM-Karten entweder durch E-Plus oder die Beklagte selbst zu gewährleisten. Schriftsätzlich hat die Beklagte das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung von deaktivierten SIM-Karten mit 0,1 % angegeben (Schriftsatz vom 22.07.2013, S. 12, Bl. 114 d. A.). In der mündlichen Verhandlung hat der Justitiar der Beklagten erklärt, es sei ihm nicht bekannt, dass aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer deaktivierten SIM-Karte in der Vergangenheit jemals ein Schaden entstanden wäre.

Entscheidungsgründe

Die auf Unterlassung der Verwendung der Pfandklausel gerichteten Klaganträge sind zulässig und mit den Hilfsanträgen begründet. Der zweite Teil der Klage (Gewinnabschöpfung) ist als Stufenklage gemäß § 254 ZPO zulässig. Mit diesem Teilurteil wird über die erste Stufe, d. h. über die unter B. I. geltend gemachten Auskunftsansprüche entschieden. Der Auskunftsanspruch ist teilweise begründet.

A. I. (Unterlassung Pfandklausel)

Die Klagebefugnis des Klägers folgt bezüglich des Unterlassungsanspruchs aus §§ 3 Abs. 1 Nr 1, 4 Abs. 1 UKlaG. Die Unterlassungsanträge sind nicht unzulässig gefasst und genügen insbesondere den Anforderungen von § 8 UKlaG, allerdings ist nur die Fassung des Hilfsantrages begründet. Mit den Hauptanträgen beanstandet der Kläger nur Teile der Klausel 7.1 und Teile der Fußnote 17 zum SIM-Karten-Pfand im Preisverzeichnis. Es handelt sich aber in beiden Fällen um einheitliche Bestimmungen, die nicht in jeweils zwei Teile aufgespalten werden können. Dies ergibt sich schon aus der Überlegung, dass eine isolierte Regelung über die Erstattung eines gezahlten Pfandes sinnlos ist, wenn es keine Regelung gibt, nach der ein Pfand zu zahlen ist.

Der Unterlassungsanspruch ergibt sich für den Kläger aus § 1 UKlaG. Danach kann derjenige, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach §§ 307 – 309 BGB unwirksam sind, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die Klausel 7.1 über das SIM-Karten-Pfand und die Regelung im Preisverzeichnis dazu sind gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, denn sie benachteiligen die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen.

Die streitigen Klauseln sind einer Inhaltskontrolle zugänglich. Obwohl die Regelung über die Höhe des SIM-Karten-Pfandes im Preisverzeichnis enthalten ist, liegt nicht etwa eine Preisabrede, für die gemäß § 307 Abs. 3 BGB keine Inhaltskontrolle erfolgt, vor. Obwohl der Kunde –unter Umständen– rund 10 Euro zahlen muss, stellt das Pfand keine Preisabrede dar, denn der Kunde erhält keine konkrete Gegenleistung für seine Zahlung. Man kann deshalb nicht sagen, dass das Pfand Teil des Preises für die von der Beklagten vermittelten Telekommunikationsdienstleistungen wäre.

Die Erhebung eines Pfandes für die SIM-Karte ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Eine Regelung ist im Sinne dieser Vorschrift dann eine unangemessenen Benachteiligung, wenn der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen. Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung unter Berücksichtigung insbesondere von Gegenstand, Zweck und Eigenart des Vertrages (Palandt, 73. Aufl., BGB, § 307 Rdnr. 12).

Danach liegt hier eine unangemessene Benachteiligung der Kunden vor. Der Kunde wird durch die Erhebung des – sei es auch erstattbar – Pfandes veranlasst, die SIM-Karte nach Vertragsende zurückzusenden. Es besteht jedoch kein anerkanntes Interesse der Beklagten an der Rückerlangung der deaktivierten SIM-Karten. Dies hatte das Schleswig-Holsteinische OLG in seinem Urteil zur vorherigen Fassung noch offen gelassen, weil die dort im Streit stehende Klausel bereits aus anderen Gründen unwirksam war. Hier ist entscheidend, dass das Pfand die Wirkung eines Druckmittels zur Rücksendung der SIM-Karte nach Vertragsende hat, das Interesse der Beklagten an der Rücksendung aber rechtlich nicht anerkannt und billigenwert ist.

Aus ihrer Eigentümerstellung hinsichtlich der SIM-Karte folgt für die Beklagte kein anerkanntes Interesse für eine Rückerlangung. Denn die Beklagte hat erklärt, dass sie die Karten sofort vernichtet. Eigentum wird nur im Hinblick auf den darin liegenden Wert geschützt. Indem die Beklagte die SIM-Karten sofort nach Rückerlangung vernichtet, bringt sie zum Ausdruck, dass diese Karten für sie nach Beendigung des jeweiligen Vertrages keinen Wert mehr haben. Das gilt unabhängig davon, welchen Preis die Beklagte ursprünglich an die Netzbetreiber gezahlt hat. Denn im Verhältnis zwischen der Beklagten und den Netzbetreibern beinhaltet die SIM-Karte die Möglichkeit, Telekommunikationsdienste auf eigene Rechnung anzubieten. Diese Möglichkeit stellt einen geldwerten Vorteil dar, weshalb es nachvollziehbar ist, dass die Beklagte gegenüber den Dienstleistern einen Preis zahlen muss, der weit über den Materialwert der SIM-Karte hinausgeht. Die Möglichkeit mit der SIM-Karte Telekommunikationsdienste anzubieten, endet aber in dem Moment, in dem die Karte deaktiviert ist. Die deaktivierten SIM-Karten, um deren Rücksendung es hier allein geht, können von der Beklagten aber nicht mehr, etwa gegenüber anderen Kunden, zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen genutzt werden.

Die Beklagte kann auch nicht mit dem Argument durchdringen, sie habe ihrerseits gegenüber jedenfalls einem Netzbetreiber eine Verpflichtung, für eine ordnungsgemäße Vernichtung zu sorgen. Dabei kann unterstellt werden, dass die Beklagte diese Verpflichtung tatsächlich gegenüber ihrem Vertragspartner E-Plus hat. Denn diese Verpflichtung würde es keinesfalls erfordern, dass die Beklagte von ihren Kunden die Rücksendung verlangen müsste. Denn auch seitens des Netzbetreibers ist kein Interesse erkennbar, das anerken-

nenswert wäre, warum deaktivierte SIM-Karten zum Diensteanbieter zurückgelangen müssten. Entscheidend ist insoweit, dass auch nach Angabe der Beklagten die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung von deaktivierten SIM-Karten sehr gering ist. Tatsächlich hat die Beklagte selbst angegeben, dass ihr nicht ein einziger Fall einer missbräuchlichen Verwendung bekannt sei. Dann kann aber der Netzbetreiber ebenso wenig wie die Beklagte ein anerkanntenswertes Interesse an der Rücksendung der SIM-Karten haben. Außerdem verlangt die Beklagte die Rücksendung per Post, wodurch das Risiko, dass die SIM-Karte in unberechtigte Hände gerät, eher noch erhöht wird, als wenn keine Rücksendung verlangt würde oder die Rückgabe bei einer Vertriebsstelle der Beklagten zulässig wäre.

Es kommt ein Weiteres hinzu: Die Beklagte erhebt das Pfand erst nach Beendigung des Vertrages. Auch dies steht der Annahme entgegen, dass es ihr um die Verhinderung von Missbrauch geht. Denn wenn man um der Argumentation Willen einmal von einer Missbrauchsgefahr ausgeht, dann bestünde sie aber bereits von dem Moment an, in dem dem Kunden die SIM-Karte überlassen wird. Wenn es der Beklagten also wirklich darum ginge, dass die Karte nicht missbräuchlich genutzt werde, müsste sie das Pfand als Druckmittel zur Rücksendung der Karte bereits bei Vertragsbeginn erheben, denn bereits von diesem Zeitpunkt an besteht die Gefahr des Verlustes und der missbräuchlichen Verwendung trotz Deaktivierung. Das geschieht jedoch nicht.

Dass die Beklagte selbst die Missbrauchsgefahr gering schätzt, ergibt sich auch aus den Regelungen über die Folgen eines Verlustes der SIM-Karte. Aus Klausel 7.4 der AGB folgt, dass der Kunde selbst dann, wenn er den Verlust zu vertreten hat, nicht für Schäden aufzukommen hat, die nach der Sperrung, d. h. Deaktivierung der SIM-Karte durch die Beklagte entstehen.

An § 309 Nr. 5 BGB ist die Klausel nicht zu messen, denn bei der Erhebung eines Pfandes geht es ersichtlich nicht um pauschale Schadensersatzansprüche. Dies war in der zuvor verwendeten Fassung der AGB, die der Kläger mit Erfolg angegriffen hatte (Urteile Anlagen K 5 und K 6) noch anders.

A.II. (Abmahnkosten)

Da der Kläger den Unterlassungsanspruch zu Recht erhoben hat, kann er pauschal die Kosten der Abmahnung verlangen. Die rechtliche Grundlage findet sich in § 5 UKlaG i. V. m. § 12 UWG. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288, 291 BGB.

B. (Gewinnabschöpfung Nichtnutzungsgebühr)

Bezüglich des Gewinnabschöpfungsanspruchs erfolgt die Klagebefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 3, § 10 UWG i. V. m. § 4 Abs. 1 UKlaG. Es wird im Wege eines Teilurteils über die erste Stufe (Auskunft) entschieden.

B.I.

Der tenorierte Auskunftsanspruch steht dem Kläger zur Vorbereitung des gemäß § 10 Abs. 1 UWG bestehenden Gewinnabschöpfungsanspruchs aus § 242 BGB zu. Der Kläger hat einen Anspruch darauf, dass die Beklagte Auskunft über die Höhe des Umsatzes erteilt, den sie durch die Verwendung der Nichtnutzungsgebührenklausel in ihren früheren AGB erzielt hat, denn die Voraussetzungen für den Leistungsanspruch aus § 10 Abs. 1 UWG sind dem Grunde nach gegeben und die geforderte Auskunft ist – allerdings nur teilweise – erforderlich, um die Höhe des Gewinnabschöpfungsanspruchs beziffern zu können.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch besteht für den Zeitraum bis zum 01.08.2013, an dem die Beklagte unstreitig die Verwendung der Nichtnutzungsgebühr eingestellt hat. Anfangspunkt des Zeitraumes ist der 01.06.2011.

Die Verwendung der Klausel über die Nichtnutzungsgebühr in dem Tarif „Vario 50 / Vario 50 SMS“ stellt eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne von § 3 UWG dar. Die Verwendung von AGB-Klauseln ist eine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, denn AGB regeln die Rechte und Pflichten im Verhältnis zu den Kunden des Unternehmens und haben daher einen Marktbezug.

Die Unlauterkeit der verwandten Nichtnutzungsgebührenklausel steht aufgrund des Urteils des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 03.07.2012 fest.

Es liegt auch eine vorsätzliche Zuwiderhandlung vor. Vorsatz setzt gemäß § 276 BGB das Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolgs voraus. Erfasst wird auch der bedingte Vorsatz, der dann gegeben ist, wenn der als möglich erkannte pflichtwidrige Erfolg billigend in Kauf genommen wird (Palandt 73. Aufl., BGB, § 276, RdNr. 10). Dabei muss der Vorsatz auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit umfassen. Dabei kommt es indessen nicht auf eine genaue Rechtskenntnis an, es genügt vielmehr eine Parallelwertung in der Laiensphäre. Ausgeschlossen ist Vorsatz nur dann, wenn sich der Handelnde fahrlässig über die Wettbewerbswidrigkeit seiner Handlungsweise irrt, sei diese Fahrlässigkeit auch als grob zu qualifizieren (Köhler/Bornkamm, UWG 32. Aufl., § 10 RdNr. 6). Hier ist von einer vorsätzlichen Handlungsweise der Beklagten auszugehen, denn mit Erhalt des Abmahn-schreibens vom 28.04.2011 konnte sich die Beklagte nicht mehr der Einsicht entziehen, dass die Erhebung eines Nichtnutzungsentgelts rechtswidrig ist. Das Abmahnschreiben ist klar und präzise formuliert und verdeutlicht die Rechtslage. Auch wenn die Beklagte möglicherweise aufgrund einer Stellungnahme ihrer internen Rechtsabteilung von den rechtlichen Ausführungen des Klägers nicht restlos überzeugt war, so musste sie doch eine Beurteilung der rechtlichen Lage im Sinne des Klägers für möglich halten. Da sie dennoch die Klausel weiter verwendete, handelte sie bedingt vorsätzlich. Allerdings ist der Beklagten eine gewisse Zeit zur Prüfung der Rechtslage zuzugestehen, sodass der Kläger den Anspruch zu Recht erst ab 01.06.2011 geltend macht. Der Endzeitpunkt der Verwendung der Klausel, auf den die Anträge B.I. 1. und 2. abzielen, ist unstreitig geworden, der Rechtsstreit insoweit von der Beklagten für erledigt erklärt worden, so dass die gleichwohl gestellten Anträge unbegründet sind.

Auch der Antrag B.I. 3. ist unbegründet. Zur Ermittlung des Gewinns, den die Beklagte aus der Verwendung der Nichtnutzungsgebühr erzielt hat, ist es nicht erforderlich, dass die Beklagte die Anzahl der Verträge angibt, die über den Tarif „Vario 50 / Vario 50 SMS“, der die Nichtnutzungsgebühr enthielt, geführt worden sind. Der Gewinn errechnet sich nämlich aus den Umsatzerlösen abzüglich der Kosten, wobei zu den abzugsfähigen Kosten die Kosten für die Anschaffung oder Herstellung der Waren oder Dienstleistungen und die darauf entfallenden Betriebskosten gehören. Wie genau sich die Umsatzerlöse zusammensetzen, d. h. wie viele Verbraucher welchen Betrag genau gezahlt haben, ist hingegen unmaßgeblich. Anzugeben ist lediglich, wie mit dem Antrag B. I. 4. gefordert, der deshalb

begründet ist, die Summe der Einnahmen aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im maßgeblichen Zeitraum.

Auch der Antrag B.I.5. ist begründet, denn gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 UWG sind die Leistungen, die der Schuldner an den Staat oder Dritte erbracht hat, vom Gewinn abzusetzen.

Ein Wirtschaftsprüfervorbehalt ist nicht aufzunehmen, denn die Beklagte ist nicht verurteilt, Belege herzugeben oder Daten anzugeben, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren wären.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Vorläufig vollstreckbar ist der Ausspruch über die Auskunftserteilung. Die Höhe der Sicherheit ist nach der Höhe des voraussichtlichen Aufwandes an Zeit und Kosten für die Auskunftserteilung bemessen worden (vgl. Zöller, ZPO, § 709, Rn. 6).