



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

3 U129/08
312 O 196/08

In dem Rechtsstreit

Verkündet am:
1. Juli 2010

Justizfachangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle.

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand Klaus Müller,
Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte: **Rechtsanwälte Haase & Lieberknecht pp.**
Schäferstraße 1, 40479 Düsseldorf,
(Gz. H-03-16/08 Vo)

gegen

callmobile GmbH & Co. KG,
vertreten durch die callmobile Verwaltungs GmbH, diese wiederum
vertreten durch deren Geschäftsführer Joachim Preisig, Oliver Steil
und Timo Voswinckel,
Kieler Straße 131, 22769 Hamburg,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:



hat das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, 3. Zivilsenat, durch die Richter

auf die Berufungsverhandlung vom 1. April 2010 für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 10. Juni 2008, Az. 312 O 196/08, wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung fallen der Klägerin zur Last.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus diesem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor Beginn der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gegen dieses Urteil wird die Revision nicht zugelassen.

A.

Die Klägerin hat die Beklagte aus AGB- und Wettbewerbsrecht auf Unterlassung sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Höhe von € 200,00 nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Die Klägerin ist die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., eine Verbraucherorganisation, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben die Wahrnehmung der Rechte sowie der Schutz der Interessen der Verbraucher gehört (Anlage K 1).

Die Beklagte ist ein bundesweit tätiges Unternehmen im Bereich der Telekommunikation. Sie bietet u.a. Prepaid-Karten an, mit denen Zugang zum Mobilfunknetz gewährt wird. Im Gegensatz zum sogenannten Mobilfunkvertragsmodell werden beim Prepaid-Vertrag die Gesprächskosten vom Kunden im Voraus in Form eines festen, vom Kunden abzutelefonierenden Guthabenbetrages bezahlt. Der Kunde hat nach Verbrauch seines Guthabens die Möglichkeit, dieses wieder aufzuladen. Dies kann durch den Kauf einer Prepaid-Karte und die Eingabe der hierauf gedruckten individuellen Geheimnummer oder durch die Überweisung eines bestimmten Betrages auf „sein“ Guthabenkonto geschehen.

Die Beklagte verwendet Allgemeine Geschäftsbedingungen (Anlage K 3). Darüber hinaus verwendet sie eine Preisliste (Anlage K 4), in der es auf Seite 3 heißt:

„Rückzahlung des Guthabens bei Kündigung einmalig	6,-
---	-----

Preise in € und inkl. USt.“

In der Preisliste wird der dort von der Beklagten angebotene Tarif „clever & frei“ mit den Schlagworten „Keine Grundgebühr“ und „Keine Vertragsbindung“ beworben. Unter der Überschrift „Monatliche Gebühren“ finden sich folgende Regelungen:

	„Preis in €
Monatliche Grundgebühr ²	0,00
Monatlicher Mindestumsatz ²	0,00“

In dem Text, auf den mithilfe der Fußnote verwiesen wird, heißt es dazu:

„² Gemäß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird ein Nutzungsaufkommen von € 6,- über einen Zeitraum von 3 Monaten vorausgesetzt. Bleibt der Umsatz auf dem Konto über diesen Zeitraum darunter, wird zur Deckung der Kosten für die Kontopflege und eine Administrationsgebühr in Höhe von € 1,- pro Monat in Rechnung gestellt. Die Prüfung und Berechnung erfolgt jeden Monat neu für die dem Monat vorangehenden 3 Monate, erstmals jedoch nach Ablauf von 3 Monaten nach Vertragsschluss.“

Die Klägerin hat die Beklagte mit Schreiben vom 19. Dezember 2007 wegen der verlangten Rückzahlungsgebühr von € 6,00 sowie wegen der -aus Sicht der Klägerin- irreführenden Angaben zu Grundgebühr, Vertragsbindung und Mindestumsatz abgemahnt und zur Unterzeichnung des Entwurfs einer „Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafversprechen“ aufgefordert (Anlage K 5). Die Beklagte war jedoch nicht bereit, die verlangten Erklärungen abzugeben (Anlagen K 7, K 8 und B 1).

Am 9. April 2008 hat die Klägerin die vorliegende Hauptsacheklage erhoben.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu 1) gemäß §§ 1 UKlaG, 305 ff BGB begründet sei. Die Klausel, wonach die Rückzahlung des Kundenguthabens € 6,00 koste (Rückzahlungsklausel), sei faktisch als eine Deaktivierungsgebühr anzusehen, da der Verbraucher anderenfalls das von ihm bereits bezahlte Guthaben nicht zurück erhalte. Solche Deaktivierungsgebühren könnten jedoch nach der einschlägigen BGH-Rechtsprechung (Urteil vom 18. April 2002, Az. III ZR 199/01, Anlage K 3, NJW 2002, 2386) nicht im Wege von AGB verlangt werden.

Die streitgegenständliche Klausel verstoße gegen §§ 307 Abs. 1, S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Die Regelung sei nicht mit dem Grundgedanken des Gesetzes vereinbar und benachteilige Verbraucher in unangemessener Weise, da jeder Vertragspartner seine gesetzlichen Verpflichtungen erfüllen müsse, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Das gezahlte Guthaben stehe bei Vertragsbeendigung dem Verbraucher zu. Mit der Herausgabe bzw. Rückzahlung des Restguthabens erfülle die Beklagte daher lediglich ihre vertragliche bzw. gesetzliche Rückzahlungspflicht, ohne deren Erfüllung sie sich einer Herausgabeforderung gegenüber gestellt sehe.

Die Klägerin hat weiter die Ansicht vertreten, die Klausel auch gegen § 309 Nr. 5 b BGB verstoße.

Die Klägerin hat beantragt,

1)
die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlungen bis zu insgesamt zwei Jahren, zu verhängen gegen die Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten, künftig im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs und/oder der Werbung gegenüber Verbrauchern zu unterlassen,

die nachbenannte oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden, sowie sich auf die nachbenannte Klausel bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge zu berufen, sofern nicht der Vertrag mit einer Person abgeschlossen wird, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer):

„Rückzahlung des Guthabens bei Kündigung einmalig 6,-
Preise in € und inkl. USt.“;

2)
die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlungen bis zu insgesamt zwei Jahren (zu verhängen gegen die Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafter der Beklagten), künftig im geschäftlichen Verkehr zum Zwecke des Wettbewerbs und/oder der Werbung gegenüber Verbrauchern zu unterlassen,

für ihre Mobilfunktarife callmobile – hier: Tarif clever & frei – mit einem monatlichen Mindestumsatz von € 0,00 zu werben und/oder sich inhaltsgleich zu äußern und/oder inhaltsgleiche Äußerungen zu verbreiten und/oder verbreiten zu lassen, wenn gleichzeitig für einen Zeitraum der Vertragsnutzung von 3 Monaten ein Mindestnutzungsaufkommen von € 6,00 verlangt wird;

3)
die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger € 200,00 nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat die Klageanträge zu 2) und 3) im Termin zur mündlichen Verhandlung anerkannt und im Übrigen beantragt.

den Klagantrag zu 1) abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass die streitgegenständliche Gebühr von € 6,00 keine Deaktivierungsgebühr darstelle. Die Gebühr werde nicht für die Stilllegung eines Telefonanschlusses, sondern für die nach Vertragsbeendigung erfolgende Auszahlung des Restguthabens des Kunden verlangt. Daher sei auch die von der Klägerin zitierte BGH-Entscheidung nicht anwendbar.

Entgegen der Ansicht der Klägerin gebe es weder eine vertragliche, noch eine gesetzliche Pflicht zur Rückzahlung des vom Kunden erworbenen Prepaid-Guthabens. Vertragliche Regelungen, welche eine Verpflichtung zur Rückzahlung des Guthabens bei Vertragsbeendigung vorsähen, bestünden nicht. Auch gesetzliche Ansprüche bestünden nicht, insbesondere nicht aus Darlehensvertrag (§ 488 BGB), aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) oder wegen Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB). Vielmehr erfolge die Rückzahlung als freiwillig vereinbarte Sonderleistung der Beklagten an den Kunden und geschehe ausschließlich in dessen Interesse. Daher könne für diese Leistung auch ein gesonderter Preis verlangt werden. Zur Stützung ihrer Rechtsansicht hat die Beklagte auf die Entscheidung des BGH vom 12. Juni 2001, Az. XI ZR 274/00 (abgedruckt in NJW 2001, 2635, 2637 f.), Bezug genommen.

Auch die Höhe der Rückzahlungsgebühr von € 6,00 sei nicht zu beanstanden. Dabei habe sie lediglich den tatsächlichen Aufwand der Beklagten für diese zusätzliche Leistung zugrunde gelegt. Der Betrag sei üblich und gerechtfertigt.

Mit Anerkenntnis-Teil- und Schluss-Urteil vom 10. Juni 2008, Az. 312 O 196/08, hat das Landgericht Hamburg die Klaganträge zu 2) und zu 3) aufgrund des Anerkenntnisses zugesprochen, den streitig gebliebenen Klagantrag zu 1) jedoch zurück gewiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin frist- und formgerecht Berufung eingelegt und diese auch frist- und formgerecht begründet.

Zur Begründung ihrer Berufung wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie moniert, dass das Landgericht sich nicht mit der Entscheidung des BGH vom 18. April 2002, Az. III ZR 199/01, Anlage K 3 (veröffentlicht in NJW 2002, 2386 ff.), auseinandergesetzt habe. Die Klägerin meint, dass ein Kunde, der seinen Mobilfunkvertrag kündigt, nach der streitgegenständlichen AGB einen Betrag von € 6,00 bezahlen müsse.

Darüber hinaus stützt die Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu 1) in der Berufungsinstanz erstmalig darauf, dass der Kunde nicht nur dann, wenn er selbst gemäß Ziffer 11.1 der AGB (Anlage K 3) kündigt, sondern auch dann, wenn die Beklagte gemäß Ziffer 11.2 der AGB (Anlage K 3) kündigt, eine Gebühr von € 6,00 bezahlen müsse, wenn er sein Restguthaben erhalten wolle. Da die Kündigung zu einer recht kurzfristigen Deaktivierung des Mobilfunkanschlusses führe, bestehe auch nicht mehr die Möglichkeit des Abtelefonierens des Guthabens.

Weiter führt die Klägerin in der Berufungsinstanz erstmalig aus, dass es sich bei den verlangten € 6,00 um ein Strafgeld handle, welches als unzulässige Vertragsstrafe nach § 309 Nr. 6 BGB anzusehen sei.

Darüber hinaus liege nicht nur (wie bereits erstinstanzlich vorgebracht) ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5 b BGB, sondern auch gegen § 309 Nr. 5 a und § 308 Nr. 7 BGB vor.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 10. Juni 2008, Az. 312 O 196/08, abzuändern und die Beklagte weiter zu verurteilen,

es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Falle wiederholter Zuwiderhandlungen bis zu insgesamt zwei Jahren, zu verhängen gegen den Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten,

künftig in Bezug auf Verträge über Mobilfunkdienstleistungen zu unterlassen, die nachbenannte Klausel zu verwenden, sowie sich auf die nachbenannte Klausel bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge zu berufen, sofern nicht der Vertrag mit einer Person abgeschlossen wird, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer):

„Rückzahlung des Guthabens bei Kündigung einmalig 6,-
Preise in € und inkl. USt.“

Die Beklagte beantragt.

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die mit dem landgerichtlichen Urteil erfolgte Zurückweisung des Klageantrages zu 1) unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das erstinstanzliche Urteil, auf die von den Parteien zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung vom 1. April 2010 Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

I.

Der jetzt noch geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist nicht gemäß §§ 1 UKlaG, 305 ff. BGB begründet.

1.

Mit dem Unterlassungsantrag soll die Beklagte bei Vermeidung der gesetzlichen Ordnungsmittel verurteilt werden,

es künftig in Bezug auf Verträge über Mobilfunkdienstleistungen zu unterlassen, die nachbenannte Klausel zu verwenden, sowie sich auf die nachbenannte Klausel bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge zu berufen, sofern nicht der Vertrag mit einer Person abgeschlossen wird, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer):

„Rückzahlung des Guthabens bei Kündigung einmalig 6,-
Preise in € und inkl. USt.“

Den nicht hinreichend bestimmten Antragsteil „oder inhaltsgleiche Klausel“ hat die Klägerin auf entsprechenden Hinweis des Senats fallen lassen und ihren Unterlassungsanspruch nur noch in der geläuterten Fassung weiter verfolgt.

2.

Streitgegenstand des geltend gemachten Unterlassungsantrags ist allein die im Antrag genannte Regelung in der „callmobile Preisliste“ (Anlage K 4). Nicht streitgegenständlich sind hingegen die als Anlage K 3 zur Akte gereichten „ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN VON callmobile Germany GmbH & Co. KG“. Insbesondere hat die Klägerin nicht die Regelung in Ziffer 4.11 der AGB, letzter Satz („callmobile erhebt für die Auszahlung des Guthabens ein Dienstleistungsentgelt gemäß der Preisliste“), welche die Pflicht zur Zahlung eines Entgelts dem Grunde nach regelt, zum Gegenstand ihres Unterlassungsantrags gemacht.

3.

Die Klägerin hat die vorgenannte Regelung in der „callmobile Preisliste“ erstinstanzlich unter dem Aspekt angegriffen, dass es sich um eine unzulässige Deaktivierungsgebühr handele. Weiter hat sie geltend gemacht, dass der Kunde einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch auf Rückzahlung des Restguthabens habe, und dass die Beklagte für die Erfüllung ihrer eigenen vertraglichen oder gesetzlichen Rückzahlungspflicht kein gesondertes Entgelt verlangen

dürfe. Weiter hat die Klägerin die Ansicht vertreten, dass die Regelung gegen § 309 Nr. 5 b BGB verstoße.

a)

Mit dem gestellten Unterlassungsantrag und der dazu gegebenen Begründung hat die Klägerin den Streitgegenstand erstinstanzlich festgelegt.

Denn der Streitgegenstand (prozessualer Anspruch) wird durch den Klageantrag und den dazu vorgetragenen Lebenssachverhalt (Klagegrund) bestimmt. Im Klageantrag konkretisiert sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge, wie sie aus dem dazu vorgetragenen Lebenssachverhalt hergeleitet wird. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung (Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG 28. Auflage, 2010, § 12 Rn. 2.23 unter Hinweis auf BGH GRUR 2003, 798, 800 – Sanfte Schönheitschirurgie; BGH GRUR 2005, 875, 876 – Diabetesteststreifen; BGH GRUR 2006, 421 Tz 25 – Markenparfümverkäufe; BGH GRUR 2006, 960 Tz 15 – Anschriftenliste; BGH GRUR 2007, 605 Tz 25 – Umsatzzuwachs; BGH GRUR 2008, 187 Tz 15 – Telefonaktion; BGH WRP 2009, 956Tz 18 – UHU).

Beim Unterlassungsantrag besteht die begehrte Rechtsfolge im Verbot eines bestimmten Verhaltens, welches der Kläger im Klageantrag und der zur Auslegung heranzuziehenden Klagebegründung festgelegt hat (Verletzungsform) (BGH GRUR 2008, 1121 Tz 16 – Freundschaftswerbung im Internet). Dass sich aus den vorgelegten Unterlagen ein anderes oder weiteres rechtswidriges Verhalten ergeben kann, bleibt außer Betracht. Wird später auch insoweit ein Verbot beantragt, ist dies nur unter den Voraussetzungen einer zulässigen Klageänderung zu berücksichtigen (Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG, 28. Auflage, 2010, § 12 Rn. 2.23 unter Hinweis auf BGH GRUR 2008, 1121 Tz 23 – Freundschaftswerbung im Internet).

b)

Bei Zugrundelegung des erstinstanzlichen Streitstoffs ist -mit dem Landgericht- davon auszugehen, dass es sich bei der streitgegenständlichen Klausel um eine solche handelt, die gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB einer Inhaltskontrolle nach § 307 ff. BGB entzogen ist. Neben den Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistungen sind nämlich auch solche Klauseln nicht kontrollfähig, die das Entgelt für eine zusätzlich angebotene Sonderleistung festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen (BGH NJW 1998, 383).

So liegt es hier, denn ein gesetzlich geregeltes Leitbild des Prepaid-Mobilfunkvertrages gibt es nicht. Daher obliegt es grundsätzlich jedem Anbieter, in eigener Verantwortung Art und Umfang der von ihm angebotenen Leistungen sowie die Bemessung des vom Kunden dafür zu entrichtenden Entgelts zu bestimmen. Er ist dabei auch in der konkreten Ausgestaltung des Preisgefüges in den allgemeinen Grenzen frei. Er hat also auch die Wahl zwischen einer Pauschalgebühr

oder Einzelpreisen oder einer Kombination beider Möglichkeiten. Dabei kann er nach den Grundsätzen der Privatautonomie den Preis für die Inanspruchnahme der an sich einheitlichen Hauptleistung nach eindeutigen Modalitäten unterschiedlich bemessen, etwa eine bestimmte Art der Nutzung des Leistungsangebots als durch eine Grundgebühr abgegolten behandeln und eine andere von der Zahlung eines zusätzlichen Preises abhängig machen. Die Unterscheidung zwischen den bereits mit den Prepaid-Gebühren bezahlten Mobilfunkdienstleistungen und der an ein Zusatzentgelt geknüpften Rückzahlung eines etwaigen Restguthabens unterläge deshalb nur dann der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 und 309 BGB, wenn rechtliche Maßstäbe i.S. des § 307 Abs. 3 BGB vorhanden wären, an denen die Entgeltregelung gemessen werden könnte. Das ist indessen nicht der Fall.

Das Landgericht hat auf der Grundlage des erstinstanzlichen Klagvorbringens zutreffend ausgeführt, dass im Rahmen des Prepaid-Vertragsmodells der Beklagten in der Regel weder eine vertragliche, noch eine gesetzliche Pflicht zur Rückzahlung eines etwaigen Restguthabens besteht. Weiter hat das Landgericht zutreffend ausgeführt, dass auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliegt. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen.

Entgegen der Ansicht der Klägerin stellt die streitgegenständliche Preisklausel auch keine verschleierte Deaktivierungsgebühr dar. Das ergibt sich schon daraus, dass der Betrag von € 6,00 nicht für die Beendigung des Vertrages durch Kündigung, sondern für die Rückzahlung des Restguthabens des Kunden verlangt wird.

Auch der erstinstanzlich vertretenden Ansicht der Klägerin, dass die streitgegenständliche Klausel gegen § 309 Nr. 5 b BGB verstoße, kann nicht beigetreten werden. Die Klausel regelt keinen Fall der Geltendmachung pauschalierter Schadensersatzes.

Damit war derjenige Streitgegenstand, den die Klägerin erstinstanzlich geltend gemachte hatte, vollen Umfangs ausgeschöpft. Es bestand danach kein Anlass, auch die -nicht streitgegenständlichen- Allgemeinen Geschäftsbedingungen von callmobile Germany GmbH & Co. KG (Anlage K 3) im Hinblick auf die verschiedenen Kündigungsmöglichkeiten der Vertragsparteien oder im Hinblick auf weitere Verstöße gegen die Regelungen der §§ 307 ff. BGB zu überprüfen.

Es ist nicht die Aufgabe des Gerichts, sich weitere Anspruchsnormen oder -voraussetzungen aus den zur Akte gelangten Anlagen herauszusuchen. Die Klägerin selbst hat diese Aspekte erst im Rahmen des Berufungsverfahrens schriftsätzlich in den Rechtsstreit eingeführt.

4.

Auch der erstmalig in der Berufungsinstanz erfolgende Sach- und Rechtsvortrag verhilft der Klage nicht zum Erfolg.

a)

Die Klägerin stützt den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu 1) in der Berufungsinstanz erstmalig auch darauf, dass der Kunde nicht nur dann, wenn er selbst gemäß Ziffer 11.1 der AGB (Anlage K 3) kündigt, sondern auch dann, wenn die Beklagte gemäß Ziffer 11.2 der AGB (Anlage K 3) kündigt, eine Rückzahlungsgebühr von € 6,00 bezahlen müsse. Da die Kündigung zu einer recht kurzfristigen Deaktivierung des Mobilfunkanschlusses führe, bestehe dann nicht mehr die Möglichkeit des Abtelefonierens des Guthabens.

Weiter bringt sie erstmalig in der Berufungsinstanz vor, dass die Regelung auch deshalb intransparent sei, weil der Verbraucher die dort verlangten € 6,00 auch dann bezahlen müsse, wenn eine Kündigung seitens der Beklagten erfolge. Das sei der Klausel jedoch nicht hinreichend klar und deutlich zu entnehmen.

Der zweitinstanzliche Vortrag der Klägerin, dass der Verbraucher bei Kündigung verpflichtet sei, einen etwaigen Differenzbetrag zu € 6,00 zu zahlen, erfolgt ersichtlich ins Blaue hinein. Er findet weder eine Stütze in den AGB der Beklagten (Anlage K 3), noch in ihrer Preisliste (Anlage K 4). Dort ist vielmehr geregelt, dass das Entgelt von € 6,00 allein für die Rückzahlung eines etwaigen Restguthabens verlangt wird. Der Betrag wird -entgegen der fortlaufend wiederholten Behauptung der Klägerin- gerade nicht schon für die Deaktivierung des Anschlusses bzw. die Vertragsbeendigung durch Kündigung verlangt.

Das erstmalig in der Berufungsinstanz erfolgende Vorbringen der Klägerin ist verspätet. Die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, so dass der neue Vortrag nicht zugelassen ist. Soweit darin eine Klagänderung liegt, hat die Beklagte dem nicht zugestimmt. Der Senat hält sie auch nicht für sachdienlich.

b)

Weiter führt die Klägerin in der Berufungsinstanz erstmalig aus, dass es sich bei den verlangten € 6,00 um ein Strafgeld handle, welches als unzulässige Vertragsstrafe nach § 309 Nr. 6 BGB anzusehen sei. Darüber hinaus liege nicht nur (wie bereits erstinstanzlich vorgebracht) ein Verstoß gegen § 309 Nr. 5 b BGB, sondern auch gegen § 309 Nr. 5 a und § 308 Nr. 7 BGB vor.

Abgesehen davon, dass die streitgegenständliche Klausel ohnehin kontrollfrei ist, ist der vorgenannte Klagvortrag verspätet erfolgt. Soweit darin eine Klagänderung liegt, hat die Beklagte dem nicht zugestimmt. Der Senat hält sie auch nicht für sachdienlich.

Mithin ist der geltend gemachte Unterlassungsanspruch unbegründet. Die Berufung der Klägerin war daher zurückzuweisen.

II.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf § 97 ZPO.

III.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die vorliegende Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.

