



Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer: 15 O 327/14

verkündet am : 17.02.2015

Justizbeschäftigte

In dem Rechtsstreit

des Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.,
vertreten d.d. Vorstand Jürgen Mutz,
Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägers,

- Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Michael Peter,
Manfred-von-Richthofen-Straße 9, 12101 Berlin,-

g e g e n

die primacall GmbH,
vertreten d.d. Geschäftsführerin Marijana Fenster und d.
Geschäftsführer Frank Weis,
Zimmerstraße 78, 10117 Berlin,

Beklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

hat die Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin in Berlin - Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin,
auf die mündliche Verhandlung vom 27.01.2015 durch den Richter am Landgericht [REDACTED] als
Einzelrichter

f ü r R e c h t e r k a n n t :

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihren jeweiligen Geschäftsführern,

zu unterlassen,
 nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen über das Mobilfunknetz mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

- [4(5)] PRIMACALL kann im Falle einer vom Kunden zu vertretenden, außerordentlichen Kündigung Ersatz für den entstandenen Schaden, einschließlich Mehraufwendungen, verlangen.
 Kündigt PRIMACALL in diesem Fall den Vertrag aus wichtigem Grund fristlos, steht ihm aufgrund des entgangenen Gewinns ein pauschalierter Anspruch auf Schadensersatz der vereinbarten monatlichen Grundgebühr zu, die bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin angefallen wäre, wenn der Kunde nicht einwendet und nachweist, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei oder wesentlich niedriger als die Pauschale sei.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung, und zwar im Unterlassungspunkt in Höhe von 2.500,- EUR und im übrigen in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung nach § 4 UKlaG anerkannt. Die Beklagte bietet Verbrauchern den Abschluss von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen, u.a. für Mobilfunk an. Auf die Angebote auf deren Webseite www.primacall.de und die dazugehörigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen (Anlagen K1 sowie K 2 und K 6).

Der Kläger meint, die Klausel zu Nr. 4 Abs. 5 der AGB verstoße gegen §§ 309 Nr. 5a, 307 1, 2 Nr. 1, 249 BGB. Eine Abmahnung blieb insoweit erfolglos.

Der Kläger hält die Regelung zur Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen für unwirksam, weil die Beklagte sich die infolge ihrer Kündigung ersparten Aufwendungen wie Terminierungs- und Interconnectionsentgelte anrechnen lassen müsse, und zwar unabhängig davon, ob vom Verbraucher ein "Allnet-Flat"- oder volumenbegrenzter Tarif gewählt worden sei. Zudem würden Netzkapazitäten frei, die sie anderweitig vermarkten könne. Weitere Verwaltungskosten etwa für die regelmäßige Zahlungseingangskontrolle etc. entfielen aufgrund der Vorfälligstellung, so dass auch eine Abzinsung vorzunehmen sei, weil Einnahmen sofort und nicht lediglich pro rata erzielt würden. Schließlich sei die Klausel bei kundenfeindlichster Auslegung dahin zu verstehen, dass sie le-

diglich einen Mindestschaden festlege und darüber hinaus der Verbraucher mit zusätzlichen, konkret berechneten Schadenspositionen konfrontiert werden könne.

Es sei an der Beklagten nachzuweisen, dass die Pauschale dem branchenüblichen Schadensumfang entspreche. Kosten, die dem Unternehmer zur Wahrung seiner eigenen ökonomischen Interessen entstünden, seien Gemeinkosten und keine Schadensposition.

Er beantragt,
was erkannt ist.

Die Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor:

Sie kaufe die von ihr angebotenen Leistungen bei ihrem Netzbetreiber für die gesamte Vertragslaufzeit ein, und reiche diese an den Kunden weiter, wodurch jener bestmögliche Ersparnisse erziele. Es mache daher für die Beklagten keinen Unterschied, ob der Vertrag vorzeitig beendet werde oder nicht, da diese dieses Entgelt ohnehin bereits an ihren Netzbetreiber entrichtet habe. Die Gewinnmargen im Mobilfunkbereich seien sehr gering; so zahle sie für Neukunden hohe Provisionen an die Vertriebspartner. Es sei hier üblich, dass sich die Investitionen erst bei einer über die Mindestvertragslaufzeit hinaus währenden Geschäftsbeziehung amortisierten. Bei dem "Allnet-Flat"-Tarif etwa stünden Einnahmen von 453,60 EUR Kosten von 458,- EUR innerhalb der ersten 24 Monate Vertragslaufzeit gegenüber. Im Einzelfall könnten die Verluste sogar höher liegen.

Kündigungsbedingte Verwaltungskostenersparnisse gäbe es nicht, da die Prüfung einer außerordentlichen Kündigung inklusive Erstellung einer Abschlussrechnung mit einer centgenauen Berechnung des pauschalierten Schadensersatzes für die noch offene Restlaufzeit weit aufwendiger - und teurer - sei als die Überwachung regelmäßiger Zahlungseingänge. Der Mehraufwand werde mit der - schon kaum ins Gewicht fallenden - Abzinsung aufgewogen.

Schließlich habe nach § 252 BGB der Kunde bei von ihm verschuldeter vorzeitiger Vertragsbeendigung dem Unternehmer den entgangenen Gewinn zu ersetzen; diese Regelung setze die Klausel um.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG in Verbindung mit §§ 309 Nr. 5 a), 307 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB zu.

Die Klausel in Nr. 4 Abs. 5 der AGB der Beklagten verstößt gegen § 309 Nr. 5 a) BGB bereits deshalb, weil bei reinen Schadensersatzansprüchen wegen Nichterfüllung - also wenn (was hier in Rede steht) der Kunde Anlass zur außerordentlichen Kündigung des Telekommunikationsdienstleistungsvertrages gegeben hat, so dass jener nicht bis zum regulären Vertragsende durchgeführt wird - keine steuerbare Leistung gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG gegenübersteht und der Schadensersatzgläubiger deshalb keine Umsatzsteuer zu entrichten hat (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 - C277/05 - für den Beherbergungsvertrag; BGH NJW 1987, 1690, 1690 für den Finanzierungsleasingvertrag). Die Beklagte, die die Schadensersatzpauschale auf der Grundlage der Bruttoentgelte ("monatliche Grundgebühr" als Gesamtpreis im Sinne der PAngV) berechnet, verlangte damit vom vertragsuntreuen Kunden mehr (ca. 16 %) als ihr bei ungekündigtem Vertrag und fortbestehender Verpflichtung zur Gegenleistung nach Abfuhr der Umsatzsteuer an den Fiskus netto verbliebe. Ein Erfahrungssatz dahin, dass der Beklagten ein nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartender Mehraufwand in entsprechender Höhe entstünde, gibt es nicht und wird von der Beklagten nicht behauptet.

Eine Schadensersatzpauschalierung hätte daher bei den Nettoentgelten anknüpfen müssen (vgl. dazu instruktiv den Fall des AG Urach, Urteil vom 29. November 2013 - 1 C 440/13 - Rn. 4 nach juris).

Hinzu kommt, dass sie so freigewordene, bereits von der Beklagten - nach ihrem Vorbringen pauschal vorab - bezahlte Netzkapazität an einen anderen Kunden vergeben werden könnte, so dass es insoweit zu einer nachträglichen weiteren Amortisation käme.

Das wirtschaftliche Risiko eines Geschäftsmodells, welches wegen hoher Werbungskosten o.ä. erst eine über die Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten fortdauernde Vertragsbeziehung rentabel macht, trägt hingegen allein der Unternehmer. Denn seine dahingehenden Erwartungen sind nicht schutzwürdig, weil der Kunde zu dem Termin den Vertrag regulär beenden kann. Dasselbe gälte für über den tatsächlichen Bedarf hinaus eingekaufte Netzkapazität.

Es kann daneben dahin stehen, ob weitere Abzüge in Form einer Vorfälligkeitsabzinsung oder ersparter Verwaltungsaufwendungen vorzunehmen wären.

Die Klausel enthält zudem eine nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unzulässige, weil unangemessene Benachteiligung. Denn mit dem Obersatz, dass vom Kunden "Ersatz für den entstande-

nen Schaden, einschließlich Mehraufwendungen" zu leisten sei, und der nachfolgenden Spezifizierung für den Fall, dass die Beklagte kündigt, sie den entgangenen Gewinn als (generalisierende) Pauschale berechne, muss der Verbraucher nach der maßgebenden kundenfeindlichsten Auslegung davon ausgehen, dass er wegen vertragsindividueller Mehrkosten darüber hinaus in Anspruch genommen werden könne. Es fehlt insoweit an der erforderlichen Klarstellung, dass bei Geltendmachung der Schadenspauschale weitergehende Schadensersatzansprüche beklagten-seits nicht erhoben werden.

Eine Kumulation von pauschalitem und konkreten Schaden ist nicht zulässig, da Rechtfertigung einer Schadenspauschalierung nach § 309 Nr. 5 a) BGB gerade die vereinfachende Generalisierung der Schadensbezifferung ist, bei der aber auf den branchentypischen Durchschnittsgewinn - oder -aufwand -, und nicht etwa auf individuelle Aufwands- bzw. Schadenspositionen abzustellen ist (vgl. BGH NJW 1982; 331).

Die Wiederholungsgefahr ist aufgrund der Verletzungshandlung zu vermuten.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 709 S. 1, 2 ZPO.

[REDACTED]
Ausgefertigt
Berlin, 20.02.2015

[REDACTED]
Justizbeschäftigte

