

7 W 92/11 Brandenburgisches Oberlandesgericht

2 O 311/11 Landgericht Potsdam



Brandenburgisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

[Redacted text]

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

- Prozessbevollmächtigter:

[Redacted text]

g e g e n

E-Plus Service GmbH & Co. KG, vertreten durch ihre Komplementärin, die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese vertreten durch die Geschäftsführer Thorsten Dirks, Rafal Markiewicz und Godert Vinkestijn, Edison-Allee 1, 14473 Potsdam

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -

- Prozessbevollmächtigte:

[Redacted text]

hat der 7. Zivilsenat des Brandenburgischen Oberlandesgerichts durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Boiczenko,
den Richter am Oberlandesgericht Hein und
die Richterin am Oberlandesgericht Marquardt

am 24.02.2012

beschlossen:

Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers vom 20. Oktober 2011 wird der Beschluss der 2. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 17. Oktober 2011 abgeändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt,

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten,

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgende oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen:

„Für jede vom Kunden verschuldete mangelnde Deckung oder sonst aufgrund des Verschuldens des Kunden zurückgereichte Lastschrift („keine Angaben“) erhebt EPS einen Pauschalbetrag gemäß Preisliste für die Rücklastschrift; der Kunde ist berechtigt, diesem Pauschalbetrag den Nachweis entgegenzuhalten, dass nur ein geringerer Schaden entstanden ist.“

soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von € 15,00 festgelegt ist.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Streitwert für das Verfahren wird auf € 2.500,00 festgesetzt.

Gründe

I.

Der Antragsteller ist ein gemeinnütziger Verbraucherschutzverein, der in die Liste qualifizierter Einrichtungen im Sinne des § 4 UKlaG aufgenommen ist und zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es u. a. gehört, gegen Verstöße gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzugehen.

Die Antragsgegnerin bietet Mobilfunkdienstleistungen an. Ihre „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mobilfunklaufzeitverträge, gültig ab dem 01.07.2011“ (AGB) enthalten u. a. folgende Regelungen:

5.6

Der Kunde ist verpflichtet, am Lastschriftverfahren teilzunehmen. Er wird eine entsprechende Einzugsermächtigung erteilen, es sei denn, EPS stimmt ausnahmsweise der Zahlung per Überweisung, Kreditkarte oder Scheck zu; EPS behält sich den Widerruf dieser Zustimmung vor. Abhängig von der gewählten Zahlungsart können dem Kunden weitere Kosten bei seinem Finanzdienstleister entstehen. ...

5.9

Für jede vom Kunden verschuldete mangelnde Deckung oder sonst aufgrund des Verschuldens des Kunden zurückgereichte Lastschrift („keine Angaben“) erhebt EPS einen Pauschalbetrag gemäß Preisliste für die Rücklastschrift; der Kunde ist berechtigt, diesem Pauschalbetrag den Nachweis entgegenzuhalten, dass nur ein geringerer Schaden entstanden ist.

Die Anlage sieht bei Ausschluss des Lastschriftverfahrens eine Aufwandspauschale von € 1,50 je Überweisung vor. Bei Verzug fällt zudem eine Mahnpauschale von € 2,50, bei Abschalten der Karte von € 7,50 und bei einer Rücklastschrift „infolge mangelnder Kontodeckung oder aufgrund eines Verschuldens des Geldinstitutes des Kunden“ von € 15,00 an.

Der Antragsteller wendet sich gegen die pauschalen Kosten für die Rücklastschrift von € 15,00 und die Verwendung der entsprechenden Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Er verweist auf die Rücklastschriftgebühren der Berliner Sparkasse von € 3,00, der Deutschen Bank von mindestens € 5,11 und höchstens € 8,11 und der Commerzbank von € 5,11. Mit Schreiben vom 15. September 2011 mahnte er die Antragsgegnerin ab.

Der Antragsteller macht geltend, ein Verbraucher habe ihn im September 2011 auf die pauschalierten Kosten für die Rücklastschrift aufmerksam gemacht. Die Regelung in den AGB der Antragsgegnerin widerspreche § 309 Nr. 5 a BGB, da der pauschalierte Schadensersatz höher sei als nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten. Zu den Rücklastschriftgebühren könne die Antragsgegnerin Kosten für Papier, Umschlag und Druck von € 0,10 sowie Porto von € 0,55 beanspruchen, wobei die AGB für die Mahnung bereits eine Pauschale von € 2,50 vorsehen. Ein Betrag von € 15,00 werde im Regelfall nicht erreicht. Personalkosten dürfe die Antragsgegnerin in die Schadenspauschale nicht einrechnen, da sie die Kunden zum Lastschriftverfahren zwingt. Eine Umstellung ihrer AGB auf eine angemessene Schadenspauschale stelle keinen unzumutbaren Aufwand für die Antragsgegnerin dar.

Der Antragsteller hat beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu untersagen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgende oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen

„Für jede vom Kunden verschuldete mangelnde Deckung oder sonst aufgrund des Verschuldens des Kunden zurückgereichte Lastschrift („keine Angaben“) erhebt EPS einen Pauschalbetrag gemäß Preisliste für die Rücklastschrift; der Kunde ist berechtigt, diesem Pauschalbetrag den Nachweis entgegenzuhalten, dass nur ein geringerer Schaden entstanden ist.“

soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von € 15,00 oder ein anderer Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher der Antragsgegnerin im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht.

Das Landgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, weil sich der Sachverhalt für eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz nicht eigne.

Gegen den am 20. Oktober 2011 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller noch an demselben Tage sofortige Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde durch Beschluss vom 24. Oktober 2011 nicht abgeholfen.

Der Antragsteller beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu untersagen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgende oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solch Klausel zu berufen

„Für jede vom Kunden verschuldete mangelnde Deckung oder sonst aufgrund des Verschuldens des Kunden zurückgereichte Lastschrift („keine Angaben“) erhebt EPS einen Pauschalbetrag gemäß Preisliste für die Rücklastschrift; der Kunde ist berechtigt, diesem Pauschalbetrag den Nachweis entgegenzuhalten, dass nur ein geringerer Schaden entstanden ist.“

soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von € 15,00 oder ein anderer Betrag festgelegt ist, der € 6,00 übersteigt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie wendet ein, eine Kostenpauschale in dieser Größenordnung sei in der Branche üblich. O2 berechne den Kunden € 19,00, Vodafone € 8,80 zuzüglich der konkreten Bankkosten, was einen Betrag zwischen € 19,00 und € 20,00 ergebe, Callmobile € 15,00, Simply € 20,47 und Lidl Mobile € 15,00.

Außerdem werde ein Schaden in der von ihr pauschlierten Höhe in der Regel adäquat kausal verursacht. Die Rücklastschrift verursache nicht nur Bankspesen. Diese müsse auch in ihrem Kundenkonto sowie der Debitorenbuchhaltung eingestellt werden. Hierfür fielen kalkulierte Kosten von ca. € 8,26 an. Für die Mahnung und betriebswirtschaftliche Sperren müsse sie weitere ca. € 8,89 aufwenden, die sich zusätzlich durch die Passivierung der Mobilfunkkarte um weitere € 0,28 erhöhe. Ihren durchschnittlichen Verwaltungsaufwand könne sie in den pauschalierten Schaden einrechnen, da sie die Zahlungsweise durch Banklastschrift nicht zwingend vorschreibe.

Im Übrigen bestehe keine Dringlichkeit. Der Antragsteller befasse sich bereits seit 2010 mit Rücklastschriftkosten und kenne den Markt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das erstinstanzliche Urteil Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde des Antragstellers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 567 Abs. 1 Nr. 2, 569 ZPO.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO ist entgegen der Meinung des Landgerichts zulässig. Die Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach dem Unterlassungsklagegesetz (UkLaG) kann im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden. § 5 UkLaG verweist ausdrücklich auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung sowie § 12 Abs. 1, 2 und 4 UWG.

In der Sache ist die sofortige Beschwerde begründet. Der Antragsteller kann gemäß § 1 UkLaG verlangen, dass es die Antragsgegnerin unterlässt, Allgemeine Geschäftsbedingungen mit pauschalierten Kosten für eine Rücklastschrift in Höhe von € 15,00 zu verwenden. Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind, verwendet, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Der Antragsteller ist nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 UKLaG als eine vom Bundesamt für Justiz für Justiz anerkannte qualifizierte Einrichtung klagebefugt.

Die von der Antragsgegnerin verwendete Klausel zur Pauschalierung des Schadensersatzes bei einer Rücklastschrift verstößt gegen § 309 Nr. 5 a BGB. Die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen ist danach unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt.

Grundsätzlich kann die Antragsgegnerin im Falle einer Rücklastschrift von ihren Kunden Schadensersatz verlangen. Erteilt der Schuldner dem Gläubiger eine Einzugsermächtigung, so muss er auf seinem Konto ausreichende Deckung vorhalten und die Einlösung einer berechtigting eingereichten Lastschrift genehmigen. Verletzt der Schuldner diese ihn aufgrund der Lastschriftabrede treffenden vertraglichen Pflichten in von ihm zu vertretender Weise, etwa indem er keine ausreichende Deckung auf seinem Konto vorhält, kann der Gläubiger gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 Satz 1 BGB den ihm hieraus entstehenden Schaden ersetzt verlangen (vgl. BGH vom 17.09.2009, Xa ZR 40/08, Juris Rn. 11).

Ihren Schadensersatzanspruch kann die Antragsgegnerin in ihren AGB pauschalieren, sofern die Pauschale dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehenden Schaden entspricht. Der Antragsteller hat ferner glaubhaft gemacht, dass der Antragsgegnerin üblicherweise bei einer Rücklastschrift ein sehr viel geringerer Schaden entsteht. Die von ihr aufgeführten Geldinstitute berechnen hierfür zwischen € 3,00 und € 8,11. Schreibmaterial und Porto sind bei der Antragsgegnerin in der Regel bereits durch die Mahnpauschale von € 2,50 abgedeckt.

Die Antragsgegnerin hat nicht glaubhaft gemacht, dass üblicherweise ein höherer Schaden entsteht. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen muss dartun und beweisen, dass die Schadenspauschale dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, wobei er seine eigene Kostenkalkulation nicht offen legen muss, vielmehr genügt der branchenübliche Durchschnittsschaden (vgl. Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 309 Nr. BGB, Rn. 18; MüKom.-Kieninger, BGB, 5. Aufl., § 309 Nr. 5, Rn. 15; Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 309, Rn. 29; so auch in der Tendenz BGH vom 10.11.1976, VIII ZR 115/75, Juris Rn. 18, und vom 03.11.1999, VIII ZR 35/99, Juris Rn. 18).

Dies ist der Antragsgegnerin nicht gelungen. Pauschalierungsklauseln in AGB anderer Verwender sind grundsätzlich kein geeigneter Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der eigenen Pauschale (vgl. Staudinger/Coester-Waltjen, 2006, § 309 Nr. BGB, Rn. 15). Die Klauseln anderer Verwender ersetzen nicht den Vortrag zu dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehenden Schaden, vorliegend die durch eine Rücklastschrift üblicherweise anfallenden Kosten. Die von den Konkurrenten verlangten Pauschalen können ebenfalls überschätzt sein.

Außerdem ist die Antragsgegnerin nicht berechtigt, ihre internen Verwaltungskosten bei einer Rücklastschrift in die Schadenspauschale einzurechnen. Die Personalkosten eines AGB-Verwenders bleiben bei der Schadenspauschalierung unberücksichtigt, sofern er seinen Zahlungsverkehr auf das Lastschriftverfahren eingerichtet hat. Die internen Kosten entstehen in diesem Fall als Folge der Angebotsstruktur. Beschränkt der Verwender der AGB die Zahlungsweise für das Entgelt auf die Zahlung per Kreditkarte und im Lastschriftverfahren, kann er unter Nutzung eines automatisierten Verfahrens eine Debitorenbuchhaltung weitgehend einsparen. Im Fall des Lastschriftverfahrens wird typischerweise nur ein geringer Anteil der Lastschriften infolge mangelnder Deckung auf dem Schuldnerkonto oder infolge Widerspruchs rückbelastet, so dass er sich insoweit auf die Buchung und Bearbeitung dieser Rück-

belastungen beschränken kann. Bei den hierfür anfallenden Personalkosten handelt es sich, unabhängig davon, ob eigenes oder fremdes Personal eingesetzt wird, nicht um einen Schaden durch die Rücklastschrift, sondern um Aufwendungen zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrags, die dem Verwender trotz der vorgenommenen Beschränkung auf bestimmte bargeldlose Zahlungsarten verblieben sind (vgl. BGH vom 17.09.2009, Xa ZR 40/08, Juris Rn. 12 ff.).

So liegt der Fall auch hier. Die Kunden der Antragsgegnerin sind verpflichtet, am Lastschriftverfahren teilzunehmen. Nur in Ausnahmefällen stimmt die Antragsgegnerin unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs einer anderen Zahlungsweise zu und der Kunde muss in diesem Fall der Antragsgegnerin zusätzliche Kosten von € 1,50 erstatten. Damit ist ihre Struktur des Zahlungsverkehrs auf die Lastschrift abgestimmt. Die Personalkosten für die Bearbeitung der Rücklastschriften fallen systembedingt an und sind als Folge der unternehmerischen Entscheidung der Antragsgegnerin von ihr zu tragen.

Das Unterlassungsgebot belastet die Antragsgegnerin nicht in unzumutbarer Weise in ihrer Geschäftstätigkeit. Ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann sie für neu abzuschließende Verträge auf eine angemessene Schadenspauschale umstellen. Bei bestehenden Verträgen bleibt es ihr unbenommen, den konkret angefallenen Schaden geltend zu machen.

Dem Antragsteller steht außerdem ein Verfügungsgrund zur Seite. Dieser wird nach § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Die Vermutung der Dringlichkeit kann widerlegt werden, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es ihm nicht eilig ist und er nach einem Verstoß z. B. zulange zuwartet, obwohl er den Verstoß kennt oder grob fahrlässig nicht kennt. Dem Antragsgegner obliegt es, Tatsachen vorzutragen, die den Schluss auf eine Kenntniserlangung zu einem bestimmten Zeitpunkt zulassen. Alsdann muss der Antragsteller darlegen und glaubhaft machen, wann er tatsächlich Kenntnis erlangt hat (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 12 UWG Rn. 3.13 und 3.15).

Die Vermutung der Dringlichkeit hat die Antragsgegnerin nicht zu erschüttern vermocht. Ihr Hinweis, der Antragsteller befasse sich bereits seit 2010 mit der Problematik der Rücklastschriftkosten anderer Unternehmen, ist dazu nicht geeignet. Auch wenn der Antragsteller im Jahr 2010 Unterlassungsansprüche wegen der Rücklastpauschale eines anderen Unternehmens geltend gemacht hat, kennt er damit nicht zwingend sämtliche Rücklastpauschalen aller Un-

ternehmen und die der Antragsgegnerin. Eine allgemeine Marktbeobachtungspflicht ist dem Antragsteller nicht auferlegt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 12 UWG Rn. 3.15).

Die Androhung von Ordnungsgeld beruht auf § 890 Abs. 1 ZPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Die Anträge des Antragstellers zur Verallgemeinerung des Verstoßes wirken sich nicht auf die Kostenentscheidung aus. Für die Verallgemeinerung bedurfte es keines Antrags. Bei einem nach § 1 UKlaG begründeten Anspruch ist nach § 9 Nr. 3 UKlaG die Verwendung inhaltsgleicher Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Amts wegen mit in den Tenor aufzunehmen (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 9 UKlaG, Rn. 3).

Der Streitwert für das Verfahren war nach §§ 47 Abs. 1, 48 Abs. 2, 53 Abs. 1 Nr. 1 GKG, § 3 ZPO auf € 2.500,00 festzusetzen.

Boiczenko

Hein

Marquardt

