

26 O 211/13



Verkündet am 30.10.2013

Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin/Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Landgericht Köln

IM NAMEN DES VOLKES

Teilanerkennnis- und Schlussurteil

In dem Rechtsstreit

der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertr. d. d. Vorstand Herrn Klaus
Müller, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Peter, Tempelhofer Damm 2,
12101 Berlin,

g e g e n

die Telekom Deutschland GmbH, vertr. d. d. Geschäftsführer Niek Jan van Damme,
Thomas Freude, Thomas Dannenfeldt, Michael Hagspühl, Dr. Bruno Jacobfeuerborn,
Dietmar Welslau, Dr. Dirk Wössner, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

hat die 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln
auf die mündliche Verhandlung vom 18.09.2013
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht [REDACTED], den Richter am
Landgericht [REDACTED] und die Richterin am Landgericht [REDACTED]

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, die nachfolgend fettgedruckten oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen

1. in Verträge über Internetzugangsleistungen über das Festnetz zu monatlichen Pauschalpreisen (Internet-Zugang mit Flatrate) mit den Produktbezeichnungen „Call&Surf“ mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

Datenvolumen

Ab dem im Folgenden für das jeweilige Produkt aufgeführten übertragenen Datenvolumen (Down- und Upload) wird die Übertragungsgeschwindigkeit des Internet-Zugangs auf 384 kbit/s (Down- und Upload) begrenzt.

[Die Zählung des übertragenen Datenvolumens beginnt jeden Monat mit dem Kalendertag der betriebsfähigen Bereitstellung des aktuellen Call & Surf-Produktes. Am gleichen Kalendertag des Folgemonats wird eine gegebenenfalls erfolgte Begrenzung wieder aufgehoben.]

Produkt	übertragenes Datenvolumen
Call & Surf	
- Basic, - Comfort, - Comfort Plus	75 GB / Monat
- Comfort VDSL, - Comfort Plus VDSL - Comfort IP (Speed) mit VDSL 50	200 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100	300 GB / Monat

- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200	400 GB / Monat
---	-----------------------

2. in Verträge über Internetzugangsleistungen über das Festnetz zu monatlichen Pauschalpreisen (Internet-Zugang mit Flatrate) mit den Produktbezeichnungen

„Call&Surf“

- Comfort VDSL,
- Comfort Plus VDSL
- Comfort IP (Speed) mit VDSL 50
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200

mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

Datenvolumen

Ab dem im Folgenden für das jeweilige Produkt aufgeführten übertragenen Datenvolumen (Down- und Upload) wird die Übertragungsgeschwindigkeit des Internet-Zugangs auf 2 Mbit/s (Down- und Upload) begrenzt.

[Die Zählung des übertragenen Datenvolumens beginnt jeden Monat mit dem Kalendertag der betriebsfähigen Bereitstellung des aktuellen Call & Surf-Produktes. Am gleichen Kalendertag des Folgemonats wird eine gegebenenfalls erfolgte Begrenzung wieder aufgehoben.]

Produkt	Übertragenes Datenvolumen
Call & Surf	
- Comfort VDSL, - Comfort Plus VDSL - Comfort IP (Speed) mit VDSL 50	200 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100	300 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200	400 GB / Monat

Die Beklagte wird ferner verurteilt, an den Kläger 250,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 19.06.2013 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

TATBESTAND:

Der Kläger, der in die Liste qualifizierter Einrichtungen im Sinne von §§ 3, 4 UKlaG eingetragen ist, begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB). Die Beklagte bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an und verwendet in diesem Zusammenhang die streitgegenständlichen Klauseln.

In der aktuellen Angebotspräsentation der Beklagten heißt es unter „Mit VDSL Surfen & Telefonieren“ bei den „Comfort-Paketen“: „Flat zum Telefonieren und Surfen mit bis zu 200 Mbit/s zum günstigen Komplettpreis!“, ein gesondertes Produkt wird mit der Überschrift „Flat zum Telefonieren und Surfen mit VDSL mit bis zu 50 Mbit/s“ präsentiert. Die Beklagte änderte zum 02.05.2013 ihre Leistungsbeschreibung für neue Verträge als ersten Schritt im Rahmen der Einführung neuer Tarife; die technische Umsetzung der Begrenzung der Internetbandbreite wird nach dem Vortrag der Beklagten frühestens im Jahr 2016 erfolgen. Ziff. 2.3 der „Leistungsbeschreibung Call & Surf“ der Beklagten (Stand: 02.05.2012) lautet:

2.3 Datenvolumen

Ab dem im Folgenden für das jeweilige Produkt aufgeführten übertragenen Datenvolumen (Down- und Upload) wird die Übertragungsgeschwindigkeit des Internet-Zugangs auf 384 kbit/s (Down- und Upload) begrenzt. Die Zählung des übertragenen Datenvolumens beginnt jeden Monat mit dem Kalendertag der betriebsfähigen Bereitstellung des aktuellen Call & Surf-Produktes. Am gleichen Kalendertag des Folgemonats wird eine gegebenenfalls erfolgte Begrenzung wieder aufgehoben.

Produkt	übertragenes Datenvolumen
Call & Surf-	
- Basic, - Comfort, - Comfort Plus	75 GB / Monat
- Comfort VDSL, - Comfort Plus VDSL - Comfort IP (Speed) mit VDSL 50	200 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100	300 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200	400 GB / Monat

Mit Schreiben vom 02.05.2013 forderte der Kläger die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hinsichtlich der Verwendung der Klausel unter Fristsetzung bis zum 16.05.2013 auf. Die Beklagte lehnte die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bzw. Stellungnahme telefonisch ab.

Der Kläger ist der Ansicht, die angegriffenen Klauseln verstießen gegen § 307 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 2 BGB. Ein Verbraucher mit DSL- bzw. VDSL-Zugang mit sog. „Flatrate“ müsse mit einer erheblichen Reduzierung der ihm gebotenen Leistung rechnen. Dadurch modifiziere die Beklagte das Hauptleistungsversprechen derart, dass eine zweckmäßige Nutzung des Internets nicht mehr möglich sei, welches zu einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB führe; die vertragliche Hauptleistung werde von der Beklagten durch das Versprechen eines Internetzugangs zu einer bestimmten Bandbreitengeschwindigkeit für die

Datenübertragung gegen Zahlung eines Pauschalentgelts (Flatrate) dargestellt und durch die beanstandete Klausel erheblich modifiziert. Eine der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 entzogene Hauptleistungsbestimmung liege nicht vor, da der Kontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB nur solche Leistungsbezeichnungen entzogen seien, ohne deren Vorliegen ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne. Bereits die erhebliche Verminderung des Leistungsversprechens im Rahmen eines Pauschaltarifs stelle wegen Störung des Äquivalenzverhältnisses und Gefährdung des von dem Kunden mit Abschluss des (V)DSL-Vertrages verfolgten Zwecks eine unangemessene Benachteiligung dar. Der Vertragszweck bestehe in Abwicklung der elektronischen Post (E-Mail), klassischem Surfen, Bezug von Waren und Leistungen, Herunterladen von Software(-Updates), Streaming von Musikstücken, Filmen und TV-Programmen, Erwerb von Computerspielen per Datendownload, Betrieb von Spielen im Live-Streaming sowie Nutzung von Cloud-Diensten und werde durch eine Reduzierung der Down- und Upload-Geschwindigkeit auf 384 kbit/s bzw. 2 Mbit/s gefährdet. Auch mit einer Übertragungsgeschwindigkeit von 2 Mbit/s seien Streaming-Produkte nicht mehr störungsfrei nutzbar. Die Klausel führe zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses, da die Beklagte durch die erhebliche Drosselung keine adäquate Leistung mehr biete, wobei die Einräumung der Möglichkeit, das Leistungsvolumen gegen Aufpreis wieder „aufzufüllen“ zu einer unzulässigen Preiserhöhung im laufenden Vertragsverhältnis führen würde. Der Begriff „Flatrate“ sei nach einem Ergebnisbericht der TNS Emnid (Anlage K 12) produktübergreifend als „Festpreis ohne versteckte Kosten“ zu verstehen. Die Verweise der Beklagten auf entsprechende Angebote anderer Firmen seien unbeachtlich.

Mit seiner am 07.06.2013 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 18.06.2013 zugestellten Klage hat der Kläger angekündigt zu beantragen, die Beklagte zur Unterlassung der oben aufgeführten Klausel mit einer Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 384 kbit/s sowie Zahlung von 250,00 € zu verurteilen. Mit Pressemitteilung vom 12.06.2013 hat die Beklagte auf die öffentliche Kritik an ihrer geänderten Tarifstruktur reagiert und die Geschwindigkeitsreduzierung von 384 Kbit/s auf 2 Mbit/s erhöht; Ziff. 2.3 der „Leistungsbeschreibung Call & Surf“ mit Stand 13.06.2013 weist eine Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 2 Mbit/s aus und enthält den Zusatz „Für die in Ziffer 2.2 mit einem *) gekennzeichneten Bandbreitenkorridore gilt die Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit nicht.“ Daraufhin hat der Kläger die Klage mit Schriftsatz vom 14.08.2013 um einen Antrag auf Unterlassung der eine Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 2 Mbit/s enthaltenden Klausel erweitert.

Der Kläger beantragt nach Präzisierung der angekündigten Unterlassungsanträge in der Sitzung vom 18.09.2013 nunmehr,

- I. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen

1. in Verträge über Internetzugangsleistungen über das Festnetz zu monatlichen Pauschalpreisen (Internet-Zugang mit Flatrate) mit den Produktbezeichnungen „Call&Surf“ mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

Datenvolumen

Ab dem im Folgenden für das jeweilige Produkt aufgeführten übertragenen Datenvolumen (Down- und Upload) wird die Übertragungsgeschwindigkeit des Internet-Zugangs auf 384 kbit/s (Down- und Upload) begrenzt.

[Die Zählung des übertragenen Datenvolumens beginnt jeden Monat mit dem Kalendertag der betriebsfähigen Bereitstellung des aktuellen Call & Surf-Produktes. Am gleichen Kalendertag des Folgemonats wird eine gegebenenfalls erfolgte Begrenzung wieder aufgehoben.]

Produkt	übertragenes Datenvolumen
Call & Surf	
- Basic, - Comfort, - Comfort Plus	75 GB / Monat
- Comfort VDSL,	

- Comfort Plus VDSL - Comfort IP (Speed) mit VDSL 50	200 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100	300 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200	400 GB / Monat

2. in Verträge über Internetzugangsleistungen über das Festnetz zu monatlichen Pauschalpreisen (Internet-Zugang mit Flatrate) mit den Produktbezeichnungen

„Call&Surf“

- Comfort VDSL,
- Comfort Plus VDSL
- Comfort IP (Speed) mit VDSL 50
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200

mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

Datenvolumen

Ab dem im Folgenden für das jeweilige Produkt aufgeführten übertragenen Datenvolumen (Down- und Upload) wird die Übertragungsgeschwindigkeit des Internet-Zugangs auf 2 Mbit/s (Down- und Upload) begrenzt.

[Die Zählung des übertragenen Datenvolumens beginnt jeden Monat mit dem Kalendertag der betriebsfähigen Bereitstellung des aktuellen Call & Surf-Produktes. Am gleichen Kalendertag des Folgemonats wird eine gegebenenfalls erfolgte Begrenzung wieder aufgehoben.]

Produkt Call & Surf	übertragenes Datenvolumen
- Comfort VDSL, - Comfort Plus VDSL - Comfort IP (Speed) mit VDSL 50	200 GB / Monat

- Comfort IP (Speed) mit Fiber 100	300 GB / Monat
- Comfort IP (Speed) mit Fiber 200	400 GB / Monat

- II. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 250,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte erkennt den in dieser Form gestellten Klageantrag zu I. 1. sowie den Klageantrag zu II. an und beantragt im Übrigen,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, bei der angegriffenen Regelung handele es sich um eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB; bei der Beurteilung der Vorgaben dieser Vorschrift komme es auf den konkreten Vertragstypus an, so dass nicht auf eine Rechtsprechung zu Versicherungsbedingungen zurückgegriffen werden könne. Das Hauptleistungsversprechen bestehe neben Telefondienstleistungen darin, den Internetzugang über das Festnetz zu bestimmten Konditionen zu ermöglichen, dessen Inhalt fraglos auch die Regelung unter Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung sei. Ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 S. 2 BGB liege nicht vor, wobei zunächst darauf hinzuweisen sei, dass die Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit die Masse der Kunden überhaupt nicht betreffe, da der durchschnittliche Kunde im Monat auf ein Übertragungsvolumen von 15-20 GB komme und die Begrenzung nur bei 3-4 % der Kunden relevant würde. Laut einer Onlinestudie (Anlage B 12) nutzten nur 4 % der Internetnutzer mindestens einmal wöchentlich Videostreaming-Dienste und nur 5 % Audiostreamingdienste; normale Streaming-Dienste seien zudem mit einer Übertragungsgeschwindigkeit von 2 Mbit/s störungsfrei nutzbar. Nach den Ermittlungen der Beklagten kämen nur 3,65 % ihrer Kunden nicht mit dem vertraglich eingeräumten Highspeed-Volumen aus, die sich aus 3,41 % mit Anschlussbandbreite bis 16 Mbit/s und Volumenschwellwert 75 GB und aus ca. 0,24 % der Kunden mit Anschlussbandbreite von 50 Mbit/s oder mehr und einem Volumenschwellwert von 200-400 GB zusammensetzten. Der Kläger stelle demgegenüber auf Extremfälle ab.

Der Begriff „Flatrate“ könne mit Pauschaltarif übersetzt werden, was allerdings nicht bedeute, dass die Flatrate zwingend ein Leistungsangebot ohne jegliche Einschränkung umfasse; der Begriff Flatrate beziehe sich damit allein auf das Entgelt für eine Leistung. Die Verkehrserwartung gehe nicht dahin, dass die Flatrate uneingeschränkt und losgelöst von der Datenintensität sämtliche im Internet verfügbaren Nutzungsarten durchgängig ermöglichen müsse; verschiedene den Mobilfunkbereich betreffende Entscheidungen zeigten, dass die vom Kläger behaupteten Erwartungen des Publikums an eine „Flatrate“ falsch seien. Auch laut einer Stellungnahme des Dachverbandes des Klägers seien „Drosselungen der Geschwindigkeit nach Erreichen eines bestimmten Datenvolumens mittlerweile beim mobilen Internetzugang üblich“. Die Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit nach Ausschöpfen eines bestimmten Datenvolumens sei ausweislich der Leistungsbeschreibungen von 1&1, Kabel Deutschland und O2 auch im Festnetzbereich nicht unüblich. Selbst die Bundesnetzagentur gehe ausweislich einer Pressemitteilung vom 10.05.2013 nicht davon aus, dass der Begriff der Datenflatrate mit einer Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit nicht vereinbar wäre. Das von dem Kläger behauptete Nutzungsverhalten im Internet sei nicht ansatzweise belegt, nicht repräsentativ und unsachlich. Auch sei in diesem Zusammenhang auf BGH NJW 2005, 2076, hinzuweisen, wonach der Access-Provider das sachgerechte Bemühen um die Herstellung der Internetverbindung und nicht einen unbegrenzten Nutzungsumfang schulde. Eine Störung des Äquivalenzverhältnisses und eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB lägen erkennbar nicht vor. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 02.10.2013 wiederholt und vertieft die Beklagte ihren Vortrag zur fehlenden Kontrollfähigkeit der Regelung und deren Wirksamkeit und beruft sich auf eine unzulässige Vermischung wettbewerbsrechtlicher und vertragsrechtlicher Aspekte sowie die Unzulässigkeit der Antragsfassung.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten und zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die zulässig erweiterte Klage ist zulässig und begründet.

Bei der Klageerweiterung mit Schriftsatz vom 14.08.2013 handelt es sich gemäß § 264 Nr. 2 ZPO nicht um eine Klageänderung. Selbst bei Qualifizierung als Klageänderung im Sinne des § 263 ZPO ist diese unabhängig von der fehlenden Einwilligung der Beklagten jedenfalls sachdienlich, da der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und ihre Zulassung unter Vermeidung eines neuen Prozesses die endgültige Beilegung des Streits fördert (vgl. BGH NJW 2000, 800).

Der Klageantrag zu I. ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und aus Sicht der Kammer insgesamt nicht zu beanstanden. Da sich das Klageziel nicht lediglich aus der Antragsfassung, sondern gleichzeitig aus der diesbezüglich vorgetragenen Begründung ergibt (vgl. LG Berlin, Urteil vom 29.11.2011 – 15 O 395/10, zitiert nach juris, Rn. 31), kann der Unterlassungsantrag entgegen der von der Beklagten mit Schriftsatz vom 02.10.2013 vertretenen Auffassung unabhängig von der Art der Bewerbung und preislichen Gestaltung formuliert werden. Im Übrigen ist eine Klausel bereits dann unwirksam, wenn sie aus Sicht des Verbrauchers bei verbraucherfeindlichster Auslegung eine nicht fernliegende Interpretation zulässt, bei der sie mit den Vorgaben der §§ 307 ff. BGB nicht in Einklang zu bringen ist. Es ist daher Sache des Verwenders einer Klausel, diese so eng zu formulieren, dass keine zu einer unangemessenen Benachteiligung führende Interpretation in Betracht kommt.

Dem gemäß §§ 3, 4 UKlaG klagebefugten und aktivlegitimierten Kläger steht gegen die Beklagte über die mit den anerkannten Klageanträgen verfolgten Ansprüche hinaus auch der mit dem Klageantrag zu I. 2. geltend gemachte Anspruch aus § 1 UKlaG auf Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel zu.

Die noch streitgegenständliche Klausel, wonach die Übertragungsgeschwindigkeit von der Beklagten bei Erreichung eines bestimmten Datenvolumens auf 2 Mbit/s reduziert werden kann, ist unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der

Verbraucher wegen unangemessener Benachteiligung gemäß §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB unwirksam und zudem „überraschend“ im Sinne des § 305 c Abs. 1 BGB.

Es handelt sich bei der streitgegenständlichen Klausel entgegen der Auffassung der Beklagten nicht um eine der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB entzogene Bestimmung über den Preis einer vertraglichen Leistung.

Der Inhaltskontrolle entzogen sind Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterliegen, sondern von den Vertragspartnern festgelegt werden müssen. Damit scheiden als Prüfungsgegenstand unter anderem Abreden aus, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflichten unmittelbar regeln. Dies ist die Konsequenz aus dem im Zivilrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dieser umfasst das Recht der Parteien, den Preis für eine Ware oder Dienstleistung frei bestimmen zu können. Nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibungen sind allerdings nur solche Bestimmungen, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen (BGH 21.04.1993 – IV ZR 33/92; BGH NJW 1999, 2279, 2280; BGH 20.05.2010 – Xa ZR 68/09). Demgegenüber unterliegen solche Klauseln der Inhaltskontrolle, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern oder aushöhlen bzw. (nur) ausgestalten oder modifizieren. Bei der Abgrenzung ist auf den Schutzzweck des AGB-Rechts abzustellen, der darin besteht, dass der Vertragspartner des Verwenders durch die Inhaltskontrolle vor einseitig ausbedingener, inhaltlich unangemessener Verkürzung der vollwertigen und nach Gegenstand und Zweck des Vertrages zu erwartenden Leistung geschützt werden soll; damit verbleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH 12.03.1987 – VII ZR 37/86; 21.04.1993 – IV ZR 33/92; BGH NJW 1999, 2279, 2280). Unter Zugrundelegung der vorstehend aufgeführten Voraussetzungen unterliegt die streitgegenständliche Klausel der Inhaltskontrolle. Art und Umfang der von der Beklagten geschuldeten Leistung (Verschaffung eines Internetzugangs zu einer bestimmten Bandbreitengeschwindigkeit) werden durch Ziff. 2.1 und 2.2 der Leistungsbeschreibung festgelegt. Dieses Hauptleistungsversprechen der Beklagten wird durch Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung eingeschränkt bzw. modifiziert.

Der Vortrag der Beklagten, dass es bei der Beurteilung der Vorgaben von § 307 Abs. 3 S. 1 BGB auf den konkreten Vertragstypus ankomme, so dass nicht auf eine etwa zu Versicherungsbedingungen ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden

könne, ist im Hinblick auf die vorstehend zitierten, allgemeingültige Grundsätze aufstellenden Entscheidungen des BGH fernliegend. Auch aus dem von der Beklagten in Bezug genommenen höchstrichterlichen Urteil (BGH NJW 2005, 2076) folgt hinsichtlich der Eröffnung der Inhaltskontrolle nichts anderes.

Die von der Beklagten in der Sitzung vom 18.09.2013 vorgebrachten und mit Schriftsatz vom 02.10.2013 vertieften Argumente und insbesondere die Berufung auf eine unzulässige Vermischung wettbewerbsrechtlicher und vertragsrechtlicher Aspekte rechtfertigen keine andere Entscheidung. Die Kontrollfähigkeit der streitgegenständlichen Regelung steht wie vorstehend erörtert bereits unter Außerachtlassung werblicher Aspekte fest. Insoweit erscheint es jedoch auch nicht verfehlt, zur Feststellung des nicht kontrollfähigen Kernbereichs der Leistungsbeschreibung darauf abzustellen, wie ein Produkt gegenüber Kunden beworben und offeriert wird. Soweit die Beklagte sich mit Schriftsatz vom 18.10.2013 auf ein zwischenzeitlich eingeführtes Angebot des Wettbewerbers O2 beruft, ist dies – ebenso wie entsprechende Angebote von anderen Telekommunikationsdienstleistern – unabhängig von der dortigen Ausgestaltung für den hiesigen Rechtsstreit ohne Belang.

Die streitgegenständliche Regelung zur Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit ab einem bestimmten Datenvolumen ist nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, da sie wesentliche und sich aus der Natur des Vertrags ergebende Rechte so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB), und den betroffenen Kunden deshalb in unangemessener Weise benachteiligt.

Dabei kommt es zunächst maßgeblich auf eine Auslegung des Begriffs „Flatrate“ an. Dieser Begriff ist aus Sicht eines Durchschnittskunden jedenfalls im hier betroffenen Festnetz-Bereich so zu verstehen, dass damit ein Festpreis für den Internetzugang zu einer bestimmten Bandbreitengeschwindigkeit und ohne Einschränkungen bzw. versteckte Kosten gemeint ist. Nach Auffassung der Kammer hat sich das Verständnis des Begriffs „Flatrate“ bei Internetzugangsleistungen über das Festnetz im Unterschied zum Mobilfunkbereich nicht dahingehend geändert, dass damit per se Einschränkungen in Verbindung gebracht werden. Vielmehr geht es dem Durchschnittskunden im Festnetz-Bereich um eine einschränkungslose Nutzung zu der von dem Telekommunikationsdienstleister angegebenen Geschwindigkeitsbandbreite; die Nutzung des Festnetz-Internetzugangs ist weniger Unwägbarkeiten hinsichtlich störungsfreier Verfügbarkeit unterworfen als die mobile

Internetnutzung. Ein typischer Durchschnittskunde erwartet, dass die Nutzung seines häuslichen Internet-Zugangs in Abhängigkeit von Qualität und Aktualität der eingesetzten Hardware einwandfrei funktioniert, insbesondere bei Übertragung sensibler Daten wie etwa im Rahmen von Onlinebanking.

Die erhebliche Verminderung des Leistungsversprechens im Rahmen eines Pauschaltarifs stellt wegen Störung des Äquivalenzverhältnisses und Gefährdung des von dem Kunden mit Abschluss des (V)DSL-Vertrages verfolgten Zwecks eine unangemessene Benachteiligung dar. „VDSL“ steht für „Very High Speed Digital Subscriber Line“ und beschreibt eine spezielle DSL-Technik mit hohen Datenübertragungsraten. Eine erhebliche Verminderung der vertraglich zugesagten Bandbreitengeschwindigkeit liegt hier vor. Nach Ausschöpfung des Datenvolumens und erfolgter Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit stehen unstreitig weniger als 10 % der ursprünglich vereinbarten Mindestübertragungsgeschwindigkeit zur Verfügung. Wenn eine „Flatrate ...mit bis zu ... Mbit/s“, d. h. zu einem bestimmten und in Abhängigkeit zur Höhe des Pauschalpreises stehenden Bandbreitenkorridor, Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung ist, dann gefährdet eine Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit den Vertragszweck, der in einer bis zum Monatsende währenden Nutzungsmöglichkeit des Internets zu der angegebenen Mindestgeschwindigkeit besteht. Dies gilt insbesondere in Zeiten mit stetig steigendem Bedarf an einem schnellen und kontinuierlich leistungsfähigen Internet und betrifft – insbesondere im Hinblick auf das Streaming von Fernsehen und Filmen – ein breites Publikum und nicht lediglich typische „Power-User“. Dass diese Nutzungsmöglichkeit je nach Netzauslastung eingeschränkt sein kann und im Übrigen davon abhängig ist, dass der Verbraucher über die notwendige Hardware auf dem aktuellen und eine schnelle Internetverbindung zulassenden Stand verfügt, bedarf keiner weiteren Erläuterung, ist hier aber auch nicht von Belang. Das Angebot an den Kunden, bei Ausschöpfung des nicht geschwindigkeitsreduzierten Datenvolumens dieses gegen Aufpreis wieder „aufzufüllen“, ändert daran nichts, da dies für den Kunden mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und letztlich zu einer unzulässigen Preiserhöhung führt. Auch der Umstand, dass der Internetanbieter nicht einen bestimmten Erfolg in Gestalt des jederzeitigen Zustandekommens einer Internetverbindung mit einer bestimmten Datenübertragungsgeschwindigkeit versprechen kann (BGH NJW 2005, 2076), vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern, wenn die Geschwindigkeit – wie hier – von Vorherin für den Fall der Ausschöpfung eines bestimmten Datenvolumens begrenzt werden soll.

Es kommt daher nicht darauf an, wie viel Datenvolumen ein durchschnittlicher Nutzer monatlich „verbraucht“ und ob nur wenige Kunden der Beklagten die in Ziff. 2.3 genannten Datenvolumen ausschöpfen bzw. ob ein „Durchschnittskunde“ der Beklagten, dessen Bestimmung zwischen den Parteien streitig ist, von der Reduzierung überhaupt betroffen sein kann.

Bei der Regelung in Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung der Beklagten handelt es sich zudem um eine überraschende Klausel, so dass diese gemäß § 305 c Abs. 1 BGB nicht wirksam einbezogen werden kann. Nach dieser Vorschrift werden solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. Voraussetzung ist daher zunächst das Vorliegen einer ungewöhnlichen Klausel, welche hier wegen Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrages und Widerspruchs zur Werbung der Beklagten wie bereits erörtert erfüllt ist. Das weitere Erfordernis eines Überraschungsmoments ist gegeben, wenn zwischen den Erwartungen des Durchschnittskunden und dem Klauselinhalt eine Diskrepanz besteht und der Klausel ein Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnt (vgl. zum Ganzen Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 305c Rn. 3 f. m.w.N.). Abs. 1 ist daher nur dann unanwendbar, wenn eine ohne Weiteres zu verstehende Klausel drucktechnisch so angeordnet ist, dass eine Kenntnisnahme durch den Kunden zu erwarten ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Einzig die Überschrift von Ziff. 2.3 der Leistungsbeschreibung „Datenvolumen“ ist fett gedruckt; diese enthält zudem keinen Hinweis auf die erst im Klauseltext angesprochene Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit. Gerade im Hinblick auf die an eine Festnetz-Flatrate mit einer bestimmten Bandbreitengeschwindigkeit gerichtete Erwartung des Durchschnittskunden hätte es einer drucktechnischen Hervorhebung der Klausel aus dem übrigen Text der Leistungsbeschreibung bedurft. Eine Anwendung von § 305 c Abs. 1 BGB entfällt auch nicht aus dem Grund, dass der Verwendungsgegner die Klausel kennt oder mit ihr rechnen muss (vgl. BGH NJW 2010, 671 zur Ortsüblichkeit). Trotz der öffentlichen Diskussion über die beklagenseits beabsichtigte Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit ist nicht davon auszugehen, dass ein durchschnittlicher Kunde Inhalt und Ausmaß der Geschwindigkeitsbegrenzung versteht und kennt; jedenfalls im Festnetzbereich muss er damit auch nicht rechnen.

Die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der Klausel-Verwendung als ungeschriebene

materielle Anspruchsvoraussetzung liegt vor. Diese ergibt sich daraus, dass die Beklagte die Wirksamkeit der Klausel noch im Prozess verteidigt, diese fortgesetzt verwendet und keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat (vgl. Palandt/Bassenge, a.a.O., § 1 UKlaG, Rn. 8).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Auch soweit die Beklagte die Klageanträge zu I. 1. und II. anerkannt hat, waren ihr danach die Kosten aufzuerlegen. Ein Fall des § 93 ZPO ist nicht gegeben. Dessen Voraussetzungen, nämlich, dass kein Klageanlass bestanden hätte und sofort anerkannt worden wäre, lagen hier nicht vor. Die Beklagte hat sich noch im Prozess auf die Wirksamkeit der Klausel mit einer Reduzierung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 384 kbit/s berufen. Dass die Beklagte an der zunächst beabsichtigten Begrenzung der Übertragungsgeschwindigkeit auf 384 kbit/s nicht mehr festhält und dies durch eine entsprechende Presseerklärung öffentlichkeitswirksam kommuniziert hat, vermochte am Fortbestehen der Wiederholungsgefahr nichts zu ändern.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 709 S. 1 ZPO.

<u>Streitwert:</u>	bis zum 16.08.2013: 2.500,00 €
	danach: 5.000,00 €

■■■■■

■■■■■

■■■■■