

6 U 119/09

26 O 150/08 LG Köln



A 14074-1 (mobil)

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

als Ortsbeauftragter der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT KÖLN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

der **congstar GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Alexander Lautz und Guido Scheffler, Anna-Schneider-Steig 8, 50678 Köln,

Beklagten und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

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

für Recht erkannt:

Kopie an Mat.: Stellungn.		WV:	
EINGEGANGEN			
27. JAN. 2010			
Kopie an Mat.: Kerninstr. Zähler			Kopie an Mat.: Rückstgr. A

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17.06.2009 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 26 O 150/08 – teilweise abgeändert:

Die Klage zu Nr. 1 2 und 3 (betreffend den Unterlassungsanspruch in Bezug auf die Klauseln Nr. 7.2 und 7.3 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 1/3 und die Beklagte 2/3 zu tragen.

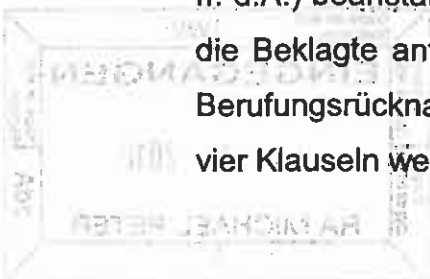
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 5.000,00 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Parteien können die Vollstreckung des jeweiligen Gegners wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung 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 sechs Klauseln der von der Beklagten – einem Telekommunikationsunternehmen – in Verträgen mit Verbrauchern über Mobilfunkleistungen verwendeten „Allgemeinen Geschäftsbedingungen congstar Sprechtarif“ (Anlage K 1, Bl. 19 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 vier 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. 2 und 3) bei Meidung von Ordnungsmitteln untersagt worden ist, die folgenden sachlich zusammenhängenden Klauseln oder inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über Mobilfunkleistungen einzubeziehen oder sich bei der Abwicklung solcher Verträge darauf zu berufen:

[7.2] Der Kunde hat auch die Preise zu zahlen, die durch (...) unbefugte Nutzung der überlassenen Leistungen durch Dritte entstanden sind, wenn und soweit er diese Nutzung zu vertreten hat.

[7.3] Nach Verlust der congstar Karte hat der Kunde nur die Verbindungspreise zu zahlen, die bis zum Eingang der Meldung über den Verlust der Karte bei congstar angefallen sind. Das gleiche gilt für Preise über Dienste, zu denen congstar den Zugang vermittelt.

a) Das Landgericht hat diese Klauseln in vermeintlich kundenfeindlichster Auslegung, wie sie der Beurteilung im Verbandsprozess zu Grunde zu legen ist (vgl. BGH, NJW 2007, 1054 [Tz. 23] m.w.N.), als Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen angesehen und – von diesem Ansatz aus zu Recht – ihre Unvereinbarkeit mit dem Klauselverbot des § 309 Nr. 5 BGB festgestellt: Weder entsprechen die Preise typischerweise der durch unbefugte Drittnutzung zu erwartenden Vermögenseinbuße der Beklagten noch wird dem Kunden der Nachweis eines geringeren Schadens ermöglicht.

Nach Auffassung des Senats liegt ein Verständnis der beiden Klauseln als Schadensersatzpauschalierung jedoch fern, so dass von dieser nur theoretischen Auslegungsmöglichkeit eine Störung des Rechtsverkehrs nicht ernsthaft zu befürchten ist und sie deshalb für die Entscheidung außer Betracht zu bleiben hat (vgl. BGH, NJW 1994, 1798 [1799]; Palandt / Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 305c, Rn. 19). Aus dem Wortlaut und den Besonderheiten

des Telekommunikationsrechts ergibt sich nämlich, dass die Bestimmungen keine Schadensersatzhaftung, sondern die Zurechnung des objektiven Vertrauenstatbestandes einer Willenserklärung regeln, 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 eintreten zu lassen (vgl. zur dogmatischen Einordnung „normativ zugerechneter Erklärungen“ Staudinger / Knothe, BGB [2004], Vorbemerkung zu §§ 116-144, Rn. 19 ff. m.w.N.; grundlegend Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift Nipperdey I [1965], S. 373 ff.; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971], S. 424 ff.).

Die Klauseln bürden dem Kunden bis zur Mitteilung des Verlustes der in sein Mobiltelefon einzufügenden Chipkarte, die ihn als Nutzer im Netz des Mobilfunkanbieter identifiziert, eine Verpflichtung zur Entrichtung des vertraglich vereinbarten Nutzungsentgelts auch dann auf, wenn Mobilfunkleistungen nicht von ihm selbst oder einem befugten Dritten abgerufen wurden (soweit die Klausel Nr. 7.2 sich darauf bezieht, ist ihre Verwendung nicht Gegenstand der Klage), 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 (vgl. – neben den oben Genannten – zur Anscheinsvollmacht etwa Larenz / Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. [2004], § 48 Rn. 28 ff. m.w.N.). Im Sinne einer solchen „vertrauensrechtlichen Erfüllungshaftung“ (vgl. MünchKommBGB / Kramer, 5. Aufl. [2006], Einleitung zu Bd. 2, Rn. 92) müssen die Klauseln hier verstanden werden.

Darauf deutet – wie vom Landgericht zutreffend bemerkt – schon der Wortlaut hin, wonach der Kunde „Preise“ und „Verbindungspreise“ zu zahlen, aber keinen „Schaden“ zu ersetzen oder „Schadensersatz“ zu leisten hat. Vor allem aber sprechen für das Verständnis der Klauseln im Sinne einer vertraglichen Erfüllungshaftung des Kunden kraft zurechenbaren Rechtscheins 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, wonach 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 beiden angegriffenen Klauseln als an § 309 Nr. 5 BGB zu messende Vereinbarungen eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs nicht ernsthaft in Betracht.

b) Die nach alledem mit den Klauseln Nr. 7.2 und 7.3 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 (mit oder ohne Mobiltelefon) 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 Nr. 7.2 umgekehrt so gefasst, dass der Klauselverwender, um bis zu der unter Nr. 7.3 bezeichneten äußersten zeitlichen Grenze 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.

a) Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen, auf die der Senat Bezug nimmt, hat das Landgericht der Beklagten (zu Nr. 4) die Verwendung folgender Klausel untersagt:

[11.1] Der Kunde gerät in Verzug, wenn der dem Kunden mitgeteilte Rechnungsbetrag nicht spätestens am zehnten Tag nach Zugang der Rechnung auf dem Konto von congstar gutgeschrieben ist.

Diese Abbedingung der 30-Tage-Frist des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB benachteiligt den Kunden entgegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen. Eine aus Besonderheiten des Vertragstyps folgende sachliche Rechtfertigung für die Abweichung (vgl. Staudinger / Löwisch / Feldmann, BGB [2009], § 286 Rn. 107) ist dem Vorbringen der Beklagten nicht zu entnehmen. Abgesehen davon, dass eine Abkürzung der gesetzlichen Zahlungsfrist auf weniger als 10-14 Tage schon generell als unwirksam angesehen wird (Ziegler / Rieder, ZIP 2001, 1789 [1791]; Palandt / Grüneberg, a.a.O., § 286 Rn. 31), ergibt sich die unangemessene Benachteiligung hier jedenfalls daraus, dass angesichts des Abstellens der Klausel auf die tatsächliche Kontogutschrift bei der Beklagten am zehnten (Kalender-) Tag nach Rechnungszugang mit einer weiteren erheblichen Verkürzung des dem Kunden zur Rechnungsprüfung eingeräumten Zeitraums durch Nicht-Bankgeschäftstage und die für die Ausführung der Überweisung benötigte Zeit gerechnet werden muss.

b) Ebenso wenig zu beanstanden ist die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung der Beklagten (zu Nr. 5) in Bezug auf die folgende Klausel:

[11.2] Ist der Kunde mit Zahlungsverpflichtungen in Höhe von mindestens 15,50 EUR in Verzug, kann congstar den Mobilfunkanschluss auf Kosten des Kunden sperren. 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 aus den Gründen des angefochtenen Urteils unangemessen. Dies wäre nicht anders, wenn der durchschnittliche monatliche Umsatz der Beklagten aus Mobilfunklaufzeitverträgen mit Privatkunden bei ca. 15,00 € (ohne Mehrwertsteuer) liegen sollte, wie sie behauptet; dass Rückstände von weniger als einem durchschnittlichen monatlichen Rechnungsbetrag 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 13.10.2009 auf 10.000,00 € festgesetzt.