



Eingegangen

03. Juli 2012

Rechtsanwalt
Thomas Hollweck

Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

22 U 207/11

38 O 350/10 Landgericht Berlin

verkündet am :

28.06.2012

Schuck, Justizbeschäftigter
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Kammergerichts Berlin

In dem Rechtsstreit

der SIMPLY Communication GmbH,
vertreten d. d. Geschäftsführer Pascal Choulidis, Vla-
sios Choulidis und Andre Driesen,
Wilhelm-Röntgen-Straße 1-5, 63477 Maintal,

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Schaaf Körner Trageser,
Ludwigstraße 65, 63067 Offenbach,-

g e g e n

Herrn R

S

Berlin,

Beklagter und Berufungsbeklag-
ter,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Thomas Hollweck,
Karl-Liebnecht-Straße 34, 10178 Berlin,-

hat der 22. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Ubaczek, den Richter am Amtsgericht Görke und die Richterin am Kammergericht Meising

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Die Berufung der Klägerin gegen das am 18. Juli 2011 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin – 38 O 350/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Dieses Urteil und sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

Von der Darstellung eines Tatbestandes hat der Senat gemäß § 540 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit § 313 a Abs. 1 Satz 1 ZPO (vgl. § 26 Nr. 8 EGZPO) abgesehen.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten über die vom Landgericht ausgerichteten 10 Euro hinaus, die nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens sind, kein Anspruch auf Zahlung von Entgelt aus dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Mobilfunkvertrag zu. Dieser ist, wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, als Telefondienstvertrag, also als Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB zu qualifizieren. Die Klägerin hat sich zur Erbringung der Dienstleistung verpflichtet, dem Beklagten als Kunden den Zugang zum öffentlichen Telekommunikationsnetz zu eröffnen und zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit anderen Teilnehmern eines Telefonfest- oder Mobilfunknetzes Sprache oder sonstige Daten auszutauschen (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006 – III ZR 58/06 - juris Rn. 8 m. w. N., NJW 2007, 438 f; Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., Einf. v. § 631 Rn. 28 m. w. N.; Eckert in Schuster, Vertragshandbuch Telemedia, S. 498, Rn. 40 m. w. N.).

Für die Entscheidung kann dahinstehen, ob eine Entgeltforderung der Klägerin in Höhe der in der Rechnung vom 31. August 2009 (Anlage K3) aufgeführten Beträge überhaupt entstanden ist.

Dabei kann sich allerdings der Senat der Auslegung des Vertrages durch das Landgerichts nicht anschließen, dass zwischen den Parteien nur eine einmalige Aufladung in Höhe von 10,00 EUR vereinbart worden ist und im Übrigen eine manuelle Aufladung und dass deshalb nur eine Forderung in dieser Höhe bestehe. Gegen diese Auslegung spricht, dass sie nicht berücksichtigt, dass bei Vertragsschluss die manuelle Aufladung ausdrücklich nur als alternative Option zu der vom Beklagten gewählten automatischen Aufladung vorgesehen war und nicht als kumulative Option.

Für die Entscheidung kann auch offen bleiben, ob der in Rechnung gestellte Tarif für GPRS-Verbindungen, von dem die Klägerin behauptet, er sei auf ihren Internetseiten unter „Service“ einsehbar gewesen, entgegen der vom Beklagten vertretenen Ansicht Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages geworden ist, der, wie aus II Nr. 1 der AGB der Klägerin ersichtlich ist, zumindest auch die Möglichkeit vorsieht, Daten aus dem Internet zu laden.

Auch kommt es für die Entscheidung nicht darauf an, ob die in Rechnung gestellten Internetverbindungen über die dem Beklagten von der Klägerin zur Verfügung gestellte SIM-Karte, wie die Klägerin behauptet, tatsächlich hergestellt worden sind und ob das Prüfprotokoll der Telekom (Anlage K6) insoweit geeignet ist, einen Beweis nach § 45 i Abs. 3 TKG dafür zu begründen, dass die Klägerin die Telekommunikationsdienstleistung in dem dort genannten Sinne fehlerfrei erbracht hat, insbesondere, ob das Prüfprotokoll die Anforderungen von § 45 i Abs. 1 Satz 2 TKG erfüllt.

Auch die Behauptungen der Klägerin zur Entstehung des Anspruchs dem Grunde und der Höhe nach als richtig unterstellt, stünde der Klägerin der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nicht zu. Denn in diesem Falle hätte der Beklagte gegen die Klägerin einen Schadensersatzanspruch auf Freistellung von den durch die Internetverbindungen möglicherweise ausgelösten Kosten aus § 280 Abs. 1 BGB, weil die Klägerin vertragliche Nebenpflichten (vgl. §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) in Form von Hinweis- und Informationspflichten vor allem beim Vertragsschluss, aber auch während des laufenden Vertrages gegenüber dem Beklagten verletzt hat (vgl. zu Informations- und Hinweispflichten bei Telekommunikationsdienstleistungsverträgen BGH, Urteil vom 15. März 2012 – III ZR 190/11, insbesondere juris Rn. 10 und 13 ff mit Anmerkung von Höhne, jurisPR-ITR 11/2012 Anm. 4; ferner, für den Fall einer automatischen Internetnutzung durch eine mit verkaufte Navigationssoftware OLG Schleswig, Urteil vom 15. September 2011 – 16 U 140/10 – SchIHA 2012, 91 f). Diesen Schadensersatzanspruch kann der Beklagte dem geltend gemachten Anspruch gemäß § 242 BGB als Einwand des „dolo agit, qui petit quod statim redditurus est“ entgensetzen.

Die Klägerin hätte, wenn sie die Tarifoption „automatische Aufladung“ sobald das Guthaben des Kunden unter 2,00 EUR sinkt, in vom Kunden zu bestimmender Höhe angeboten hat, nachdrücklich und deutlich darauf hinweisen müssen, dass bei bestimmten Nutzungsarten der SIM-Karte entgegen Ziff. VIII 1. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin durch eine Vorleistung des Kunden nicht gedeckte unkalkulierbar hohe Kosten entstehen können und, ohne, dass, wie bei der Tarifwahl angekündigt, per SMS oder E-Mail nach jeder Aufladung um einen Schritt von 10,00 EUR eine Warnung erfolgt.

Der Beklagte hat, indem er einen Prepaid-Tarif gewählt hat, zum Ausdruck gebracht, dass ihm an einer Kostenkontrolle gelegen ist. Prepaid-Verträge werden im Allgemeinen gerade zu dem Zweck abgeschlossen, die entstehenden Mobiltelefonkosten im Voraus planen zu können und zu begrenzen und so schwer vorhersehbaren „Kostenexplosionen“ vorzubeugen. Hohe Mobiltelefonkosten können ohne weiteres etwa durch das Führen von Auslandstelefongesprächen, durch längere Telefonate oder durch die Einwahl in das Internet entstehen. Der genannte Zweck eines Prepaid-Vertrages wird mit der Wahl der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Tarifoption „automatische Aufladung“ um einen bestimmten Betrag zwar deutlich gelockert, jedoch vom Kunden nicht völlig aufgegeben, da die Wahl unter der Zusage der Klägerin erfolgt, der Kunde werde per SMS oder E-Mail nach jeder Aufladung informiert und die in Ziffer VIII Nr. 1-3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin bestimmte Vorleistungspflicht des Kunden diesen erwarten lässt, dass bei jeder Aufladung nur jeweils ein Betrag von 10,00 EUR aufgeladen und vom Konto des Kunden abgebucht werden.

Der Beklagte konnte aufgrund der gewählten Option „Prepaid“, der gewählten automatischen Aufladung um 10,00 EUR, seiner in Ziffer VIII Nr. 1-3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin vorgesehenen Vorleistungspflicht und der Hinweise bei der Wahl der Aufladeoption erwarten, dass bei jeder Aufladung nur jeweils ein Betrag von 10,00 EUR aufgeladen und von seinem Konto abgebucht werde und er nach jeder Aufladung um 10,00 EUR per SMS und per E-Mail informiert werden würde. In diesem Falle hätte der Beklagte eine gewisse Kostenkontrolle behalten, die er zu Recht von einem Prepaid-Vertrag erwartet. So hätte er etwa aufgrund der zweiten der in Rechnung gestellten Internetverbindungen vom 03. August 2009, 1.45 Uhr mit einem Volumen von 217 kb, die nach dem von der Klägerin berechneten Tarif etwas mehr als 40,00 EUR gekostet hat, mindestens 4 SMS und E-Mails jeweils mit der Information einer erneuten Aufladung um 10,00 EUR erhalten müssen. Damit wäre er vor der hier einmal unterstellten Herstellung der nächsten in Rechnung gestellten Internetverbindung vom 05. August 2009 auf die mögliche Entstehung weiterer hoher Kosten hingewiesen worden.

Wenn die Klägerin aber, wie der vorliegenden Fall zeigt und sich, letztlich auch aus VI 2. und

IX. 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt, diese Warnfunktionen zur Kostenkontrolle, auf die sie bei der Tarifwahl ausdrücklich hinweist, unter bestimmten Umständen, etwa im Falle von teuren Auslandsgesprächen, längerer ununterbrochener Nutzung des Mobiltelefons oder Nutzung des Internets, bei der es schon mit einem relativ geringen Datenvolumen zu hohen Kosten kommen kann, bei der Tarifoption „automatische Aufladung“ nicht gewährleisten kann, ist sie nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumindest gehalten, ihre Kunden bei Abschluss des Vertrages vor Wahl der Tarifoption und auch während des laufenden Vertragsverhältnisses deutlich und nachdrücklich auf das mit der Wahl dieser Tarifoption verbundene deutlich erhöhte und für den Kunden kaum kontrollierbare Risiko der Entstehung außerordentlich hoher Kosten hinzuweisen. Denn wenn die im Vertrag vorgesehenen und bei der Tarifwahl nochmals ausdrücklich angegebenen Warnfunktionen nicht bei allen Nutzungsmöglichkeiten gewährleistet sind und es ohne Warnungen und ohne Vorleistung zu hohen, vom Kunden nicht kontrollierbaren Kosten und einem entsprechenden Negativsaldo auf dem Kundenkonto kommen kann, hebt die Tarifoption „Automatische Aufladung“ um einen bestimmten Betrag die Vorteile eines Prepaid-Vertrages bei der Nutzung des Internets oder beim Führen teurer Telefongespräche praktisch auf. Die in Ziff. VI.2 und IX 2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthaltenen Hinweise, aus denen der Kunde nur mittelbar entnehmen kann, dass bei bestimmten Nutzungsarten höhere Kosten entstehen können, die auch erst nachträglich in Rechnung gestellt werden können, reichen für den erforderlichen deutlichen und nachdrücklichen Hinweis auf das bestehende Risiko nicht aus.

Die Klägerin kann sich angesichts des hohen Risikos unkontrollierbarer Kosten, das aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin für einen durchschnittlichen Verbraucher nicht hinreichend klar und deutlich erkennbar wird, das sich aber für den Verbraucher ruinös bis zur Insolvenz auswirken kann, nicht auf den Einwand zurückziehen, der Beklagte habe sich mit der Wahl der Tarifoption „automatische Aufladung“ freiwillig jeder Kostenkontrolle begeben. Vielmehr vertraut der durchschnittliche Kunde bei der Wahl eines Prepaid-Tarifes auch mit der Tarifoption „Automatische Aufladung“ um einen bestimmten Betrag darauf, dass eine erneute Aufladung um diesen Betrag erst nach Verbrauch der von seinem Konto abgebuchten Aufladesumme erfolgt, dass er in dem gewählten Rahmen vorleistungspflichtig ist. Er vertraut, wenn bei der Tarifwahl angekündigt wird, er werde per SMS und E-Mail benachrichtigt, bevor es dann zu der nächsten Aufladung kommt, auch auf diese Zusage. Mit dem Risiko, dass die von der Klägerin in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und den Hinweisen bei der Tarifwahl aufgeführten Warnmechanismen unter bestimmten Umständen nach den eigenen versteckten Hinweisen der Klägerin gerade bei besonders teuren Telekommunikationsdienstleistungen möglicherweise nicht greifen, muss ein normaler Privatkunde ohne besondere, deutliche und nachdrückliche Aufklärung nicht rechnen.

Den aus dieser Pflichtverletzung der Klägerin gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 BGB folgenden Schadensersatzanspruch kann der Beklagte, wie bereits ausgeführt, einem möglicherweise entstandenen Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Entgelt für die streitgegenständlichen Internetverbindungen gemäß § 242 BGB entgegensetzen. Die in der streitgegenständlichen Rechnung auch enthaltenen Ansprüche in Höhe von Kosten für Telefongespräche, die unstreitig entstanden sind, sind nach der Gutschrift Anl. K4 bereits erloschen.

Demgemäß kommt es für die Entscheidung nicht mehr darauf an, ob die Klägerin, wie der Beklagte meint, aufgrund einer bestehenden vertraglichen Nebenpflicht, ihre Kunden vor Vermögensschäden zu schützen, auch verpflichtet ist, die hohe Kosten verursachende Internetverbindung nach Erreichen eines bestimmten Datenvolumens und Preises zu unterbrechen und gegebenenfalls nach Erreichen welchen Volumens bzw. welchen Preises.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO (vgl. § 26 Nr. 8 EGZPO).

Die Revision hat der Senat nicht zugelassen, da keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären sind und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (vgl. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Dass grundsätzlich auch im Falle von Telekommunikationsverträgen vertragliche Hinweispflichten betreffend das Risiko der Entstehung hoher Kosten bestehen, ist obergerichtlich geklärt. Wegen der inzwischen üblichen besondere Tarifstrukturen für die Nutzung des Internet über Mobiltelefone hat die vorliegende Entscheidung auch keine grundsätzliche Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen.

Ubaczek

Görke

Meising

Ausgefertigt

Schuck
Justizbeschäftigter