

A 7873-33 (mobil)

6 U 133/09

Kopie an Mdt.: Stellungn. **WV 26 O 149/08 LG Köln**  
**EINGEGANGEN**  
 27. JAN. 2010  
 Kopie an Mdt.: Kennzeichn. Rücksepr. A



Anlage zum Verkündungsprotokoll vom  
 22. Januar 2010  
 Verkündet am  
 22. Januar 2010

als Geschäftsstelle

**OBERLANDESGERICHT KÖLN**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

**Verbraucherzentrale  
 Bundesverband**  
 29. Jan. 2010

In dem Rechtsstreit

**EINGEGANGEN**

der **T-Mobile Deutschland GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer

[Redacted Name] Landgraben-

weg 151, 53227 Bonn,

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

den **Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.** –, vertreten durch den Vorstand Gerd Billen, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin,

Kläger und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigter:

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln  
 auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2009  
 durch seine Mitglieder

**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17.06.2009 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 26 O 149/08 – teilweise abgeändert:

Die Klage zu Nr. 1 5 (betreffend den Unterlassungsanspruch in Bezug auf die Klausel Nr. 12.3 in Verträgen über die Erbringung von Mobilfunkleistungen) wird abgewiesen.

Die weitergehende Berufung – soweit sie nicht unter Verlust des eingelegten Rechtsmittels zurückgenommen worden ist – wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen haben der Kläger 1/5 und die Beklagte 4/5 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Parteien können die Vollstreckung des jeweiligen Gegners wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### Gründe

I.

Der Kläger – eine Einrichtung nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 UKlaG – hat fünf Klauseln der von der Beklagten – einem Telekommunikationsunternehmen – in Verträgen mit Verbrauchern über Mobilfunkleistungen verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Anlage K 1, Bl. 16 ff. d.A.) beanstandet. Das Landgericht, auf dessen Urteil verwiesen wird, hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Beklagte verfolgt nach teilweiser Berufungsrücknahme ihren Antrag auf Abweisung der Klage in Bezug auf zwei Klauseln weiter. Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung.

## II.

Die zulässige Berufung hat – soweit darüber nach Teilrücknahme noch zu entscheiden war – in der Sache teilweise Erfolg.

1. Die Verurteilung der Beklagten kann nicht aufrechterhalten bleiben, soweit ihr (zu Nr. 5) bei Meidung von Ordnungsmitteln untersagt worden ist, die folgende Klausel oder inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über Mobilfunkleistungen einzubeziehen oder sich bei der Abwicklung solcher Verträge darauf zu berufen:

*[12.3] Preise, die durch eine unbefugte Nutzung des Anschlusses entstanden sind, hat der Kunde zu zahlen, wenn und soweit er die unbefugte Nutzung zu vertreten hat.*

a) Eine dieser Bestimmung sachlich entsprechende Klausel des „congstar Sprechtarifs“ (Nr. 7.2) ist Gegenstand des weiteren heute verkündeten, den Prozessbevollmächtigten der Parteien bekannten Senatsurteils (6 U 119/06), auf dessen Gründe ergänzend verwiesen wird. Auch im Streitfall hat das Landgericht die Klausel in vermeintlich kundenfeindlichster Auslegung als Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen angesehen und – von diesem Ansatz aus zu Recht – ihre Unvereinbarkeit mit dem Klauselverbot des § 309 Nr. 5 BGB festgestellt. Ein solches Verständnis der Klausel liegt nach Auffassung des Senats jedoch fern. Aus dem Wortlaut und den Besonderheiten des Telekommunikationsrechts ergibt sich vielmehr, dass die Bestimmung keine Schadensersatzhaftung, sondern die Zurechnung des objektiven Vertrauenstatbestandes einer Willenserklärung regelt, die es rechtfertigt, den Anspruchsgegner für die Erfüllung des scheinbar durch ihn oder einen von ihm bevollmächtigten Vertreter abgeschlossenen Vertrages über die Nutzung einzelner Mobilfunkleistungen einstehen zu lassen.

Die Klausel bürdet dem Kunden (gemäß dem hier nicht angegriffenen zweiten Satz der Klausel allerdings nur bis zu der Mitteilung des Verlustes der in sein Mobiltelefon einzufügenden Chipkarte, die ihn als Nutzer im Netz des

Mobilfunkanbieters identifiziert) eine Verpflichtung zur Entrichtung des vertraglich vereinbarten Nutzungsentgelts auch dann auf, wenn Mobilfunkleistungen nicht von ihm selbst oder einem befugten Dritten abgerufen wurden, die Nutzung durch unbefugte Dritte aber in seine Risikosphäre fällt. Die an §§ 276 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB erinnernde Formulierung, dass die Zahlungspflicht eingreife, wenn der Kunde die Drittnutzung *zu vertreten* habe, spricht nicht entscheidend für ein schadensersatzrechtliches Verständnis. Denn die damit angesprochene Verantwortlichkeit des Anspruchsgegners bildet nicht nur ein Prinzip des Schadensersatzrechts, sondern ein grundlegendes Zurechnungskriterium auch dort, wo die volle rechtsgeschäftliche Bindung des Betroffenen auf Grund veranlassten Rechtsscheins in Rede steht. Im Sinne einer solchen „vertrauensrechtlichen Erfüllungshaftung“ muss die Klausel hier verstanden werden.

Darauf deutet – wie vom Landgericht zutreffend bemerkt – schon der Wortlaut hin, wonach der Kunde „Preise“ zu zahlen, aber keinen „Schaden“ zu ersetzen oder „Schadensersatz“ zu leisten hat. Vor allem aber sprechen für das Verständnis der Klausel im Sinne einer vertraglichen Erfüllungshaftung des Kunden kraft zurechenbaren Rechtsscheins die Gesetzeslage und die höchstrichterlich anerkannte erweiterte Möglichkeit einer solchen Haftung im Telekommunikationsbereich.

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.03.2006 – III ZR 152/05 (BGHZ 166, 369 [Rn. 17 ff.] = NJW 2006, 1971 = MDR 2006, 1033) passen auf den Abschluss von Verträgen über Verbindungsdienstleistungen durch die Wahl von Nummern am Telefongerät mangels individuellen Vertrauensstatbestands zwar nicht die herkömmlichen Kriterien der Anscheinsvollmacht; anwendbar ist bei Telekommunikationsdienstleistungen als einem praktisch vollständig technisierten, anonymen Massengeschäft aber auch darüber hinaus der Rechtsgedanke, dass ein Teilnehmer am Rechtsverkehr für das seiner Risikosphäre zuzurechnende Verhalten Dritter vertraglich einzustehen hat. Die rechtliche Grundlage dafür bot bisher § 16 Abs. 3 Satz 3 TKV, wo-

nach der Anbieter nicht berechtigt war, Verbindungsentgelte vom Kunden zu fordern, wenn der Nachweis erbracht wurde, dass der Netzzugang in vom Kunden nicht zu vertretendem Umfang genutzt wurde; die inzwischen an Stelle von § 16 Abs. 3 TKV getretene Vorschrift des § 45i Abs. 4 TKG gelangt zum Wegfall des Entgeltanspruchs, wenn die Inanspruchnahme von Leistungen des Anbieters dem Endnutzer nicht zugerechnet werden kann, und geht damit ebenfalls erkennbar von rechtsgeschäftlichen Wirkungen des dem Anschlussinhaber zurechenbaren Verhaltens Dritter aus.

Vor dem Hintergrund des im Schrifttum (Klees, MDR 2007, 185 [186]; Peifer, jurisPR-WettbR 5/2009 Anm. 1; kritisch Lobinger, JZ 2006, 1077 [1078 f.]) zutreffend als Entscheidung für eine erweiterte rechtsgeschäftliche Zurechnung im Telekommunikationsrecht und als Absage an die von Teilen der Lehre – im Unterschied zur ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – befürwortete bloße Schadensersatzhaftung bei der Anscheinsvollmacht (vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. [1992], § 49, 4; Staudinger / Schilken, § 167 Rn. 31 m.w.N.; im Sinne der st. Rspr. dagegen die h.L., vgl. Larenz / Wolf, a.a.O., Rn. 30; MünchKommBGB / Schramm, § 167 Rn. 54 ff. m.w.N.) gedeuteten Urteils des Bundesgerichtshofs sowie der ausdrücklich in dieselbe Richtung weisenden gesetzlichen Vorschriften kommt ein – den rechtsdogmatischen Bedenken der Mindermeinung folgendes – Verständnis der angegriffenen Klausel als eine an § 309 Nr. 5 BGB zu messende Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs nicht ernsthaft in Betracht.

b) Die nach alledem mit der Klausel Nr. 12.3 bezweckte rechtsgeschäftliche Zurechnung desjenigen Nutzungsverhaltens unbefugter Dritter, das vom Kunden zu vertreten ist (und vor dem Eingang seiner Meldung über den Verlust der die ihn identifizierende Chipkarte bei der Beklagten erfolgt), benachteiligt ihn auch nicht unangemessen gemäß § 307 BGB. Bereits in seinem Urteil vom 15.05.1998 – 6 U 72/07 – hat der Senat eine ähnliche Klausel unter dem Aspekt der unangemessenen Benachteiligung nach § 9 AGBG

und der verbotenen Beweislastüberbürdung nach § 11 Nr. 15 lit. a und b AGBG geprüft und für wirksam erachtet. Zu einer anderen Bewertung im Streitfall – auf die sich der Kläger auch nicht beruft – besteht kein Anlass; insbesondere kann eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts zum Nachteil des Kunden gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht festgestellt werden: Während § 45i Abs. 4 TKG (wie zuvor § 16 Abs. 3 S. 3 TKV) zu einem Wegfall des Entgeltanspruchs des Anbieters nur gelangt, soweit der Endnutzer die fehlende Zurechenbarkeit der Leistungsanspruchnahme nachweist, ist die streitbefangene Klausel umgekehrt so gefasst, dass der Klauselverwender, um das volle vertragliche Entgelt beanspruchen zu können, das Vorliegen und den Umfang einer vom Kunden zu vertretenden Nutzung nachzuweisen hat.

2. Die weitergehende Berufung der Beklagten ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen, auf die der Senat Bezug nimmt, hat das Landgericht der Beklagten (zu Nr. 1) die Verwendung folgender – sachlich der Klausel Nr. 11.2 im Berufungsverfahren 6 U 119/09 entsprechenden – Klausel untersagt:

*[8.1] Bei Zahlungsverzug des Kunden ist T-Mobile berechtigt, den Mobilfunkanschluss auf Kosten des Kunden zu sperren, wenn die Forderung, mit deren Zahlung der Kunde in Verzug ist, mindestens 15,50 EUR beträgt. Der Kunde bleibt in diesem Fall verpflichtet, die monatlichen Preise zu zahlen.*

Das der Beklagten damit über §§ 320 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 321 Abs. 1 S. 1 BGB hinaus eingeräumte Recht, den Mobiltelefonanschluss des Kunden auf seine Kosten bei weiterlaufender Grundgebühr ohne weitere Androhung vollständig zu sperren, sobald er mit Zahlungsverpflichtungen – in Bezug auf welche Leistungen und Zeiträume auch immer – in Höhe von 15,50 € in Verzug geraten ist, benachteiligt ihn unter Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen. Dies wäre nicht anders, wenn der durchschnittliche monatliche Umsatz der Beklagten aus Mobilfunklaufzeitverträgen mit Privatkunden bei ca. 35,00 € (ohne Mehrwertsteuer) liegen sollte, wie sie

behauptet; dass Rückstände von deutlich weniger als der Hälfte eines durchschnittlichen monatlichen Rechnungsbetrags unter allen Umständen zur einseitigen Sperrung des Mobiltelefonanschlusses genügen sollten, wäre bereits nicht mehr angemessen.

Zu Recht hat das Landgericht in diesem Zusammenhang auch auf die vom Gesetzgeber mit Wirkung vom 24.02.2007 für den Festnetzbereich eingeführte Regelung in § 45k Abs. 2 TKG verwiesen, wonach die Durchführung einer Sperre des Anbieters wegen Zahlungsverzugs an einen rückständigen Betrag von 75,00 € und weitere formelle Voraussetzungen gebunden ist; welche Besonderheiten des Mobilfunkverkehrs – trotz einer Tarifstruktur, die bisher nicht zu erheblich unter, sondern eher über den Festnetztarifen liegenden Verbindungsentgelten in diesem Bereich geführt haben dürfte – eine Reduzierung der Betragsgrenze auf wenig mehr als ein Fünftel bei Wegfall aller weiteren Wirksamkeitsanforderungen für die Sperre rechtfertigen könnten, ist weder dargetan noch ersichtlich.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 S. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat – der Anregung beider Parteien folgend – gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Revision zugelassen, weil der Bewertung der in Rede stehenden Allgemeinen Geschäftsbestimmungen über den Streitfall hinaus grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Für das Verfahren ab der Teilrücknahme der Berufung im Termin vom 11.12.2009 wird der Streitwert in Abänderung des Senatsbeschlusses vom 12.10.2009 auf 5.000,00 € festgesetzt.