

Pfandgebühr für SIM-Karte ist unzulässig

Oberlandesgericht Schleswig

Urteil vom 19.03.2015

Az.: 2 U 6/14

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14. Mai 2014 verkündete Teilurteil der Einzelrichterin der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kiel wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung einzelner Bestimmungen in ihren vorformulierten Bedingungen für Mobilfunkverträge. Ferner nimmt er die Beklagte – derzeit in der Auskunftsstufe – wegen Abschöpfung des Gewinns aus der früheren Verwendung einer anderen Klausel in Anspruch.

Der Kläger ist der bundesweit tätige Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 25 Organisationen. Er ist seit dem 16. Juli 2002 in die ursprünglich beim Bundesverwaltungsamt und mittlerweile beim Bundesjustizamt gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen. Die Beklagte bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an, unter anderem unter der Marke „X“. In diesem Zusammenhang unterhält sie einen Telemediendienst unter der Internetadresse ... eigene Netze

verfügt die Beklagte nicht, sondern ist ihrerseits mit verschiedenen Netzbetreibern vertraglich verbunden.

1.

Dem Unterlassungsbegehren des Klägers liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte verwendet für ihre Angebote unter der Marke „X“ ein Bedingungswerk mit der Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen (Credit-/ Laufzeitverträge)“ (Anlage K 1, Bl. 18 f. d. A.). Unter Ziffer 7 heißt es dort unter anderem:

„7. SIM-Karte (Verlust und Sperre)

7.1. Die überlassene SIM-Karte bleibt im Eigentum der X. 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 T. zurücksendet. Sendet der Kunde die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an X zurück, wird ihm das in Rechnung gestellte Pfand wieder zurückgezahlt.“

Die Preisliste der Beklagten für die Marke „X“ (Anlage K 2, Bl. 20 ff. d. A.) weist auf S. 3 und 7 folgende Position aus:

„SIM-Karten-Pfand

9,97 €

(je Karte)

(netto)“

Text der Fußnote:

„ 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 X zurücksenden. Senden Sie die SIM-Karte nach Ablauf dieser 14-Tagesfrist an X zurück, wird Ihnen das Pfand wieder zurückgezahlt. Für die Rücksendung der SIM-Karte verwenden Sie bitte folgende Adresse:“

Die Beklagte vernichtet und entsorgt die an sie zurückgesandten SIM-Karten an ihrem Standort E. fachmännisch durch Mitarbeiter ihrer dortigen Poststelle.

Die zitierte Regelung über die Erhebung eines Pfandes für die dem Kunden zur Verfügung gestellte SIM-Karte ist an die Stelle einer anders gefassten Passage in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten getreten, die der Kläger ebenfalls im Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz beanstandet hatte. Die Vorgängerregelung unterschied sich von der aktuellen Fassung vor allem hinsichtlich der nunmehr erfolgten Klarstellung, dass das Kartenpfand auch dann erstattet wird, wenn der Verbraucher die SIM-Karte erst nach Ablauf der 14-tägigen Übersendungsfrist zurückgibt. Das Landgericht Kiel hatte der Beklagten die Verwendung der Klausel in der früheren Fassung untersagt (Az. 2 O 136/11, Urteil des Landgerichts vom 29. November 2011 in der Anlage K 5, Bl. 33 ff. d. A.). Der Senat hatte die Berufung der Beklagten durch Urteil vom 3. Juli 2012 zurückgewiesen (Az. 2 U 12/11, Anlage K 6, Bl. 41 ff. d. A. = NJW-RR 2013, S. 298 ff.). Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Urteile Bezug genommen.

Der Kläger hält die Pfandklausel auch in der jetzigen Fassung wegen Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB für unwirksam. Mit Schreiben vom 13. Februar 2013 forderte er die Beklagte auf, in Bezug auf die Verwendung der Klausel gegenüber Verbrauchern eine vorbereitete strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben (Anlagen K 7 und K 8, Bl. 60 ff. d. A.). Die Beklagte verweigerte die Abgabe der verlangten Unterlassungserklärung mit Schreiben vom 26. Februar 2013 (Anlage K 9, Bl. 66 ff. d. A.). Wegen der Einzelheiten der vorgerichtlichen Korrespondenz wird auf den Inhalt der

genannten Schreiben verwiesen.

Der Kläger hat die Beklagte mit seinen Anträgen zu A. in der Klage vom 23. April 2013 auf Unterlassung der Verwendung der oben zitierten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand in Anspruch genommen. Dabei hat er zunächst den letzten Satz der Klausel in Ziffer 7.1 sowie die letzten zwei Sätze der Fußnote 17 (welche jeweils die Erstattung des Pfandes bei verspäteter Rücksendung betreffen und damit den Kunden begünstigen) für sich nicht beanstandet und insoweit auch keine Unterlassung verlangt. Hilfsweise hat der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26. März 2014 das Verbot der Verwendung des gesamten zitierten Klauseltexts beantragt. Des Weiteren hat er beantragt, die Beklagte zur Zahlung einer Pauschale von 214,00 € (200,00 € zzgl. 7 % Umsatzsteuer) für seine vorgerichtlichen Abmahnkosten zu zahlen. Die Pauschale hat er anhand des für sich unstreitigen durchschnittlichen Einsatzes von Personal- und Sachkosten von 213,16 € ermittelt.

Der Kläger hat mit seiner Klage die Auffassung vertreten, die beanstandeten Klauseln zum Kartenpfand würden gegen §§ 307 Abs. 1, 309 Nr. 5a BGB verstoßen. Eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers bestehe schon darin, dass die Beklagte überhaupt die Rücksendung der SIM-Karte verlange. Der Verbraucher habe ein erhebliches Interesse an der Wahrung seiner darauf gespeicherten persönlichen Daten. Er werde die Karte entweder verwahren oder mit einer Schere vernichten, statt sie der Beklagten zur Verfügung zu stellen und zudem noch das Risiko des Verlustes und des unbefugten Zugriffs Dritter einzugehen. Eine Löschung persönlicher Daten von der SIM-Karte sei jedenfalls nicht rückstandsfrei möglich. Der Beklagten stehe hingegen kein billigenwertes Interesse daran zu, die Karte aufgrund ihrer formalen Eigentümerstellung zurückzuerhalten. Eine Missbrauchsgefahr wegen technischer Probleme bei der Deaktivierung bestehe tatsächlich nicht. Die Rückgabe der nicht wiederverwendbaren Karten sei für die Beklagte vielmehr mit einer Kostenbelastung für die

ordnungsgemäße Entsorgung verbunden.

Durch die Erhebung eines Kartenpfandes versuche die Beklagte nichts anderes, als neben den ausgewiesenen Preisen ein Zusatzentgelt zu erzielen. Dies werde schon dadurch deutlich, dass das Pfand erst am Ende der Vertragszeit vereinnahmt werde, was nicht für den angeblichen Sicherungszweck spreche, sondern sich eher daraus ergebe, dass die zusätzliche Zahlung zu Beginn eines Vertrages am Markt nicht durchsetzbar sei. Von den Netzbetreibern (Telekom, O2, E-Plus, Vodafone) würden – was für sich unstreitig ist – derartige Klauseln gegenüber Verbrauchern nicht benutzt, sondern nur von einzelnen so genannten Resellern wie der Beklagten.

Die Beklagte ist der Unterlassungsklage entgegengetreten. Soweit der Kläger zunächst nur beantragt hat, die Verwendung der beanstandeten AGB-Bestimmungen ohne den letzten Satz der Klausel zu Ziffer 7.1 und die letzten zwei Sätze der Fußnote 17 im Preisverzeichnis zu verbieten, hat sie den Antrag bereits für unzulässig erachtet. Dies steht nicht mehr im Streit, nachdem der Kläger hilfsweise die Untersagung der Verwendung des gesamten zitierten Klauseltexts beantragt und gegen das entsprechende Urteil kein Rechtsmittel eingelegt hat.

In der Sache hat die Beklagte den Standpunkt vertreten, dass mit der Neufassung der Klauseln über das SIM-Karten-Pfand die Beanstandungen des Senats im Urteil vom 3. Juli 2012 in vollem Umfang beseitigt worden seien. Die jetzt streitgegenständliche Klausel unterliege nach § 307 Abs. 3 BGB schon nicht der Inhaltskontrolle. Durch die unmissverständliche Pfandregelung würden Rechtsvorschriften weder ersetzt noch ergänzt. Es sei ihr unbenommen, für die unstreitig in ihrem Eigentum stehende SIM-Karte, die nach Vertragsende zurückzusenden sei, ein Pfand zu erheben. Jedenfalls könne von einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden keine Rede sein. Das Pfand habe Sicherungscharakter und diene gerade nicht der Erzielung eines Zusatzentgeltes. Die Erhebung einer Barkaution sei

formulärmäßig möglich und unterliege in der konkreten Ausgestaltung keinen Wirksamkeitsbedenken.

Die Beklagte hat dazu ausgeführt, der Kläger könne sich nicht darauf berufen, dass die Kunden durch die Pflicht zur Kartenrücksendung genötigt würden, ihr Einblick in die auf der SIM-Karte gespeicherten Daten zu gewähren. Sie nehme nach der Rücksendung einer SIM-Karte keine Einsicht in die dort gespeicherten Daten. Vielmehr erfolge die Vernichtung umgehend nach Eingang. Der Kunde müsse im Übrigen überhaupt nicht von der bloßen Möglichkeit Gebrauch machen, auf der SIM-Karte ein Telefon- oder Notizbuch, einen Speicher für SMS oder einen Speicher der zuletzt gewählten Nummern zu integrieren. Die Daten könnten vor der Rücksendung der Karte ferner technisch einfach gelöscht werden. Das rein hypothetische Risiko, dass die gelöschten Daten wieder hergestellt werden könnten, begründe kein schützenswertes Interesse der Verbraucher. Schließlich sei ihr, der Beklagten, das Telefonie- bzw. SMS-Verhalten des Nutzers allein aufgrund ihrer Stellung als Mobilfunkprovider ohnehin vollumfänglich bekannt.

Die Beklagte hat ferner geltend gemacht, dass die Behauptung des Klägers unzutreffend sei, sie habe kein billigenwertes Interesse an der Rücksendung der Karte. Sie sei zwingend auf die Zusammenarbeit mit den vier großen Netzbetreibern angewiesen, von denen sie gegen Kaufpreise von bis zu 10,00 € die jeweilige SIM-Karte für den Kunden erwerbe. In ihren Verträgen mit den Netzbetreibern sei teilweise geregelt, dass sie die Karten nach Vertragsablauf einzuziehen und ihrerseits zurückzugeben habe. Dabei ist nur für den Netzbetreiber E-Plus unstreitig, dass dieser eine Klausel vorhält, nach der die „EPS-Mobilfunkkarte(n) (...) bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Kunden umweltgerecht zu entsorgen oder auf Verlangen an EPS zurückzugeben“ ist bzw. sind (Schriftsatz des Klägers vom 15. August 2013, Bl.128 d. A.).

Weiter hat die Beklagte für ihr Rückgabeinteresse geltend

gemacht, es könne vereinzelt vorkommen, dass eine Karte wegen technischer Probleme bei der Deaktivierung weiterhin genutzt und missbraucht werden könne. Das Interesse, einen möglichen Missbrauch zu verhindern, überwiege deutlich gegenüber etwaigen Interessen des Kunden, der es zudem in der Hand habe, durch Rücksendung der Karte das Pfand erstattet zu bekommen. Sie selbst hafte gegenüber den vier großen Netzbetreibern für Schäden, die durch Abhandenkommen oder unsachgemäße Verwendung von SIM-Karten entstehen.

Soweit der Kläger sich auf die Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10. Januar 2013 (Anlage K 12, Bl. 74 ff. d. A.) berufen hat, hat der Beklagte die Auffassung vertreten, der zugrunde liegende Fall sei mit dem hiesigen Streitgegenstand nicht vergleichbar. Abgesehen davon, dass es beim Landgericht Frankfurt um ein etwa drei Mal so hohes Pfand gegangen sei, sei die Klausel anders als hier auch an § 309 Nr. 5a BGB zu messen gewesen, weil es sich ersichtlich um einen pauschalierten Schadensersatz gehandelt habe. Sie selbst zahle das Pfand hingegen unabhängig vom Zeitpunkt der Rücksendung und vom Zustand der Karte an den Kunden zurück.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26. März 2014 hat der Justitiar der Beklagten erklärt, ihm sei kein Fall bekannt, in dem aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer deaktivierten SIM-Karte in der Vergangenheit ein Schaden entstanden sei. Die Verträge mit den Netzbetreibern seien für die Beklagte aber von derart elementarer Bedeutung, dass sie es sich nicht leisten könne, die Gefahr einer außerordentlichen Kündigung einzugehen, weil sie gegenüber einem Netzbetreiber ihre vertragliche Pflicht zur Wiedereinziehung und Verwertung der SIM-Karten nicht einhalte.

2.

Die Anträge des Klägers zur Gewinnabschöpfung beziehen sich auf eine frühere Bestimmung in den Allgemeinen

Geschäftsbedingungen der Beklagten über eine so genannte „Nichtnutzungsgebühr“. Die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel, die die Beklagte nicht mehr verwendet, ist wie die Vorgängerregelung zum Kartenpfand Gegenstand der Urteile in dem Verfahren zu den Aktenzeichen 2 U 12/11 (Senat) bzw. 2 O 136/11 (LG Kiel).

Die Beklagte hatte in der Vergangenheit einen Tarif mit der Bezeichnung ... angeboten (Bedingungen mit Stand 1. April 2010, Anlage K 4, B. 32 d. A.). Im monatlichen „Paketpreis“ von 14,95 € bei einer Laufzeit von 24 Monaten waren nach Wahl des Kunden pro Monat entweder 50 Inklusivminuten Telefonie oder 50 Inklusiv-SMS enthalten. Außerhalb der Inklusivleistungen wurden Preise von 0,39 €/Minute für Telefonate und 0,19 € pro SMS berechnet. In Fußnote 7 der Tarifbestimmungen der Beklagten war folgende Regelung enthalten:

„7) Wird in 3 aufeinanderfolgenden Monaten kein Anruf getätigt bzw. keine SMS versendet, wird dem Kunden eine Nichtnutzergebühr in Höhe von € 4,95 monatlich in Rechnung gestellt.“

Der Kläger hatte die Beklagte mit vorgerichtlichem Schreiben vom 28. April 2011 (Anlage K 3, Bl. 27 ff.) zunächst erfolglos aufgefordert, die Verwendung dieser Klausel für Verträge mit Verbrauchern zu unterlassen und bis zum 19. Mai 2011 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Auf Antrag des Klägers verurteilte das Landgericht Kiel die Beklagte durch Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren vom 4. August 2011 zur Unterlassung. Auf den Einspruch der Beklagten hielt das Landgericht in seinem Urteil vom 29. November 2011 (Anlage K 5) das Versäumnisurteil aufrecht. Wie bereits ausgeführt, wurde die Berufung der Beklagten durch Urteil des Senats vom 3. Juli 2012 (Anlage K 6) zurückgewiesen. Auch insoweit wird auf den Inhalt der ergangenen Urteile Bezug genommen.

Die Beklagte verwendete die Klausel über die Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ ab dem 1. August 2012 nicht mehr. Der

Kläger betrieb sodann ein Gewinnabschöpfungsverfahren gemäß § 10 Abs. 1 UWG und forderte die Beklagte mit Schreiben vom 7. Dezember 2012 auf, zur Berechnung des so genannten Unrechtsgewinns für die Zeit ab dem 1. Juni 2011 Auskünfte zu erteilen (Anlage K 10, Bl. 68 ff. d. A.). Die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 8. Januar 2013 ab und verwies darauf, dass es an dem nach § 10 UWG erforderlichen Vorsatz fehle und sie das Senatsurteil vom 3. Juli 2012 tenorgetreu umgesetzt habe (Anlage K 11, Bl. 72 f. d. A.).

Der Kläger hat mit seinen Anträgen zu B. in der Klage vom 23. April 2013 die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft, Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und Zahlung des aus der Verwendung der Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ erzielten Gewinns an das Bundesamt für Justiz nach § 10 UWG in Anspruch genommen. Er hat geltend gemacht, dass die Beklagte durch die Verwendung der unzulässigen Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorsätzlich eine unzulässige geschäftliche Handlung im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG begangen und dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt habe.

Spätestens durch die Abmahnung vom 28. April 2011 sei der Beklagten, die unstreitig eine auch mit wettbewerbsrechtlichen Regeln befasste Rechtsabteilung unterhält, das Unrecht ihrer Handlungen bewusst geworden. Er, der Kläger, habe die Beklagte umfassend auf die erheblichen Bedenken gegenüber der unwirksamen Klausel hingewiesen und sei darin schließlich auch durch den Senat bestätigt worden. In dieser Situation habe die Beklagte nicht etwa den Rechtsstreit in Ruhe abwarten und den von ihr erkannten Unrechtsgewinn weiter realisieren dürfen. Der Beklagten sei nach der Kenntniserlangung durch die Abmahnung vom 28. April 2011 zwar eine angemessene Überlegungsfrist für ihr weiteres Verhalten zuzubilligen gewesen. Spätestens in der Zeit ab dem 1. Juni 2011, auf die sich das Auskunftsverlangen bezieht, habe sie die Verwendung der Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ aber einstellen

müssen.

Die Beklagte ist auch den Anträgen zur Gewinnabschöpfung entgegengetreten. Sie hat die Auskunftsanträge bereits für unzulässig erachtet, soweit der Kläger das Auskunftsverlangen hinsichtlich der erzielten Einnahmen einerseits und der entstandenen Ausgaben für Steuern und Abgaben andererseits aufgespalten hat. Er könne allenfalls Auskunft zu dem mit der Verwendung der Klausel im Ergebnis erzielten Gewinn verlangen, wobei von den Einnahmen nicht nur die Steuern und Abgaben, sondern auch sonstige Zahlungen an Dritte und variable Kosten abzuziehen seien. Des Weiteren sei ihr, der Beklagten ein so genannter Wirtschaftsprüfervorbehalt zuzugestehen. Bei der von dem Kläger verlangten Auskunft handele es sich für sie um hochsensible Geschäftsgeheimnisse.

In der Sache hat die Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen in § 10 UWG bestritten. Zweifelhaft sei schon das Vorliegen einer unlauteren geschäftlichen Handlung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG. Namhafte Vertreter in der Literatur würden insoweit die Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen nur dann als mögliche Fallkonstellation zulassen, wenn die Rechtswidrigkeit der betroffenen Klausel auf Grund von Musterprozessen bereits feststehe. Ob die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB Marktverhaltensregeln darstellen, sei streitig und vom BGH in seinem Urteil vom 31. Mai 2012 (I ZR 45/11) bisher noch sehr zurückhaltend nur im Hinblick auf die Anwendung der §§ 307, 308 Nr. 1, 309 Nr. 7a BGB für den dortigen Streitfall bejaht worden.

Jedenfalls aber habe sie, die Beklagte, nicht mit Wissen und Wollen gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen. Dies setze im Anwendungsbereich des § 10 UWG auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus, was unter Berücksichtigung der so genannten Parallelwertung in der Laiensphäre nur möglich sei, wenn sich dem Handelnden die Rechtswidrigkeit seines Tuns geradezu aufdränge. Dies sei hier schon deshalb nicht der Fall, weil ihre Konzernrechtsabteilung die Nichtnutzungsgebühr

vor und nach der Abmahnung auf ihre rechtliche Wirksamkeit geprüft und diese bejaht habe. Sie, die Beklagte, habe sich der Rechtskenntnis keinesfalls durch das bloße Ignorieren der tatsächlichen Rechtslage verschlossen.

Die Beklagte hat dazu ausgeführt, dass bei ihr durch die Abmahnung vom 28. April 2011 und das Urteil des Landgerichts Kiel vom 29. November 2011 kein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit begründet worden sei. Der Zugang einer Abmahnung (die unberechtigt sein könne) führe nicht etwa regelmäßig zur Annahme bedingten Vorsatzes beim Klauselverwender. Dieser müsse die Möglichkeit haben, sich zu verteidigen, ohne die beanstandete geschäftliche Handlung aufzugeben. Dies umfasse die Möglichkeit, ein ggf. fehlerhaftes erstinstanzliches Unterlassungsurteil anzufechten. Sie, die Beklagte, habe bereits im Vorprozess eingehend ausgeführt, dass es sich bei der beanstandeten Regelung zur „Nichtnutzungsgebühr“ um eine kontrollfreie Preisvereinbarung handle, die sie nicht zur Gewinnerzielung, sondern lediglich zur Amortisation ihrer eigenen Kosten eingeführt habe. Von der Wirksamkeit der Klausel sei sie nach wie vor überzeugt. Von einem evidenten Rechtsverstoß könne keine Rede sein.

3.

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil vom 14. Mai 2014 die Beklagte verurteilt, die Verwendung der oben zitierten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand in Ziffer 7.1. ihrer AGB und im Preisverzeichnis zu unterlassen und an den Kläger die verlangte Abmahnpauschale zu zahlen. Ferner ist die Beklagte hinsichtlich des Gewinnabschöpfungsverlangens in der Auskunftsstufe verurteilt worden, Auskünfte über die Einnahmen aus der Erhebung der „Nichtnutzungsgebühr“ in der Zeit vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 sowie über die für diese Einnahmen entrichteten Steuern und Abgaben zu erteilen.

In Bezug auf die Pfandregelung hat das Landgericht ausgeführt,

dass es sich nicht um eine kontrollfreie Preisabrede handele, weil der Kunde keine konkrete Gegenleistung für seine Zahlung erhalte. Die Klausel benachteilige den Kunden unangemessen, da die Beklagte kein anerkanntes und billigenwertes Interesse an der Rücksendung der Karte habe. Sie vernichte nach ihrem eigenen Vortrag die Karten umgehend nach deren Eingang. Selbst wenn die Beklagte ihrerseits gegenüber dem jeweiligen Netzbetreiber verpflichtet sei, für eine ordnungsgemäße Vernichtung zu sorgen (was bei E-Plus unterstellt werden könne), erfordere dies nicht, dass die Beklagte von ihren eigenen Kunden die Rücksendung verlange. Auch die jeweiligen Netzbetreiber hätten kein Interesse daran, dass deaktivierte SIM-Karten zum Dienstanbieter zurückgelangen. Die Gefahr des Missbrauchs einer deaktivierten Karte sei nach den eigenen Angaben der Beklagten äußerst gering. Zudem bestehe eine Missbrauchsgefahr eher während des laufenden Vertrages als zu dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte das Pfand erst erhebe. Der verlangte Versand per Post erhöhe dabei das Risiko, dass eine SIM-Karte in unberechtigte Hände gelange.

Den Auskunftsanspruch im Rahmen des Gewinnabschöpfungsverlangens hat das Landgericht aus §§ 10 Abs. 1 UWG, 242 BGB hergeleitet. Die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen sei eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 UWG. Sie betreffe die Rechte und Pflichten im Verhältnis zu den Kunden des Unternehmens und habe daher einen Marktbezug. Die Beklagte habe die unlautere Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ im betroffenen Zeitraum vorsätzlich, insbesondere auch im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, genutzt. Der Kläger habe die Rechtslage im Abmahnschreiben vom 28. April 2011 klar und präzise verdeutlicht, so dass die Beklagte mit der weiteren Verwendung der Klausel jedenfalls bedingt vorsätzlich gehandelt habe. Ein Wirtschaftsprüfervorbehalt sei nicht aufzunehmen, weil die Beklagte nicht verurteilt werde, Belege herauszugeben oder Daten zu nennen, die als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren seien.

4.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Abweisung der Klage in vollem Umfang weiter und rügt die Verletzung materiellen Rechts.

Aus den bereits in erster Instanz dargelegten Gründen ist sie weiterhin der Auffassung, dass die streitgegenständliche Regelung über die Erhebung eines SIM-Karten-Pfandes nicht der Inhaltskontrolle unterliege und zudem jedenfalls in der jetzigen Fassung keine unangemessene Benachteiligung der Kunden beinhalte. Allenfalls Klauseln über die Pfanderhebung in einer Höhe, die weit über das berechtigte Sicherungsinteresse des Verwenders hinausgehe, würden gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoßen. Davon könne bei einem Pfand von 9,97 € schon angesichts der Kaufpreise von bis zu 10,00 €, die sie selbst pro Karte an die Netzbetreiber zu zahlen habe, keine Rede sein. Das Landgericht verweise auch zu Unrecht darauf, dass die Netzbetreiber ihrerseits kein aner kennenswertes Interesse an der Kartenrückgabe an sie, die Beklagte, hätten. Von ihr könne nicht erwartet werden, dass sie sehenden Auges ihre im Verhältnis zum Netzbetreiber wirksamen Verpflichtungen verletzen müsse, obwohl die Zusammenarbeit für sie essentiell sei.

Im Hinblick auf das Gewinnerschöpfungsverlangen verneint die Beklagte weiterhin das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen in § 10 UWG. Das Landgericht habe die Annahme, die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB seien Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG, nicht einmal begründet, obwohl die Oberlandesgerichte Bremen und Köln dies in drei Urteilen aus den Jahren 2006 bis 2008 verneint hätten. Jedenfalls aber habe sie, die Beklagte, nicht vorsätzlich – im Sinne eines aktuellen Unrechtsbewusstseins und der zutreffenden Einordnung als Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung – gehandelt. Im Abmahnschreiben vom 28. April 2011 habe der Kläger die Rechtslage nicht etwa klar und präzise mit dem Inhalt dargestellt, der der späteren

Argumentation des Senats im Urteil vom 3. Juli 2012 entspreche. Ein Unternehmen dürfe nicht gezwungen werden, auf jede Abmahnung vorsorglich seine Geschäftsbedingungen zu ändern, obwohl es von deren Wirksamkeit überzeugt sei. Der Vorwurf bedingten Vorsatzes sei erst dann gerechtfertigt, wenn die Rechtswidrigkeit der verwendeten Klausel aufgrund eines Musterprozesses feststehe und dies dem Unternehmer bei der Verwendung bekannt sei.

Ferner rügt die Beklagte, das Landgericht habe keine Feststellungen im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Gewinnerzielung „zulasten einer Vielzahl von Abnehmern“ getroffen. Sie beanstandet zudem, dass das Landgericht ihr allenfalls habe aufgeben dürfen, Auskunft über den im Ergebnis erzielten Gewinn aus der Erhebung der betroffenen Gebühr zu erteilen. Etwas anderes als die Abschöpfung des Gewinns – bei dem nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG nicht nur die Steuern und Abgaben zu berücksichtigen seien – sei in § 10 UWG nicht vorgesehen. Schließlich habe das Landgericht zumindest einen Wirtschaftsprüfervorbehalt aufnehmen müssen. Sie habe bereits in der Klageerwiderung „unbestritten vorgetragen, dass es sich bei der von dem Kläger vorliegend begehrten Auskunft um hochsensible Geschäftsgeheimnisse der Beklagten“ handele. Wegen der weiteren Ausführungen der Beklagten im Berufungsverfahren wird auf die Berufungsbegründung vom 21. August 2014 und den Schriftsatz vom 18. Februar 2015 Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen,

hilfsweise, den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Kiel zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Auf die Berufungserwiderung vom 12. Januar 2015 wird ebenfalls Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet. Die Klage ist in vollem Umfang zulässig und begründet.

1.

Die Unterlassungsklage ist zulässig nach §§ 5 ff. UKlaG. Der Kläger ist unstreitig anspruchsberechtigte Stelle nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und 4 UKlaG. Die Klage ist begründet, weil dem Kläger in Bezug auf die streitgegenständliche Regelung über das SIM-Karten-Pfand ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG zusteht.

Der Unterlassungsanspruch setzt voraus, dass die Beklagte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Auf die Frage der Unwirksamkeit bezieht sich der Streit der Parteien. Die für den Unterlassungsanspruch zudem erforderliche Wiederholungsgefahr ist hingegen ohne Weiteres festzustellen, da die Beklagte die beanstandeten Bestimmungen zum SIM-Karten-Pfand weiterhin verwendet und zur Unterlassung, insbesondere zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, nicht bereit ist.

Für die Inhaltskontrolle gilt neben den besonderen Klauselverboten in §§ 308, 309 BGB, die hier nicht einschlägig sind, die Regelung in § 307 BGB. Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine

Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (Ziffer 1) oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (Ziffer 2). Gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB findet eine Inhaltskontrolle jedoch grundsätzlich nur statt bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

Nach diesem Maßstab ist die Entscheidung des Landgerichts über die Unterlassungsklage nicht zu beanstanden. Die beanstandeten Klauseln über die Erhebung und die Höhe des SIM-Karten-Pfandes unterliegen der Inhaltskontrolle (a.) und sind auch in der jetzigen Fassung unwirksam (b.). Dementsprechend ist die Beklagte ferner zu Recht zur Zahlung der Abmahnpauschale verurteilt worden (c.).

a.

Die beanstandeten Klauseln zum SIM-Karten-Pfand beinhalten eine der Inhaltskontrolle unterliegende Regelung, durch die von Rechtsvorschriften abgewichen wird bzw. diese ergänzt werden.

Die Beklagte kann die Kontrollfreiheit nicht mit Erfolg daraus herleiten, dass es ihr unbenommen sei, für die unstreitig in ihrem Eigentum stehende SIM-Karte ein Pfand zu erheben. Die Zahlung eines Geldbetrages, um eine Herausgabepflicht aus Eigentum oder Vertrag abzusichern, sieht das Gesetz gerade nicht vor. Auch wenn ein Kunde verpflichtet ist, einen ihm überlassenen Gegenstand nach Vertragsende zurückzugeben, ist damit nicht schon nach der gesetzlichen Regelung die Pflicht zur Zahlung eines Pfandes verbunden. Ob es der Beklagten gleichwohl unbenommen ist, dem Kunden durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eine solche Pflicht aufzuerlegen, ist erst im Rahmen der Inhaltskontrolle zu überprüfen.

Der BGH hat in seiner mittlerweile gegenüber einem anderen Mobilfunkanbieter ergangenen Entscheidung zum SIM-Karten-Pfand vom 9. Oktober 2014 (III ZR 32/14, NJW 2015, S. 328 ff.) im Übrigen nicht einmal die Frage aufgeworfen, ob die betroffene Klausel der Inhaltskontrolle unterliege, sondern sogleich Ausführungen zur unangemessenen Benachteiligung des Kunden gemacht.

b.

Die vom Kläger beanstandeten Klauseln in Ziffer 7.1 der AGB der Beklagten sowie im Preisverzeichnis halten der Inhaltskontrolle auch in der aktuellen Fassung nicht stand.

Anders als bei der so genannten „Pfandgebühr“ in der früheren Fassung hat die Beklagte zwar nun klargestellt, dass der Kunde das Pfand selbst bei verspäteter Kartenrückgabe erstattet erhält, so dass die Wirksamkeit nicht schon an dem speziellen Klauselverbot in § 309 Nr. 5 BGB (pauschalierter Schadensersatz) scheitert. Im Urteil vom 3. Juli 2012 (2 U 12/11) konnte der Senat noch dahinstehen lassen, ob die Beklagte überhaupt ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der verwendeten SIM-Karten hat und ob die Durchsetzung der Rückgabepflicht mittels eines Pfandes zulässig ist. Auf diese Frage kommt es für die jetzt streitgegenständliche Neufassung der AGB hingegen entscheidend an. Sie ist dahin zu entscheiden, dass auch die Erhebung eines zu erstattenden Kartenpfandes den Kunden im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unangemessen benachteiligt.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 9. Oktober 2014 (a. a. O.) zwar zunächst klargestellt, dass Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Gestellung von Sicherheiten für die Forderungen des Verwenders beinhalten, nicht von vornherein zu beanstanden seien. Solche Klauseln würden jedoch dann eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners darstellen, wenn die Höhe der Sicherheit über das zu sichernde Interesse erheblich hinausgehe. So liegt es auch hier.

Die Beklagte hat – noch in Bezug auf das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10. Januar 2013, das letztlich vom OLG Frankfurt und vom BGH bestätigt worden ist – allerdings geltend gemacht, der dortige Sachverhalt sei grundlegend anders gelagert. Das von dem betroffenen Mobilfunkanbieter verlangte Pfand sei etwa drei Mal so hoch wie der von ihr erhobene Betrag von 9,97 €, und die Klausel sei in dem Fall des Landgerichts Frankfurt auch an § 309 Nr. 5a BGB zu messen gewesen. Durchgreifende Unterschiede bestehen jedoch im Ergebnis nicht. Auch die von der Beklagten verwendete Pfandklausel benachteiligt die Kunden unangemessen.

Zunächst ist zu betonen, dass der BGH gerade nicht offen gelassen hat, ob der Mobilfunkanbieter ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der verwendeten SIM-Karten hat und die Durchsetzung der Rückgabepflicht mittels eines Pfandes zulässig ist. Obwohl das Kartenpfand im dort zu entscheidenden Fall zusätzlich als pauschalierter Schadensersatz einbehalten wurde, hat der BGH vielmehr in erster Linie darauf abgestellt, dass schon die Erhebung des Kartenpfandes als solche nicht durch ein anzuerkennendes Interesse der Klauselverwenderin gerechtfertigt sei.

Dies gilt gleichermaßen für den im Fall des Landgerichts Frankfurt bzw. des BGH verlangten Betrag von 29,65 € wie für das von der Beklagten erhobene Pfand in Höhe von 9,97 €. Da die Beklagte überhaupt kein Sicherheitsinteresse hat, geht auch die Höhe einer Sicherheit von 9,97 € (oder noch weniger) jedenfalls erheblich über das zu sichernde Interesse hinaus.

(1)

Die Beklagte hat zunächst ersichtlich kein Interesse an der Rückerlangung der gebrauchten SIM-Karten unter dem Gesichtspunkt, dass sie diese noch verwenden oder sonst etwas damit anfangen könnte. Es ist unstrittig, dass sie die an sie zurückgesandten SIM-Karten an ihrem Standort E. durch Mitarbeiter ihrer dortigen Poststelle fachgerecht vernichten

und entsorgen lässt, und zwar nach ihrem eigenen Vortrag unmittelbar nach Eingang.

Im Hinblick auf den unstreitigen Sachverhalt ist es für die Rückgabepflicht und die Bemessung eines Pfandes ersichtlich irrelevant, dass die Beklagte ihrerseits an die Netzanbieter Kaufpreise von bis zu 10,00 € für die SIM-Karten zahlen muss, um sie dann ihren Kunden zur Verfügung stellen zu können. Die ihr gegenüber den Netzbetreibern entstehenden Kosten refinanziert die Beklagte über die von den Kunden an sie zu zahlenden Entgelte. Die Rücksendung der SIM-Karten nach Vertragsende ist zur Refinanzierung von vornherein ungeeignet, weil die Beklagte mit Hilfe der gebrauchten Karten keine Einnahmen mehr erzielen kann. Ihr entstehen vielmehr zusätzliche Kosten für die Entsorgung.

(2)

Ein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der Karten kann die Beklagte auch nicht daraus herleiten, dass sie auf diese Weise den Missbrauch deaktivierter SIM-Karten verhindern wolle. Ein derartiges Risiko, das mehr als nur theoretischer Natur wäre, hat die Beklagte nicht dargelegt.

Der Justitiar der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26. März 2014 selbst erklärt, dass ihm kein Fall bekannt sei, in dem bisher aufgrund einer missbräuchlichen Verwendung einer deaktivierten SIM-Karte ein Schaden entstanden sei. Die Beklagte hat kein konkretes Szenario dargestellt, bei dem ein Schaden auch nur gedroht hat. Es trifft zwar im Ansatz zu, dass auch ein eher geringes reales Schadensrisiko ein Sicherheitsinteresse begründen kann, wenn der drohende Schaden groß ist. Rein hypothetische Erwägungen genügen dafür aber nicht.

Im Übrigen erstaunt es, wenn die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht einmal hat sagen können, ob sie in den Kündigungsbestätigungsschreiben, die sie ihren

Kunden zusendet, auf die Pflicht zur Rückgabe der SIM-Karte hinweist. Wenn ihr die Rücksendung wirklich wichtig wäre, wäre die Aufnahme eines fett gedruckten Hinweises in der Kündigungsbestätigung die primäre und aus ihrer eigenen Sicht unverzichtbare Maßnahme, über die die Rechtsabteilung Kenntnis haben müsste. Die Beklagte würde jedenfalls nicht allein darauf vertrauen, dass der Kunde eine Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und im Preisverzeichnis gelesen und auch noch bei Vertragsende verinnerlicht hat, wenn die Rückerlangung der Karte für sie von elementarer Bedeutung wäre. Die nachträgliche Zahlung eines Betrages von 9,97 € durch den Kunden ist jedenfalls weit weniger Erfolg versprechend für die Durchsetzung der Rückgabe der SIM-Karte als rechtzeitige Hinweise, die die Beklagte gezielt erteilen müsste.

Wenn es für die Beklagte auf die Rückerlangung der SIM-Karte entscheidend ankäme, läge es überdies näher, dies durch ein Pfand zu Vertragsbeginn abzusichern, was für die Beklagte aber den Nachteil hätte, dass eine zusätzliche Zahlungspflicht zu Vertragsbeginn am Markt schwer durchzusetzen wäre. Jedenfalls ist es erkennbar nicht plausibel, wenn die Beklagte die Auffassung vertritt, die Missbrauchsgefahr sei während des laufenden Vertrages geringer als nach der Deaktivierung der Karte.

Sie kann sich insoweit nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie während des laufenden Vertragsverhältnisses stets über die aktuelle Adresse des Kunden verfüge, während dies nach Beendigung des Vertrages nicht mehr der Fall sei. Bei normalem Verlauf der Dinge kann der Verbleib eines Kunden, dessen Personalien und letzte Anschrift bekannt sind, auch nach Vertragsende unproblematisch ermittelt werden, während ein zum Missbrauch bereiter Kunde sich auch während des laufenden Vertragsverhältnisses nicht zuverlässig an die Pflicht zur Mitteilung aktueller Daten halten wird. Die Gefahr eines Missbrauchs durch andere Personen als den Kunden selbst wird

im Übrigen durch den von der Beklagten verlangten Versand per Post sogar noch erhöht.

Insgesamt drängt sich der Eindruck auf, dass durch das SIM-Karten-Pfand eine zusätzliche Zahlung der Kunden ohne zusätzliche Leistung der Beklagten erreicht werden soll. Dem liegt die realistische Erwartung zugrunde, dass Kunden sich in einer Vielzahl von Fällen nicht wegen eines Betrages von 9,97 € die (wenn auch sicherlich nicht große) Mühe machen, die Vertragsbedingungen der Beklagten herauszusuchen, ihre Rechte in Bezug auf das Pfand nachzulesen und sich um die Rücksendung der SIM-Karte per Post zu kümmern. Die Annahme, dass viele Kunden die in der Regel per E-Mail versandten Abrechnungen nicht genau durchsehen und diese nur bei noch höheren und auffälligeren Zusatzbeträgen nachprüfen, liegt ebenfalls auf der Hand.

(3)

Die Beklagte kann schließlich kein berechtigtes Interesse an der Kartenrücksendung darauf stützen, dass sie selbst gegenüber den Netzanbietern zur Rückerlangung der SIM-Karten vertraglich verpflichtet sei.

Dabei kann zunächst dahinstehen, welche Vereinbarungen in den Verträgen der Beklagten mit den jeweiligen Anbietern genau enthalten sind. Die einzige unstreitige Bestimmung (Netzbetreiber E-Plus) geht dahin, dass die SIM-Karte „bei Beendigung des Vertragsverhältnisses durch den Kunden umweltgerecht zu entsorgen oder auf Verlangen an EPS zurückzugeben“ sei. Es bedarf aber keiner näheren Aufklärung dazu, welche Verpflichtungen die Beklagte im Einzelnen eingegangen ist. Auch wenn gegenüber einem oder mehreren Netzanbietern eine Pflicht zur Einziehung gebrauchter SIM-Karten bestehen sollte, hätte dies nicht die Konsequenz, dass die Beklagte ihrerseits gegenüber den Kunden das verlangte Pfand erheben darf.

Selbst wenn die Beklagte in die Gefahr einer Vertragspflichtverletzung gegenüber einem Netzbetreiber geraten sollte, würden die zwischen den Unternehmen vereinbarten Bestimmungen nicht dazu führen, dass die Beklagte gegenüber dem Endkunden die Rückgabepflicht mittels Erhebung eines SIM-Karten-Pfandes durchsetzen darf. Die Netzbetreiber haben ihrerseits kein berechtigtes Interesse an der Rückerlangung der Karten, und die Beklagte könnte die Risiken aus einer etwaigen, von ihr gleichwohl eingegangenen Verpflichtung nicht auf die Verbraucher abwälzen.

Im Übrigen trifft es ersichtlich nicht zu, dass die Beklagte im Verhältnis zu den Netzbetreibern ein weiter gehendes Risiko trägt als die theoretische Gefahr einer Haftung im Falle des Kartenmissbrauchs trotz Deaktivierung. Wenn die Netzbetreiber Telekom, O2, E-Plus oder Vodafone der Kartenrückgabe so große Bedeutung beimessen würden, dass die Beklagte sie gegenüber Verbrauchern mit allen Mitteln durchsetzen müsste, würden sie in ihren eigenen Verträgen mit Verbrauchern ebenfalls Pfandklauseln verwenden. Dies ist aber unstreitig nicht der Fall. Der Kläger hat ausdrücklich neben der Beklagten nur einen weiteren so genannten Reseller (mit dessen Fall der BGH befasst war) als Verwender einer Pfandklausel benannt. Die Beklagte hat selbst nicht geltend gemacht, dass Bestimmungen über das Kartenpfand bei einem anderen benannten Mobilfunkanbieter – Reseller oder Netzanbieter – Verwendung finden würden.

Im Übrigen ist auch insoweit erstaunlich, dass die Beklagte trotz der aus ihrer Sicht existenziellen Gefahr eines Vertragsbruchs gegenüber den Netzbetreibern nicht etwa eine mit der Rechtsabteilung abgestimmte möglichst sichere Vorgehensweise zur Einziehung der Karten verfolgt. Stattdessen konnte sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht einmal erklären, ob in ihren Kündigungsbestätigungsschreiben überhaupt auf die Pflicht zur Rückgabe der SIM-Karte hingewiesen wird.

c.

Der Anspruch des Klägers auf Zahlung der Pauschale für vorgerichtliche Abmahnkosten folgt aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG. Die Höhe der erhobenen Pauschale von 214,00 € ist angemessen. Der Ausspruch zu den Zinsen ergibt sich aus §§ 288, 291 BGB.

2.

Die gemäß § 254 ZPO zulässige Stufenklage zum Gewinnabschöpfungsverlangen hat das Landgericht zu Recht in der ersten Stufe für begründet erachtet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Auskunftsanspruch zu, damit er in die Lage versetzt werden kann, den gegen die Beklagte bestehenden Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG zu beziffern.

Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann gemäß § 10 Abs. 1 UWG von den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 – 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs berechtigten Personen auf Herausgabe des erzielten Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Dabei ist allgemein anerkannt, dass mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch auch ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB einhergeht (vgl. nur Senat, MMR 2013, S. 579 ff., m. w. N.).

Der Kläger ist befugt zur Durchsetzung des Anspruchs aus § 10 Abs. 1 UWG, weil er als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG zu den Klageberechtigten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG gehört. Auch die weiteren Voraussetzungen für den geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruch liegen vor. Mit der Verwendung der unwirksamen Klausel über die Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012 hat die Beklagte eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen (a.). Dies geschah im

gesamten genannten Zeitraum vorsätzlich im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG (b.), und die Beklagte hat dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt (c). Schließlich ist die konkrete Ausgestaltung der Auskunftspflichtung im angefochtenen Urteil nicht zu beanstanden (d.).

a.

Unlautere geschäftliche Handlungen sind gemäß § 3 Abs. 1 UWG unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. In § 4 UWG sind Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen genannt. Nach Nr. 11 der Vorschrift handelt unlauter insbesondere, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 26. März 2013 (2 U 7/12 = MMR 2013, S. 579 ff.) entschieden, dass die Bestimmungen der §§ 307 bis 309 BGB Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG darstellen. Die von der Beklagten dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH zurückgewiesen. Der Senat hält an seiner Auffassung fest.

Der BGH hat die Einordnung der §§ 307 ff. BGB als Marktverhaltensregelungen zwar in seinem Urteil vom 31. Mai 2012 (I ZR 45/11, NJW 2012, S. 3577 ff.) selbstverständlich nur in Bezug auf den dort zu entscheidenden Fall vorgenommen. § 4 Nr. 11 UWG wurde „jedenfalls im Hinblick auf die Anwendung der Klauselverbote der §§ 307, 308 Nr. 1 und 309 Nr. 7a BGB auf die im Streitfall verwendeten Geschäftsbedingungen“ für anwendbar erachtet. Zur Begründung heißt es, die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen widerspreche regelmäßig den Erfordernissen fachlicher Sorgfalt, und die in Rede stehenden Verstöße gegen §§ 307, 308 Nr. 1 und 309 Nr. 7a BGB seien auch geeignet, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen (BGH, a. a.

0.).

Es liegt auf der Hand, dass nicht nur die für den entschiedenen Einzelfall maßgeblichen Klauselverbote dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und damit unter § 4 Nr. 11 UWG fallen. Jedenfalls aber ergibt die Unwirksamkeit der Bestimmung über die von der Beklagten erhobene „Nichtnutzungsgebühr“ sich gerade aus einem der vom BGH aufgezählten Klauselverbote, nämlich aus § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Das darunter fallende Verbot, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ein gesondertes Entgelt zu erzielen, ohne selbst irgendeine Gegenleistung zu erbringen, ist jedenfalls dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.

Im Übrigen wird in der Literatur überwiegend davon ausgegangen, dass die §§ 307 ff. BGB allgemein Marktverhaltensregelungen im Interesse der Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG seien (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage, § 1 UKlaG Rn. 14, § 4 UWG Rn. 11.156f, m. w. N.; Ohly in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6. Auflage, § 4 Rn. 11/78). Soweit die Beklagte sich für ihren Standpunkt auf die von Ohly, a. a. O., noch in der 5. Auflage vertretene Auffassung beruft, ist dies mit den Erwägungen des BGH im Urteil vom 31. Mai 2012 ebenso überholt wie die in der Berufungsbegründung zitierten obergerichtlichen Entscheidungen aus den Jahren 2006 bis 2008.

Ob es für die Anwendbarkeit des § 10 UWG auf den formalen Umstand ankommt, dass die Unwirksamkeit der betroffenen Klausel schon vor der Verwendung durch den jeweiligen Unternehmer „auf Grund von Musterprozessen“ festgestanden hat, ist dementsprechend allenfalls für die Frage des Vorsatzes im Einzelfall zu erörtern.

b.

Die Beklagte hat mit der Verwendung der Klausel über die Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ in dem Zeitraum, der Gegenstand des Auskunftsverlangens ist, vorsätzlich gegen § 307 BGB verstoßen.

Vorsatz im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG liegt nicht nur vor, wenn der Klauselverwender weiß, dass er den Tatbestand des § 3 UWG verwirklicht, und dies auch will („Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs“). Dies wäre etwa in der von der Beklagten allein als möglicherweise ausreichend anerkannten Konstellation der Fall, dass die Rechtswidrigkeit der verwendeten Klausel aufgrund eines Musterprozesses feststeht und dies dem Unternehmer bei der Verwendung bekannt ist.

Zur Anwendung des § 10 Abs. 1 UWG genügt vielmehr bedingter Vorsatz, so dass es ausreicht, wenn der Verwender die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (vgl. nur Senat, MMR 2013, S. 579 ff., m. w. N.). Bedingt vorsätzlich handelt, wer sein Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist (Senat, a. a. O., m. w. N.). Dabei ist es entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erforderlich, dass der Klauselverwender die §§ 307 ff. BGB zutreffend als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG einordnet. Entscheidend ist nicht die juristisch korrekte Subsumtion, sondern die Einsicht des Klauselverwenders, dass er sich gegenüber Verbrauchern auf unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen beruft. Dies beinhaltet zugleich die Erkenntnis der Unlauterkeit.

Die Beklagte hat die Klausel über die „Nutzungsgebühr“ in der streitgegenständlichen Zeit vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 mit mindestens bedingtem Vorsatz hinsichtlich des Verstoßes gegen § 3 UWG verwendet. Jedenfalls aufgrund des Abmahnschreibens vom 28. April 2011 konnte sie sich nicht mehr der Erkenntnis verschließen, dass die Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ unwirksam und deren Verwendung unlauter

ist.

Zwar trifft es zu, dass eine Abmahnung nicht zwangsläufig und in allen Fällen diese Folge hat. Abmahnungen können auch unberechtigt sein, und zwar selbst bei sorgfältiger Prüfung durch eine qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG. In zweifelhaften Rechtsfragen kann es aus Sicht eines Verbraucherschutzvereins sinnvoll sein, für Klarheit zu sorgen und zu diesem Zweck das Risiko einzugehen, im Unterlassungsrechtsstreit zu unterliegen und die entsprechenden Kosten zu tragen. Wenn der Klauselverwender in derartigen Fällen bei ebenfalls sorgfältiger Prüfung und unter Berücksichtigung der Argumentation der abmahnenden Institution zu dem Ergebnis kommt, dass die Klausel wirksam sei, kann er sie während des laufenden Abmahnverfahrens und eines anschließenden Rechtsstreits weiter verwenden, ohne das zusätzliche Risiko der Gewinnabschöpfung zu tragen.

Dem trägt offensichtlich auch der Kläger Rechnung. So hat er im Hinblick auf die „Pfandgebühr“, die der Senat im selben Urteil wie die „Nichtnutzungsgebühr“ für unzulässig erklärt hat, kein Gewinnabschöpfungsverfahren eingeleitet. Auch im Übrigen kommt es nach den Erfahrungen des Senats selten vor, dass auf eine erfolgreiche Unterlassungsklage ein Gewinnabschöpfungsverfahren folgt. Hinsichtlich der „Nichtnutzungsgebühr“ hat der Kläger diesen Weg jedoch zu Recht beschritten.

Die Klausel ist evident unwirksam, und es entbehrt jeder Grundlage, wenn die Beklagte erklärt, sie sei immer noch von deren Wirksamkeit überzeugt. Schon im Abmahnschreiben vom 28. April 2011 hat der Kläger der Beklagten zutreffend erläutert, dass mit der „Nichtnutzungsgebühr“ faktisch eine zusätzliche Grundgebühr erhoben werde, obwohl dem Gewinnerzielungsinteresse der Beklagten bereits mit dem monatlichen Grundbetrag von 14,95 € Rechnung getragen werde. Es musste sich der Beklagten geradezu aufdrängen, dass sie dem Kunden keine zusätzliche Zahlung abverlangen durfte, ohne dass

sie selbst irgendeine zusätzliche Leistung erbrachte oder der Kunde seinerseits gegen Vertragspflichten verstieß. Dass der Kunde durch den Abschluss eines Mobilfunkvertrages und die Zahlung einer monatlichen Grundgebühr nur das Recht zum Telefonieren erwirbt, nicht aber dazu verpflichtet wird, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Wenn die Beklagte sich darauf beruft, dass sie die betroffene Klausel durch ihre Konzernrechtsabteilung habe prüfen lassen, spricht dies jedenfalls nicht gegen ihren Vorsatz, sondern eindeutig dafür. Dass die formularmäßige Erhebung einer zusätzlichen Gebühr für die Nichtinanspruchnahme einer Leistung gegen grundlegende zivilrechtliche Prinzipien verstößt, kann keinem Juristen entgangen sein.

Es handelt sich auch nicht um einen Fall, in dem andere Gerichte oder zumindest Stimmen in der Literatur erwägenswerte Argumente für die Wirksamkeit der konkreten Klausel hervorgebracht haben. Die Beklagte selbst hat sich im Unterlassungsrechtsstreit im Wesentlichen mit dem fernliegenden Argument verteidigt, die Klausel unterliege nicht der Inhaltskontrolle. Eine ernst zu nehmende Rechtfertigung in der Sache ist nicht erfolgt. Wenn die Beklagte ein Preismodell verwirklichen will, das aktive Nutzer gegenüber passiven bevorzugt, mag sie den aktiven Nutzern auf den Grundpreis Rabatte gewähren und dies unter Offenlegung aller Preiskomponenten am Markt durchsetzen.

Dass die Beklagte die Verwendung der Klausel über die „Nichtnutzungsgebühr“ überhaupt nicht von Erkenntnissen über deren Unwirksamkeit abhängig gemacht hat, folgt im Übrigen aus ihrem Verhalten nach dem Urteil des Landgerichts Kiel vom 29. November 2011. Wenn die Beklagte es bei ihrer „Prüfung“ überhaupt in Erwägung gezogen hätte, die Verwendung einer unwirksamen Klausel zu unterlassen, hätte sie den Passus über die „Nichtnutzungsgebühr“ schon aufgrund der klaren und deutlichen Worte des Landgerichts aus ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen genommen, statt dafür den Ausgang des

Berufungsverfahrens abzuwarten.

c.

Die Beklagte hat mit der Verwendung der betroffenen Klausel einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt.

Der Gewinn folgt aus der Zahlung der „Nichtnutzungsgebühren“, die die Beklagte aufgrund der unwirksamen Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen von den einzelnen Kunden verlangt und vereinnahmt hat, ohne jeweils eine Gegenleistung zu erbringen. Es handelt sich um einen typischen so genannten „Streuschaden“, dem mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG begegnet werden soll und der sich durch die Schädigung einer Vielzahl von Abnehmern bei gleichzeitiger geringer Schadenshöhe im Einzelfall auszeichnet (vgl. Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 3, 4).

Dass die Beklagte als Großunternehmen mit Milliardenumsatz die betroffene Klausel in einem Zeitraum von über einem Jahr gegenüber einer Vielzahl von Kunden verwendet hat, bedarf keiner näheren Ausführungen. In welchem Umfang es tatsächlich zur Zahlung der „Nichtnutzungsgebühr“ in Höhe von jeweils 4,95 € gekommen ist, muss erst in der Zahlungsstufe näher festgestellt werden. Dass die Erhebung der Gebühr für die Beklagte jedenfalls nicht ohne praktische Bedeutung gewesen ist, ergibt sich schon aus ihrem eigenen Vorbringen, mit dem sie in jeweils zwei Instanzen der Unterlassungsklage und dem Gewinnabschöpfungsverlangen entgegengetreten ist.

d.

Schließlich ist auch die genaue Ausgestaltung des Tenors in der Auskunftsstufe nicht zu beanstanden.

Die Beklagte macht zunächst zu Unrecht geltend, das Landgericht habe ihr allenfalls aufgeben dürfen, Auskunft über den im Ergebnis erzielten Gewinn aus der Erhebung der betroffenen Gebühr zu erteilen. Zwar ist der Anspruch aus § 10

UWG ausdrücklich nur auf die Herausgabe des „Gewinns“ gerichtet, wobei nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG die Leistungen anzurechnen sind, die der Schuldner auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Es ist aber nicht Sache der Beklagten, die Ermittlung des letztlich abzuschöpfenden Gewinns selbst vorzunehmen und dem Kläger in der Auskunftsstufe nur das Ergebnis ihrer eigenen Berechnungen mitzuteilen.

Vielmehr muss der Kläger in die Lage versetzt werden, anhand der Mitteilungen der Beklagten über die Einnahmen einerseits und die mit der Zuwiderhandlung verbundenen Ausgaben andererseits selbst den Anspruch zu ermitteln, der letztlich in der Zahlungsstufe geltend gemacht wird. Wenn die Beklagte lediglich den nach ihren Vorstellungen und ihrer Rechtsauffassung ermittelten Gewinn mitteilen müsste, wäre dem Kläger jede Nachprüfung der einzelnen Parameter unmöglich. Erst in der Zahlungsstufe ist zu berechnen, welcher Gewinn sich nach Maßgabe des § 10 UWG auf der von der Beklagten mitzuteilenden Tatsachengrundlage ergibt.

Wenn die Beklagte dabei neben Steuern und Abgaben weitere Ausgaben im Zusammenhang mit der „Nichtnutzungsgebühr“ berücksichtigt wissen will, ist es ihr unbenommen, dem Kläger auch diese mitzuteilen. Es dürfte allerdings in der Natur der Sache liegen, dass mit der Erhebung einer „Nichtnutzungsgebühr“ gerade keine weiteren Ausgaben des Klauselverwenders verbunden sein können, weil er keine Leistung erbringt. Auch wenn es darauf für die Entscheidung in der Auskunftsstufe nicht ankommt, wird die Beklagte vorsorglich bereits darauf hingewiesen, dass jedenfalls nicht die Gewinne abzusetzen sind, die ihr entstanden wären, wenn die jeweils betroffenen Kunden kostenpflichtig telefoniert hätten. Die Beklagte hatte überhaupt keinen Anspruch auf eine intensive Telefonnutzung durch ihre Kunden.

Das Landgericht hat schließlich zu Recht davon abgesehen, einen so genannten Wirtschaftsprüfervorbehalt zu Gunsten der

Beklagten aufzunehmen mit der Folge, dass sie die Auskünfte nur einem vom Kläger zu bezeichnenden Wirtschaftsprüfer erteilen müsste. Wenn die Angabe bestimmter Daten lediglich erforderlich ist, um die Richtigkeit und Vollständigkeit einer Auskunft überprüfen zu können, kann das Gericht zwar nach ständiger Rechtsprechung des BGH – auf Antrag oder von Amts wegen – einen solchen Vorbehalt in das Urteil aufnehmen (vgl. nur Köhler, a. a. O., § 9 UWG Rn. 4.19, 4.20, m. w. N.). Ein Wirtschaftsprüfervorbehalt kommt aber nur in Betracht, wenn dem Auskunftsanspruch deutlich höhergewichtige Belange des Auskunftspflichtigen gegenüberstehen (Köhler, a. a. O., m. w. N.). Der Verletzer muss dabei die für den Vorbehalt sprechenden Umstände, zum Beispiel die Gefahr einer unlauteren Nutzung der erlangten Informationen, darlegen und beweisen.

Die Beklagte hat hingegen nur formelhaft vorgetragen, dass es sich für sie „bei der von dem Kläger vorliegend begehrten Auskunft um hochsensible Geschäftsgeheimnisse“ handele. Tatsachen dazu sind nicht mitgeteilt worden und existieren auch ersichtlich nicht. Im konkreten Fall soll die Beklagte nur die im genannten Zeitraum erzielten Einnahmen aus „Nichtnutzungsgebühren“ und die damit verbundenen Steuern und Abgaben benennen. Die Auskunft ist also eng auf den Bereich der unlauteren Klauselnutzung beschränkt und nicht mit dem Fall der Rücklastschriftpauschale zu vergleichen, über die der Senat im Urteil vom 26. März 2013 (MMR 2013, S. 579 ff.) zu entscheiden hatte. Abgesehen davon, dass der Ausspruch eines Wirtschaftsprüfervorbehalts bereits im Antrag des dortigen Klägers enthalten war, gab es auch erkennbare Geheimhaltungsinteressen bei der Beklagten. Für den abgrenzbaren Bereich der „Nichtnutzungsgebühr“ muss die Beklagte indes keine Auskünfte erteilen, die auch in erheblichem Umfang ihr lauterer Geschäftsgebaren betreffen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus

§§ 708 Nr. 10, 713 ZPO i. V. m. § 26 Nr. 8 EGZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO bestehen nicht. In Bezug auf die Klausel zum SIM-Karten-Pfand sind die grundsätzlichen Fragen durch das Urteil des BGH vom 9. Oktober 2014 (III ZR 32/14) geklärt. Für die Entscheidung über das Gewinnabschöpfungsverlangen des Klägers bedarf es entgegen der Auffassung der Beklagten keiner höchstrichterlichen Klärung, ob die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB „immer auch Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG“ sind. Wie bereits ausgeführt, sind die Erwägungen des BGH im Urteil vom 31. Mai 2012 (I ZR 45/11) jedenfalls auch für die Verwendung der betroffenen Klausel über eine „Nichtnutzungsgebühr“ einschlägig. Ob die Beklagte vorsätzlich die unwirksame Klausel verwendet hat, ist ohnehin eine Frage des Einzelfalls.