

18 O 243/10



Verkündet am:
17.03.2011

Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



LANDGERICHT KIEL

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

verbraucherzentrale

Bundesverband

24. März 2011

EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

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

- Kläger -

gegen

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

- Beklagte -

hat die 18. Zivilkammer des Landgerichts Kiel
auf die mündliche Verhandlung vom 17.02.2011
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht

für R e c h t erkannt:

Das Versäumnisurteil vom 25.10.2010 bleibt aufrechterhalten.

Die Beklagte trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.

Die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil darf nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 € fortgesetzt werden.

Tatbestand:

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten Unterlassungsansprüche nach dem Unterlassungsklagegesetz in Bezug auf mehrere Klauseln aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preislisten der Beklagten geltend.

Der Kläger ist als Verbraucherverband tätig. Er ist unter der Reg.-Nr. II B 5 VZBV e. V. in die vom Bundesjustizamt geführte Liste nach § 4 UKlaG eingetragen.

Die Beklagte bietet Mobilfunktelefonleistungen an. Die Leistungen werden unter anderem in Form von Prepaid- und Postpaid-Verträgen unter der Internetadresse www.klarmobil.de angeboten. Die Beklagte verwendet im Zusammenhang mit ihren angebotenen Leistungen Allgemeine Geschäftsbedingungen und Preislisten, die auf der Internetseite unter den Buttons „AGB Prepaid“, „AGB Postpaid“ und „Preislisten“ zum Einsehen und Download bereitgestellt sind. In den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen klarmobil Prepaid“ findet sich unter „1. Allgemeines / Änderung der AGB“ folgende Ziffer:

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

Unter der Ziffer „4. Zahlungsbedingungen, Vorleistungspflicht des Kunden“ heißt es wie folgt:

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 ist unter der Überschrift „Sonstige Preise“ folgende Regelung zu finden:

<i>Auszahlung Restguthaben</i>	6,00 €
--------------------------------	--------

Des Weiteren steht in der Preisliste über Mobilfunkleistungen unter „Sonstige Preise (einmalig)“:

<i>Mahngebühr</i>	9,95 €
<i>Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden</i>	19,95 €.

Im Hinblick auf weitere Einzelheiten aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preislisten wird auf die Blätter 21 bis 35 der Akte sowie 38 und 39 der Akte Bezug genommen.

Durch den Kunden der Beklagten, Walter Hinterholz, der sich unter anderem gegen die Erhebung der Rücklastschriftgebühr gewandt hatte, wurde der Kläger auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten aufmerksam. Dem Kunden wurde durch den Kundenservice der Beklagten per E-Mail mitgeteilt, dass sich die Gebühr für die Rücklastschrift aus der Bearbeitungsgebühr des Kreditinstitutes und den erhöhten Personalkosten zusammensetze und die Kosten des Mehraufwandes, die im Haus der Beklagten entstünden, decke. Wegen der Einzelheiten der Beanstandungen des Kunden wird auf die Blätter 18, 19 der Akte Bezug genommen.

Mit Abmahnschreiben vom 09.12.2009 forderte der Kläger die Beklagte im Hinblick auf die Kostenerhebung für Rücklastschriften zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf. Eine entsprechende Aufforderung erfolgte wegen der übrigen streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Schreiben vom 03.03.2010. Mit Schreiben vom 19.08.2010 wiederholte der Kläger seine Aufforderungen. Eine Unterlassungserklärung gab die Beklagte nicht ab.

Der Kläger hält die streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für unwirksam. Er meint, die einseitige Preisänderungsmöglichkeit nach Ziffer 1.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaidverträge verstoße gegen § 308 Abs. 1 Nr. 4 BGB, weil keine Interessenabwägung erkennbar sei und die Klausel keine Beschränkung hinsichtlich der Preismodifikationen enthalte und dies zu einer einseitigen Änderungsmöglichkeit des Äquivalenzinteresses führe. Ferner sei ein besonderes Interesse an der einseitigen Änderungsmöglichkeit bei der Beklagten nicht erkennbar. Das einseitige Änderungsrecht stelle darüber hinaus einen Verstoß gegen § 305 Abs. 2 BGB dar und benachteilige die Kunden unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Der Verweis auf Ziffer 11.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge sei irreführend und unzulässig.

Die Klausel über die Erhebung eines Entgelts für die Auszahlung eines Restguthabens bei Beendigung des Vertrages sei nicht der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entzogen. Die Regelung weiche von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab, weil die Beklagte nach § 812 BGB dazu verpflichtet sei, zuviel geleistetes Guthaben dem Kunden zurückzuerstatten.

Die Erhebung einer pauschalen Mahngebühr verstoße gegen § 309 Nr. 5 a und b BGB. Die Pauschale beinhaltet zum einen auch die Kosten für die verzugsbegründende Erstmahnung, zum anderen würde der Kunde nicht auf die Möglichkeit der Erbringung eines Gegenbeweises hingewiesen werden. Zudem würde das Angebot der Gegenbeweismöglichkeit in Ziffer 4.7 nicht für Ziffer 4.9 ausreichen.

Die pauschale Erhebung eines Entgelts für eine Rücklastschrift verstoße gegen § 309 Nr. 5 a und § 307 Abs. 1 in Verbindung mit § 611 BGB, weil die Beklagte keinen Ersatz der Aufwendungen, die durch eigene Kosten für Mitarbeiter zur Bearbeitung der Rücklastschrift entstünden, ersetzt verlangen könne. Weiterhin läge ein Verstoß gegen § 309

Nr. 5 b BGB vor, weil die Gegenbeweismöglichkeit durch das Wort „mindestens“ in der Klausel unterlaufen werden würde.

Auf Antrag des Klägers ist am 25.10.2010 ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte ergangen. Wegen des Inhalts des Urteils wird auf die Blätter 63 bis 65 der Akte Bezug genommen.

Gegen dieses der Beklagten am 29.10.2010 zugestellte Versäumnisurteil hat die Beklagte mit einem am 12.11.2010 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Einspruch eingelegt.

Der Kläger beantragt nunmehr,

das Versäumnisurteil vom 25.10.2010 aufrechtzuerhalten.

Die Beklagte beantragt,

das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, dass die Kosten für eine Rücklastschrift auch tatsächlich in der Höhe der Gebühr anfallen würden. Zudem enthalte die Gebühr auch keine eigenen Personalkosten, die Mitteilung des Kundenservices sei insoweit missverständlich gewesen. Sie meint, dass die einseitige Preisänderung dem Kunden zuzumuten sei, da dieser jederzeit kündigen könne und diese Regelung in ihrem Interesse erforderlich sei, da es sich um ein Dauerschuldverhältnis handele, welches Unsicherheiten für sie berge. Es sei nicht vorhersehbar, in welchem Zeitraum das Guthaben genutzt werden würde. Im Hinblick auf den missverständlichen Verweis in Ziffer 1.3 auf Ziffer 11.2 würde sich schon aus dem Zusammenhang ergeben, dass Ziffer 10.2 gemeint sei, so dass auch hier kein Verstoß festzustellen sei.

Im Hinblick auf die Auszahlung des Restguthabens läge kein Verstoß gegen § 307 BGB vor, weil die Regelung eine reine Preisvereinbarung darstelle, die keiner Inhaltskontrolle unterliege. Die Erhebung der pauschalen Mahngebühr sowie deren Höhe seien nicht zu beanstanden, da die Kosten auch so anfallen würden.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet, so dass das Versäumnisurteil auch nach dem form- und fristgerecht eingelegten Einspruch der Beklagten aufrechtzuerhalten ist.

Der Kläger ist nach den §§ 3 Abs. 1, 4 UKlaG berechtigt, den Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Er stellt eine qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 Abs. 2 UKlaG dar und ist auf der Liste des Bundesamtes der Justiz über qualifizierte Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragen.

Dem Kläger stehen die geltend gemachten Unterlassungsansprüche gemäß § 1 UKlaG gegen die Beklagte zu.

Voraussetzung ist, dass die von der Beklagten verwendeten Bestimmungen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach den §§ 307 ff. BGB unwirksam sind und eine Wiederholungsgefahr besteht. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Die Klausel der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen klarmobil Prepaid“ Ziffer 1.3 verstößt hinsichtlich der Preisänderungsmöglichkeit gegen § 308 Nr. 4 BGB. Diese Vorschrift ist auf die Klausel anwendbar. Die Anwendbarkeit ist gegeben, wenn sich die Klausel auf Folgeänderungen bezieht, die nicht den §§ 315 ff. BGB unterfallen. Auch die Änderungen von Preisen für die Inanspruchnahme von Leistungen fallen unter den Leistungsbegriff des § 308 Nr. 4 BGB sowie die Norm auch auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar ist (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Auflage, § 308 Rnr. 24). Die Klausel Ziffer 1.3 wird bei ihrer Verwendung zum Bestandteil von Verträgen, die Dauerschuldverhältnisse darstellen.

Ferner hat die Beklagte durch die Klausel die Möglichkeit, die bei Vertragsabschluss vereinbarten Preise für die verschiedenen Leistungen nachträglich einseitig zu ändern. Gemäß § 308 Nr. 4 BGB ist ein einseitiges Änderungsrecht im Hinblick auf die versprochene Leistung unwirksam, wenn nicht die Änderung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Teil zumutbar ist. Dies entspricht dem Grundsatz, dass die Vertragsparteien an die ursprünglich getroffenen Vereinbarungen gebunden sind. Es muss eine Abwägung zwischen den Interessen der Vertragsparteien stattfinden. Von der Zumutbarkeit der Klausel für den anderen Vertragsteil ist auszugehen, wenn die Interessen des Verwenders die für das Geschäft typischen Interessen des anderen Vertragsteils

überwiegen oder zumindest gleichwertig sind. Die Klausel muss jedoch unzumutbare Änderungen ausschließen sowie dem anderen Vertragsteil ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit bieten, um mögliche Leistungsänderungen erkennen zu können (BGH, Urteil vom 17.02.2004, XI ZR 140/03, zitiert nach Juris). Es muss ein triftiger Grund für die Änderung vorliegen. Die Änderung des Äquivalenzinteresses kann ein Indiz für die Unzumutbarkeit darstellen. Von einer absoluten Unzumutbarkeit der Klausel für den Kunden ist jedoch auszugehen, wenn der Änderungsvorbehalt das Zumutbarkeitskriterium ersatzlos wegfallen lässt (Palandt/Grüneberg, § 308 Rnr. 24, 25).

Die Klausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand.

Sie beinhaltet keinen Grund für eine Preisänderung. Anhaltspunkte, unter denen sich ein Kunde auf eine Preisänderung einstellen oder eine solche kalkulieren kann, finden sich in der Klausel nicht. Sie ermöglicht der Beklagten nach Vertragsschluss die Einflussnahme auf das Äquivalenzinteresse zwischen Preis und Leistung ohne Beschränkung auf bestimmte Gründe. Dies ist auch nicht auf der Grundlage der Interessen der Beklagten zu rechtfertigen. Sie gibt zwar an, dass sie aufgrund des Dauerschuldverhältnisses nicht wisse, in welchem Zeitraum das Guthaben vom Kunden genutzt werden würde und dies zu Kalkulationsrisiken führe. Das Gericht erkennt dieses Risiko der Beklagten auch an. Es führt jedoch nicht zu einem derart überwiegenden Interesse der Beklagten gegenüber dem Kundeninteresse, das eine grenzenlose Preisänderung ohne Kontrollmöglichkeit vertretbar wäre. Die Klausel berücksichtigt nicht im Geringsten die Zumutbarkeit für den Kunden. Dieses ergibt sich auch nicht aus der jederzeitigen Kündigungsmöglichkeit des Kunden nach Ziffer 10.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge. Zum einen steht dem das Interesse des Kunden gegenüber, die in Anspruch genommenen Leistungen zu den bei Vertragsschluss geltenden Preisen auch zu erhalten. Zum anderen hat die Beklagte ebenfalls die Möglichkeit, nach Ziffer 10.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge den Vertrag mit einer Frist von 14 Tagen zum Ende einer Kalenderwoche selbst gegenüber dem Kunden zu kündigen. Demnach kann kein Bedarf der Beklagten nach einer derart einschneidenden Preisänderungsklausel zu ihren Gunsten festgestellt werden.

Die Klausel ist auch gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Diese Bestimmung ist neben § 308 Nr. 4 BGB anwendbar. Die Klausel verstößt gegen das Transparenzgebot aus § 307

Abs. 1 Satz 2 BGB und führt zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden. Das Transparenzgebot ist verletzt, wenn die Klausel nicht klar und verständlich gefasst ist. Zur Überprüfung der unangemessenen Benachteiligung ist von den Vorschriften des dispositiven Rechts auszugehen, das ohne die Klausel gelten würde. Im Rahmen von Verbandsprozessen sind die Interessen des Rechtsverkehrs zu berücksichtigen (vgl. Palandt/Grüneberg, § 307 Rnr. 8). Für eine Beurteilung sind die Interessen beider Parteien, die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien zu würdigen (vgl. BGH ZIP 2008, 1729).

Im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB ist eine Preisänderungsklausel bei Dauerschuldverhältnissen grundsätzlich zulässig, um bei langfristigen Vertragsbindungen das Gleichgewicht zwischen Preis und Leistung zu erhalten und das Kalkulationsrisiko des Verwenders zu begrenzen. Eine solche Preisänderungsklausel darf jedoch nicht dazu führen, dass der Verwender darüber auch seinen Gewinn zusätzlich steigern könnte. Die Ausgestaltung der Klausel bedarf der Konkretisierung im Hinblick auf die Anwendungsfälle der Preisänderungsklausel. Der Vertragspartner muss das Risiko der Preisänderung kalkulieren und anhand der Klausel eine Preisänderung nachvollziehen können (BGH, Urteil vom 19.11.2002, X ZR 243/01; BGH, Urteil vom 13.12.2006, VIII ZR 25/06).

Die Klausel erfüllt diese Anforderungen nicht. Die Klausel sieht hier die Möglichkeit vor, die Preise durch Mitteilung an den Kunden zu ändern. Es sind keine Begrenzungsfaktoren für die Gründe und den Umfang zulässiger Preiserhöhungen angegeben. Die Beklagte hat dadurch die Möglichkeit, die Preise auch zur Steigerung der Gewinnspanne zu erhöhen. Die Kunden erhalten keinen nachvollziehbaren Maßstab, um beurteilen zu können, ob der Preis nach der Erhöhung noch im Gleichgewicht zur Leistung im Sinne der ursprünglich getroffenen Vereinbarungen steht. Der Verweis der Beklagten, dass das Recht des Kunden zur Kündigung die Unzumutbarkeit durch die Preisänderungsklausel entfallen lasse, führt nicht zur Zulässigkeit der Klausel.

Die Kündigungsmöglichkeit kann zwar grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung ausgleichen. Dazu muss sie jedoch für einen durchschnittlichen Kunden unmissverständlich mit der Preisänderungsklausel verknüpft sein (BGH, Urteil vom 13.12.2008, VIII ZR 25/06). Die Klausel enthält einen Verweis auf Ziffer 11.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge. Die Kündigungsmöglichkeit ist jedoch unter Zif-

fer 10.1 dieser Bedingungen geregelt. Die Beklagte räumt zwar ein, dass dieser „Verweisungsfehler“ bestünde, hält ihn jedoch nicht für erheblich, weil sich aus dem Zusammenhang ergebe, welche Ziffer gemeint sei. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Verweisung in der Klausel ist missverständlich. Es ist für die Kunden nicht ohne weiteres erkennbar, dass sich die Verweisung nicht auf Ziffer 11.2, sondern auf Ziffer 10.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beziehen soll. Die Kompensation einer unzumutbaren Preisänderungsklausel erfordert eine korrekte Verweisung.

Die Preisänderungsklausel ist auch gemäß § 307 Abs. 1 in Verbindung mit § 305 Abs. 2 BGB unwirksam. Grundsätzlich ist eine Bedingungsänderungsklausel bei Dauerschuldverhältnissen zulässig, um auf sich nachträglich ändernde Umstände reagieren und Vertragsbedingungen entsprechend anpassen zu können (BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, zitiert nach Juris). Beinhaltet die Klausel jedoch die Möglichkeit, die Änderung der Vertragsbedingungen ohne das Einverständnis des anderen Vertragsteils durchzuführen, ist die Klausel wiederum grundsätzlich unzulässig (Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 305 Rnr. 79). Sie verstößt dann gegen den aus § 305 Abs. 2 BGB zu entnehmenden Grundsatz, dass die andere Vertragspartei mit der Geltung der vom Verwender gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch einverstanden sein muss. Neufassungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden Vertragsinhalt, wenn sie unter Wahrung von § 305 Abs. 2 BGB einbezogen worden sind. Auch bei der Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Änderungsvereinbarungen ist § 305 Abs. 2 BGB sinngemäß anzuwenden (Palandt/Grüneberg, § 305 Rnr. 46 ff.) Eine einseitige Bedingungsänderungsklausel ist nur wirksam, wenn sie ausdrücklich darauf beschränkt ist, nachträglich entstehende Äquivalenzstörungen und Regelungslücken zu beseitigen und inhaltlich so bestimmt ist, dass sie den Transparenzgebot genügt (BGH, Urteil vom 17.03.1999, IV ZR 218/97, zitiert nach Jurist).

Die Klausel Ziffer 1.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge hält hinsichtlich der Bedingungsänderungsklausel einer Inhaltskontrolle nicht stand. Es handelt sich hier um eine einseitige Bedingungsänderungsklausel zugunsten der Beklagten. Die Klausel eröffnet der Beklagten die Möglichkeit, die allgemeinen Vertragsbedingungen durch Mitteilung an den Kunden zu ändern, ohne dass sein Einverständnis im Sinne von § 305 Abs. 2 BGB erforderlich ist. Des Weiteren verletzt die Klausel das Transparenzgebot. Dies führt hier zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden, da für diesen

nicht ersichtlich ist, in welcher Situation es zu einer Bedingungsänderung kommen kann und ihm dadurch jegliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten fehlen. Die Klausel enthält keinerlei Begrenzungen zum Umfang der Änderungen. Die Änderungen der Bedingungen können auch zu einer nachträglichen Verschlechterung der Stellung des Kunden führen, so dass durch die Klausel nicht nur das Äquivalenzinteresse beider Vertragspartner geschützt ist. Der Hinweis der Beklagten auf das jederzeitige Kündigungsrecht des Kunden steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

Der letzte Satz der Klausel Ziffer 4.9 der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen klarmobil Prepaid“ verstößt hinsichtlich der Entgelterhebung für die Auszahlung des Guthabens gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Regelung benachteiligt den Kunden unangemessen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt unter anderem vor, wenn der Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Aufwendungen zur Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten auf den Kunden abwälzt (BGH, Urteil vom 13.02.2001, XI ZR 197/00, zitiert nach Juris). Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, denn es handelt sich nicht um eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung.

Es gibt kein gesetzlich geregeltes Leitbild für Mobilfunkverträge in der Variante des Prepaid-Vertrages. Der Beklagten obliegt es als Mobilfunkanbieterin grundsätzlich, in eigener Verantwortung Art und Umfang der von ihr angebotenen Leistungen sowie die Bemessung des vom Kunden dafür zu entrichtenden Entgeltes zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 12.06.2001, XI ZR 274/00). Daraus folgt aber nicht zwangsläufig die Kontrollfreiheit der beanstandeten Regelung. Auch Vertragstypen, die im Gesetz unregelt geblieben sind, können am Maßstab der §§ 307 ff. BGB gemessen werden (OLG München, Urteil vom 22.06.2006, 29 U 2294/06, zitiert nach Juris). Kontrollfähig sind Bedingungen, die von Rechtsvorschriften abweichen oder diese ergänzen. Darunter fallen keine reinen Preisvereinbarungen oder Preisnebenabreden in Form von Sondervereinbarungen. Solche Bedingungen unterliegen nur der Überprüfung im Hinblick auf die Einhaltung des Transparenzgebotes. Um eine reine Preisvereinbarung handelt es sich, wenn sie sich auf die Bestimmung der Höhe des Entgelts für Hauptleistungen bezieht.

Demgegenüber beziehen sich Preisnebenabreden auf Nebenleistungspflichten und sind grundsätzlich kontrollfähig, wenn sie den Preis nur mittelbar beeinflussen. Von einer mit-

telbaren Beeinflussung ist auszugehen, wenn bei Fehlen einer Vereinbarung dispositives Recht zur Anwendung gelangt. Ist eine Anwendbarkeit von dispositivem Recht nicht möglich, da keine gesetzliche Pflicht zur Erbringung der Leistung besteht, liegt eine Sondervereinbarung vor, die nicht kontrollfähig ist (Palandt/Grüneberg, § 307 Rnr. 59; LG Hamburg, Urteil vom 10.06.2008, 312 O 196/08, zitiert nach Jurist).

Die Klausel Ziffer 4.9 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge stellt eine Preisnebenabrede dar. Sollte keine vertragliche Vereinbarung über die Erstattung des vorgeleisteten Guthabens vorliegen, hat der Kunde nach Auffassung des erkennenden Gerichts einen Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 1. Alternative BGB gegen die Beklagte.

Der gegenteiligen Auffassung des OLG Hamburg (Urteil vom 01.07.2010, 3 U 129/08, zitiert nach Juris) folgt das erkennende Gericht nicht. Die Entscheidung des OLG Hamburg beschäftigt sich mit einer gleichlautenden Klausel in einem Mobilfunkvertrag. Das OLG Hamburg geht in seiner Entscheidung ebenfalls davon aus, dass es sich insoweit um ein Dauerschuldverhältnis handelt. Es nimmt auch an, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung oder vertragliche Vereinbarung vorliegen müsse, um von einer gesetzlichen Pflicht zur Rückerstattung des Vorausgeleisteten ausgehen zu können. Entgegen der Annahme des OLG Hamburg ist jedoch von einer grundsätzlichen Rückerstattung von nicht verbrauchten Vorleistungen bei vorzeitiger Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses auszugehen (vgl. Palandt/Sprau, § 812 Rnr. 26). Um ein solches Dauerschuldverhältnis handelt es sich auch bei einem Prepaid-Vertrag jedenfalls dann, wenn noch ein Guthaben vorhanden ist, weil der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen ist. Entgegen der Annahme des OLG Hamburg, das sich auf die Entscheidung des LG Hamburg vom 10.06.2008 (312 O 196/08) stützt, ist mit Palandt/Grüneberg, a. a. O., von einer grundsätzlichen Rückerstattungspflicht in den Fällen der Vorleistung auszugehen. Die Erwähnung der häufigen gesetzlichen und vertraglichen Regelungen in dieser Fundstelle ist ersichtlich aufgrund des Anwendungsvorranges von vertraglichen Regelungen oder Regelungen aus dem besonderen Schuldrecht gegenüber dem allgemeinen Schuldrecht erfolgt, wozu der Anspruch aus § 812 BGB zählt.

Es handelt sich insoweit lediglich um einen systematischen Hinweis. Entgegen der Argumentation des OLG Hamburg ist der Fall der Rückerstattung eines restlichen Prepaid-

Guthabens nicht vergleichbar mit der Rechtslage bei einem Guthaben auf Telefonkarten. Hierzu hat der BGH (Urteil vom 12.06.2001, XI ZR 274/00) ausgeführt, dass bei Ablauf der Gültigkeit solcher Telefonkarten kein Anspruch auf Erstattung des Restguthabens bestehe wie auch beim Ablauf der Gültigkeit von Gutscheinen kein Erstattungsanspruch existiere. Diese Rechtsprechung ist jedoch auf die Erstattung restlichen Guthabens bei Prepaid-Verträgen nicht übertragbar. Zum einen handelt es sich bei den zu Telefonkarten ergangenen Entscheidungen um Verträge, bei denen es dem Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht auf die Identität und Person des anderen Vertragsteils ankommt. Sie waren ihm gänzlich unbekannt. Bei Telefonkarten handelt es sich um sogenannte kleine Inhaberpapiere im Sinne des § 807 BGB (BGH, a. a. O.). Das Guthaben ist direkt auf den Telefonkarten gespeichert oder wird durch den jeweiligen Gutschein ausgewiesen. Ein Abzug von Guthaben wird auch auf diesen vermerkt.

Einem Prepaid-Kunden wird hingegen bei der Beklagten ein persönliches Guthabenkonto eingerichtet, auf welches er je nach Belieben Vorauszahlungen leisten kann. Die Hauptleistungspflichten im Falle von Telefonkartenverträgen und dem Erwerb von Gutscheinen besteht darin, dass der Kunde im Rahmen des vorausbezahlten Guthabens einen Anspruch auf die angebotenen Leistungen des Anbieters erhält und zwar zu den Preisen, die aktuell zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Leistung gelten. Der Kunde hat keinen Anspruch auf das Leistungsangebot, das zum Zeitpunkt des Erwerbs der Telefonkarte oder des Gutscheins bestand. Zudem besteht auch keine Möglichkeit der Parteien, sich von den Verträgen durch ordentliche Kündigung zu lösen. Die Verträge werden durch Fristablauf oder durch Verbrauch des Guthabens beendet, ein ordentliches Kündigungsrecht besteht nicht und so auch nicht das Bedürfnis nach einer Regelung im Hinblick auf verbleibendes Restguthaben bei Vertragsbeendigung.

Zum anderen verneint der BGH ausdrücklich nur einen Anspruch auf Erstattung des Restguthabens für den Fall, dass das Guthaben durch Fristablauf verfällt. Eine ausdrückliche Entscheidung über das Bestehen eines Erstattungsanspruchs im Falle der Kündigung enthält die Entscheidung nicht. Bei einem Prepaid-Vertrag handelt es sich demgegenüber um einen deutlich komplexeren Vertrag, der gerade auch den Anspruch auf die Leistung zu den bei Vertragsabschluss vereinbarten Preisen beinhaltet sowie das Recht, sich durch ordentliche Kündigung vom Vertrag zu lösen. Der Kunde unterhält bei der Beklagten ein persönliches Guthabenkonto, sein Guthaben ist nicht an ein Inhaberpapier im Sinne des

§ 807 BGB geknüpft. Eine Parallele zu der zu Telefonkarten ergangenen Rechtsprechung verbietet sich daher (ähnlich OLG München, Urteil vom 22.06.2006, 29 U 2294/06, das den Verfall von ungenutztem Guthaben bei Prepaid-Verträgen bei Beendigung des Vertrages durch Kündigung für unzulässig hält).

Hinsichtlich der Rückerstattung restlichen Guthaben bei Prepaid-Verträgen lässt sich eher eine Parallele zu den Fällen von Vorleistungen an Stromversorger oder Vermieter ziehen. In diesen Fällen besteht oft eine Vorleistungspflicht für die anfallenden Kosten. Im Falle einer Zuvielleistung des Kunden beziehungsweise Mieters wird hier zweifelsfrei von einer Rückerstattungspflicht des Anbieters beziehungsweise Vermieters gegenüber dem Kunden beziehungsweise Mieter ausgegangen (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 535 Rnr. 95).

Ein besonderes Interesse der Beklagten an einer Gebührenerhebung für die Guthaberstattung ist nicht ersichtlich. Die Vorleistungspflicht des Kunden besteht nur und gerade, weil bei Prepaid-Verträgen keine monatliche Grundgebühr anfällt und der sich daraus ergebende Nachteil durch die Vorleistung kompensiert werden soll.

Das Bestehen eines gesetzlichen Anspruchs des Prepaid-Kunden unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung und die sich daraus ergebende Kontrollfähigkeit der Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen führt dazu, dass die Abwälzung der Aufwendungen der Beklagten für die Rückerstattung des Guthabens den Kunden unangemessen benachteiligt. Diese Unangemessenheit entfällt auch nicht dadurch, dass der Kunde unbefristet die Möglichkeit hat, das Guthaben zu nutzen und er es nach Ansicht der Beklagten selbst in der Hand hat, den Vertrag erst bei vollständiger Nutzung des Vorausgeleisteten zu beenden. Dem steht nämlich das Kündigungsrecht der Beklagten entgegen, die gemäß Ziffer 10.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge ordentlich mit einer Frist von 14 Tagen zum Ende einer Kalenderwoche kündigen kann. Das Entgelt für die Auszahlung des Restguthabens wird auch im Falle der Vertragskündigung durch den Anbieter erhoben. Durch die Entgelterhebung für die Auszahlung des restlichen Guthabens wird das jederzeitige Kündigungsrecht des Kunden faktisch verkürzt und entwertet. Auch dies benachteiligt den Kunden unangemessen.

Die mit dem Vorstehenden in Zusammenhang stehende Klausel in den Prepaid-Verträgen „Sonstige Preise – Auszahlung Restguthaben 6,00 €“ ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB eben-

falls unwirksam. Diese Preislisten sind Bestandteil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. In Ziffer 1.1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge wird auf die Preislisten verwiesen, zudem gestalten sie das Leistungsangebot und beschreiben die Leistungserbringung genauer. Zu der Begründung ihrer Unwirksamkeit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

Die Klausel in Verträgen über Mobilfunkleistungen nach der Preisliste „Sonstige Preise – Mahngebühr 9,95 €“ hält ebenfalls einer Inhaltskontrolle nicht stand und ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 5 a und b BGB unwirksam.

Eine Klausel verstößt gegen § 309 Nr. 5 a BGB, wenn sie einen pauschalierten Schadensersatzanspruch enthält und die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Die Erhebung einer Pauschale für Mahngebühren ist grundsätzlich zulässig, solange klar ist, dass für die verzugsbegründende Erstmahnung keine Zahlungspflicht besteht (BGH, Urteil vom 31.10.1984, VIII ZR 226/83; Palandt/Grüneberg, § 309 Rnr. 28). Demnach ist eine pauschale Mahngebühr unzulässig, die es dem Verwender ermöglicht, Ersatz für die Kosten der verzugsbegründenden Erstmahnung vom Kunden zu verlangen.

Die Voraussetzungen für eine zulässige Erhebung der Mahngebühr liegen hier nicht vor. Die Beklagte hat grundsätzlich gegen den Kunden einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB, wenn der Kunde schuldhaft in Verzug gerät und der Beklagten dadurch ein Schaden entsteht.

Der Kläger hat zu der die Mahngebühr enthaltenden Klausel ausgeführt, dass diese Klausel auch die Kosten für die verzugsbegründende Erstmahnung enthalte und sie der Höhe nach über dem zu erwartenden Schaden liege. Die Beklagte hat dem entgegengehalten, dass sich die Höhe der Gebühr nur nach den tatsächlich anfallenden Kosten bemessen würde. Es ist also zwischen den Parteien unstreitig, dass die Mahngebühr in unzulässiger Weise auch die Kosten für die verzugsbegründende Erstmahnung enthält, so dass weitere Ausführungen zur Höhe der Mahngebühr im Hinblick auf die tatsächlich zu erwartenden Kosten nicht erforderlich sind, weil die Klausel schon aus dem vorgenannten Gesichtspunkt unwirksam ist. Evident enthält die Klausel auch keinen Ausschluss der Kosten für eine verzugsbegründende Erstmahnung.

Die Klausel ist auch gemäß § 309 Nr. 5 b BGB unwirksam. Eine Bedingung verstößt gegen § 309 Nr. 5 b BGB, wenn dem anderen Vertragsteil bei Vereinbarung eines pauschalierten Ersatzes nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale ist. Die Annahme einer ausdrücklichen Gestattung des Nachweises erfordert einen unzweideutigen, für den rechtsunkundigen Kunden ohne weiteres verständlichen Hinweis, dass ihm der Nachweis offensteht, dass kein oder ein geringerer Schaden entstanden ist (Palandt/Grüneberg, § 309 Rnr. 30). Die Klausel muss den Hinweis selbst enthalten, damit der Kunde in der konkreten Anwendungssituation seine Rechte der dortigen Formulierung entnehmen kann. Der Hinweis muss in textlichem Zusammenhang mit der Pauschalierung stehen (Staudinger, § 309 Nr. 5 Rnr. 19).

Ein solcher Hinweis erfolgt vorliegend im Rahmen der Mahngebührenerhebung nicht. In der Preisliste sowie in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu den Prepaid- und Postpaid-Verträgen findet sich kein Hinweis auf die Möglichkeit eines Nachweises zum tatsächlichen Vorliegen eines Schadens. Der Verweis der Beklagten, dass im Rahmen von Prepaid-Verträgen grundsätzlich der Verzug ausgeschlossen sei und so die Gebühr gar nicht anfalle, genügt insoweit ebenso wenig wie der Hinweis auf Ziffer 4.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge über die Möglichkeit eines Nachweises eines geringeren Schadens. Zum einen gilt die in der Preisliste aufgeführte Mahngebührepauschale für alle Verträge über Mobilfunkleistungen, demzufolge auch für Postpaidverträge, bei denen der Verzug des Kunden durchaus möglich ist. Zum anderen ist der Hinweis in Ziffer 4.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge nicht als ausdrückliche Nachweisgestattung für den Fall von Mahngebühren zu verstehen, da sich diese Ziffer auf die Gebühr für Rücklastschriften bezieht. Es handelt sich soweit nicht um einen unzweideutigen und unmissverständlichen Hinweis im oben dargestellten Sinne.

Auch die Klausel in Verträgen über Mobilfunkleistungen nach der Preisliste „Sonstige Preise / Rücklastschrift in Verantwortung des Kunden 19,95 €“ hält einer Inhaltskontrolle nicht stand und ist wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 5 a und b sowie gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Dem Anbieter steht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 BGB gegen den Kunden zu, wenn dessen Bankkonto entgegen einer Lastschriftabrede im Einzugsermächtigungsverfahren nicht die nötige Deckung zur Begleichung des geforderten Betrages aufweist und es infolge dessen zu einer Rücklastschrift kommt, die der Kunde zu vertreten hat.

Ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5 a BGB liegt jedoch vor, wenn der Verwender solche Schadenspositionen geltend macht, bei denen es sich um allgemeine Vertragskosten des Verwenders handelt. Der allgemeine Verwaltungsaufwand zählt zum Pflichtenkreis des Unternehmers. Dies gilt gerade im Hinblick auf erhöhte Personalkosten durch die manuelle Bearbeitung des Zahlungsverkehrs, wenn diese ansonsten automatisch erfolgt. Dabei handelt es sich nämlich um Aufwendungen zur Durchführung und Abwicklung des Vertrages (BGH, Urteil vom 17.09.2009, X a ZR 40/08, zitiert nach Juris). Diese Kosten stellen keinen ersatzfähigen Schadensposten dar.

Der Kläger verweist insoweit auf die E-Mail des Kundenservices der Beklagten an den Kunden : Aus dieser E-Mail ergibt sich, dass die Pauschale die Kosten für den Mehraufwand im Hause der Beklagten deckt, die unter anderem durch erhöhte Personalkosten infolge des manuell zu bearbeitenden Zahlungsverkehrs entstehen. Demgegenüber meint die Beklagte, dass die E-Mail insoweit missverständlich sei und die Pauschale nur die Kosten der Kreditinstitute, Porto und sonstige Kosten decke. Zwar ist hinsichtlich der zur Unwirksamkeit einer AGB-Klausel führenden Tatsache grundsätzlich der Anspruchssteller nach dem UKlaG darlegungs- und beweisbelastet. Hier ist jedoch zumindest von einer erhöhten Darlegungslast der Beklagten im Hinblick auf die Zusammensetzung der Gebühr auszugehen, die der Kläger nachvollziehbar moniert hat.

Das ergibt sich schon daraus, dass es dem Kläger grundsätzlich nicht möglich ist, die tatsächlich anfallenden Kosten im Unternehmen des jeweiligen Klauselverwenders zu ermitteln, da es dazu an Einsichtsmöglichkeiten in die Organisation des Unternehmens fehlt. Da die Beklagte ihre Behauptung, der Mehraufwand für Personalkosten sei nicht in der Pauschale enthalten, lediglich pauschal auf die Angabe, welche Kosten abgedeckt seien, stützt, wobei ein Posten von dreien lediglich als „sonstige Kosten“ bezeichnet wird, ist sie diesen erhöhten Anforderungen an die Darlegung nicht in ausreichendem Umfang nachgekommen.

Da nur anhand detaillierter Angaben zu den Kosten, die durch eine Rücklastschrift entstehen, und zu der Organisation des Unternehmens der Beklagten überprüft werden kann, ob die Kosten dem typischen Schadensumfang entsprechen, diesbezüglicher Vortrag der Beklagten jedoch fehlt, wäre die Einholung des von der Beklagten angebotenen Sachverständigengutachtens auf unzulässige Ausforschung gerichtet und hat deshalb zu unterbleiben.

Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich darüber hinaus aus § 309 Nr. 5 b BGB. Es liegt kein Hinweis auf die Möglichkeit der Erbringung eines Gegenbeweises vor. Die Höhe der Gebühr für eine Rücklastschrift ergibt sich aus der Preisliste „sonstige Preise“. Die Preisliste enthält selbst keinen Hinweis im Sinne des § 309 Nr. 5 b BGB. Die Preisliste sowie auch die enthaltene Gebühr für Rücklastschriften gelten für Prepaid- und Postpaid-Verträge. Die Gebühr für die Rücklastschrift steht bei den Postpaid-Verträgen im Zusammenhang mit Ziffer 7.3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Postpaid-Verträge.

Nach dieser Ziffer ist der Kunde unter anderem verpflichtet, die Aufwendungen der Beklagten zu ersetzen, die zum Beispiel durch eine Rücklastschrift entstanden sind. Die Klausel enthält ebenfalls keinen Hinweis auf die Möglichkeit eines Gegenbeweises. Demgegenüber enthält die Ziffer 4.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge einen Hinweis auf die Gegenbeweismöglichkeit. Nach dieser Ziffer hat der Kunde der Beklagten den Schaden zu ersetzen, der durch von ihm zu vertretende Rücklastschriften entsteht. Im nächsten Satz der Klausel wird erklärt, dass zumindest das Entgelt laut Preisliste von Kunden an klarmobil zu entrichten ist.

Danach verweist die Klausel auf die Gegenbeweismöglichkeit. Die Klausel gestattet dem Kunden im letzten Satz die Führung des Gegenbeweises, sie ist auch in der Gesamtschau mit dem Wort „mindestens“ insoweit nicht missverständlich. Der Hinweis auf den Gegenbeweis erfolgt am Ende der Klausel, daraus ist ersichtlich, dass sie sich auf die gesamte Klausel und so auch auf die Pauschale erstreckt. Es entsteht nicht der Eindruck, dass mindestens die Pauschale bezahlt werden muss und sich die Gegenbeweismöglichkeit nur auf die Forderungen beziehe, die über die Pauschale hinausgehen würden.

Dieser an sich korrekte Hinweis hilft aber nicht über den Umstand hinweg, dass die Preisliste mit der einzigen Angabe zur Höhe der Gebühr keinen Hinweis auf die ausdrückliche Gestattung des Gegenbeweises enthält. Dieser soll jedoch vom Kunden in der konkreten Anwendungssituation wahrgenommen werden können. Er muss in textlichem Zusammenhang mit der Klausel stehen und aus der Formulierung ohne weiteres verständlich sein. An dieser Stelle findet sich jedoch noch nicht einmal ein Verweis auf Ziffer 4.7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Prepaid-Verträge. Auf die obigen Ausführungen kann insoweit Bezug genommen werden.

Die Klausel ist auch gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da sie die Kunden unangemessen benachteiligt. Der fehlende Hinweis auf die Gegenbeweismöglichkeit stellt zugleich auch eine unangemessene Benachteiligung dar. Auch insoweit wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

Die für einen Unterlassungsanspruch nach dem UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr der Klauselverwendung besteht. Eine solche ist anzunehmen, wenn die wiederholte Verwendung der Bedingungen ernsthaft und greifbar zu besorgen ist. Das Bestehen der Wiederholungsgefahr wird tatsächlich vermutet und an die Entlastung durch den Verwender sind hohe Anforderungen zu stellen. Eine Entlastung gelingt bei Abgabe einer strafbewehrten und unbedingten Unterlassungserklärung bezüglich aller möglichen Anwendungsfälle (vgl. BGH, Urteil vom 18.04.2002, III ZR 199/01; Palandt/Bassenge, § 1 UKlaG, Rnr. 8). Eine solche Unterlassungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben.

Der Kläger hat darüber hinaus gegen die Beklagte einen Anspruch auf Kostenerstattung in Höhe von 200,00 € gemäß § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 UWG. Ein solcher Anspruch besteht, wenn der Abmahnende Ersatz für die erforderlichen Aufwendungen verlangen kann, die durch eine begründete Abmahnung entstanden sind. So ist es hier. Der Kläger hat die Beklagte mehrfach vorgerichtlich abgemahnt im Sinne des § 12 Abs. 1 UWG. Die Abmahnungen waren auch begründet, da die vom Kläger angegriffenen Klauseln einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten. Die Höhe der Abmahnpauschale ist nicht zu beanstanden.

Der Kläger hat gemäß § 291 BGB in Verbindung mit § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB einen Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins. Dies setzt voraus,

dass ein Anspruch auf eine fällige Geldschuld besteht und die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Da dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung der 200,00 € zusteht (siehe oben), dieser Anspruch auch fällig ist, schuldet die Beklagte auch die Zinsen. Sie ist in der Zeit vom 09.12.2009 bis zum 19.08.2010 mehrmals von dem Kläger abgemahnt worden. Der Anspruch ist auch vor der Rechtshängigkeit der Klage fällig geworden. Die Höhe der Zinsen ergibt sich aus § 291 Satz 2 in Verbindung mit § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91 Abs. 1, 344 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 Satz 1 und 3 ZPO.



a

le