

**Titel:**

**Wirksamkeit der Kündigung von Mobilfunkverträgen - Anspruch auf Auszahlung von Guthaben**

**Normenketten:**

BGB § 620 Abs. 2, § 621 Nr. 5

ZPO § 139, § 296a, § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3

**Leitsätze:**

1. Mobilfunkverträge begründen Dienstverhältnisse im Sinne des § 620 Abs. 2 BGB und können, auch wenn die SIM-Karte an sich eine gewisse Nutzungsdauer hat, ordentlich gekündigt werden. (Rn. 26 – 34) (redaktioneller Leitsatz)

2. Wird ein Guthaben nach Kündigung eines Mobilfunkvertrages eingeklagt und setzt sich das Guthaben aus Einzahlungen sowie Gutschriften im Rahmen eines missbrauchten Bonusmodells zusammen (hier: Easymoney-Programm), so muss der Mobilfunkbetreiber darlegen und beweisen, welche Beträge missbräuchlich erlangt wurden. (Rn. 41 – 42) (redaktioneller Leitsatz)

3. Ein gerichtlicher Hinweis gemäß § 139 ZPO ist entbehrlich, wenn die Partei bereits von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung erhalten hat. (Rn. 54) (redaktioneller Leitsatz)

4. Zu Einwendungen gegen die Auszahlung eines sogenannten "Easymoney Guthabens" im Rahmen eines Bonusprogramms eines Mobilfunkanbieters. (Rn. 60 – 71) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Mobilfunkvertrag, Bonusprogramm, Easymoney Guthaben, Kündigung, Dienstverhältnisse, Missbrauch, Guthabenhöhe, Darlegungs- und Beweislast

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 06.12.2018 – 8 O 12727/16

**Fundstellen:**

CR 2021, 350

BeckRS 2019, 33383

LSK 2019, 33383

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 06.12.2018 wie folgt abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 224.840,02 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.08.2016 zu bezahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage auch insoweit, als sie nicht schon durch das oben genannte Urteil abgewiesen wurde, abgewiesen.

II. Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3.

IV. Das Urteil ist für jeden Vollstreckungsgläubiger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar; der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils vollstreckbaren Betrags abwenden.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Entscheidungsgründe**

A.

I.

**1**

Die Parteien streiten um die Frage, ob die Kündigungen der Beklagten vom 18.02.2016 und vom 31.03.2017 die zwischen den Parteien bestehenden 508 Mobilfunkverträge beendet haben, sowie um die Frage, ob und - wenn ja - welche Zahlungsansprüche dem Kläger im Fall der Wirksamkeit einer der soeben genannten Kündigungen zustehen.

II.

**2**

Hinsichtlich der weiteren tatsächlichen Feststellungen nimmt der Senat Bezug auf die Feststellungen im landgerichtlichen Urteil, das auf Seiten 27 bis 74 folgende Anträge des Klägers festgehalten hat:

**3**

1. Negativer Feststellungsantrag dahin, dass die (soeben vom Senat genannten) Kündigungen der Beklagten die zwischen den Parteien bestehenden Mobilfunk-Vertragsverhältnisse mit den im Tatbestand auf den Seiten 27 - 50 genannten 508 Rufnummern nicht beendet haben.

**4**

2. Hilfsweise - für den Fall, dass der Antrag 1.) erfolglos bleibt - Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 326.440,02 € nebst Zinsen (Blatt 50 unten/51 oben des Urteils).

**5**

3. Hilfsweise - für den Fall, dass der soeben genannte Hilfsantrag keinen Erfolg hat - Feststellung, dass der Kläger einen Anspruch auf Zahlung des Guthabens in Höhe von 224.840,02 € hat (Blatt 51 oben des Urteils).

**6**

4. Feststellung, dass Guthaben im Rahmen der Mobilfunk-Vertragsverhältnisse mit den (auf Blatt 51/74 des Urteils genannten) 508 Rufnummern an den Kläger vollständig ausbezahlt sind, wenn das zugrundeliegende Vertragsverhältnis beendet wird.

**7**

Das Landgericht hat dem Antrag 1.) stattgegeben, d. h. festgestellt, dass die Kündigungen der Beklagten die 508 (im Tenor auf Blatt 1/24 mit den Rufnummern aufgezählten) Vertragsverhältnisse nicht beendet haben; entsprechend hat das Landgericht über die Anträge 2.) und 3.) (Hilfsanträge) nicht entschieden. Den Antrag 4.) hat das Landgericht abgewiesen.

**8**

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie rügt die Überlegungen des Landgerichts zur Frage, dass und warum eine ordentliche Kündigung vorliegend nicht möglich sei (wendet sich aber nicht gegen die Ausführungen des Landgerichts dazu, dass und warum die außerordentliche Kündigung vom 31.03.2017 - gemäß aus Blatt 70/74 d. A. ersichtlichen Schriftsatz von diesem Tag - unwirksam sei).

**9**

Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils insgesamt abzuweisen.

**10**

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

III.

**11**

Ergänzend und vertiefend (und dabei zum Teil auch wiederholend) hat der Senat folgende weitere Feststellungen getroffen:

**12**

1. Zum Antrag 2.) (Zahlung von 326.440,02 € nebst Zinsen):

**13**

a) Dieser Betrag setzt sich zusammen aus einem Teilbetrag in Höhe von 224.840,02 € (Stand der Guthabenkonten des Klägers) und einem Teilbetrag in Höhe von 101.600,00 € (behaupteter Sammlerwert, da jeder der 508 SIM-Karten ein solcher Wert in Höhe von 200,00 € zukomme).

**14**

b) Hinsichtlich der Guthabenkonten ist jetzt insbesondere Folgendes unstreitig:

**15**

1) Der Stand dieser Konten wird beeinflusst durch vom Kläger veranlasste Einzahlungen, Aufladungen (und den Stand, den diese Konten aufwiesen, als der Kläger die Verträge nebst SIM-Karten von den Vorbesitzern erwarb) einerseits und durch das Easym.-Programm entstandene Gutschriften andererseits.

**16**

2) Die Beklagte führt diese Konten einheitlich, unterscheidet also nicht zwischen vom Kläger veranlassten Aufladungen usw. einerseits und Easym.-Gutschriften andererseits.

**17**

3) Unstreitig ist auch, dass sich der Guthabenstand auf 224.840,02 € beläuft.

**18**

c) Zum strittigen Vorbringen der Parteien hinsichtlich der Höhe der vom Kläger veranlassten Aufladungen usw. verweist der Senat hinsichtlich der I. Instanz insbesondere auf Blatt 11/12, 19, 68, 74, 111, 113 und 129/130 d. A. (d. h. Blatt 11/12 der Klageschrift, Blatt 2 der Klageerwiderung, Blatt 3 Mitte des Protokolls vom 21.02.2017, Blatt 5 des Beklagten-Schriftsatzes vom 31.03.2017, Blatt 2 des Beklagten-Schriftsatzes vom 20.09.2017, Blatt 2 des Kläger-Schriftsatzes vom 10.10.2017 und Blatt 1/2 des Beklagten-Schriftsatzes vom 06.11.2017) sowie hinsichtlich der II. Instanz auf Blatt 347/357 und 396 d. A. (d. h. Blatt 6/16 des Beklagten-Schriftsatzes vom 27.08.2019 und Blatt 8 des Kläger-Schriftsatzes vom 29.10.2019).

**19**

d) Zu Easym.-Gutschriften:

**20**

“Easy-M.“ ... ist ein Gutschriftenprogramm für zwei Alttarife/prepaid-Tarife von O 2. In diesen prepaid-Tarifen erhält der Angerufene pro Gesprächsminute 2 Cent gutgeschrieben ... Die Gutschriften werden gesammelt und beim Erreichen von 50 Cent auf das Gesprächsguthaben aufgebucht. Dieses Gutschriften-Programm hat zu Missbrauch ... geführt. Dies ist auch der Grund, warum in Auktionshäusern SIM-Karten mit Easy-M.-Funktion hohe Preise erzielen.“ (Quelle: [https://www.prepaid.../Easy\\_M](https://www.prepaid.../Easy_M). Stand: 13.03.2019)

**21**

Der Kläger hat im Sinne des Antrags 2.) relevante Easym.-Gutschriften zumindest zum Teil selbst generiert - und zwar dadurch, dass er insbesondere auch durch „Wahlwiederholungs-Apps“ und „overlapping calls“ auf den den Alttarifen unterfallenden angerufenen Nummern Telefonierdauern nicht nur von 1440 Minuten täglich (24 Stunden à 60 Minuten), sondern von deutlich darüberliegender Erstreckung erreicht hat. Entsprechend ist die Beklagte der Auffassung, dass sich der Kläger nicht darauf berufen könne, diesen so entstandenen Vermögensvorteil rechtmäßig geschaffen zu haben und daher behalten zu dürfen.

**22**

2. Zur weiteren Ergänzung des Sach- und Streitstands verweist der Senat auf das angegriffene Urteil, auf die zweitinstanziellen Schriftsätze einschließlich Anlagen sowie auf die Entscheidungen und Protokolle des Senats.

B.

**23**

Die Berufung ist zulässig.

**24**

Sie ist insoweit begründet, als sie zur Abweisung des negativen Feststellungsantrags (Antrag 1.) führt. Sie führt, weil der Senat bei diesem Teilergebnis auch über den Antrag 2.) zu entscheiden hat, allerdings auch zur Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 224.840,02 € nebst Zinsen; der weitergehende Antrag 2.) ist

unbegründet. Der Antrag 3.), über den der Senat (anders als das Landgericht) ebenfalls zu entscheiden hat, ist unzulässig. Der Antrag 4.) ist vom Senat nicht mehr zu prüfen, da dieser Antrag - was der Senat auf Blatt 2 Mitte des Protokolls vom 05.09.2019 klargestellt hat - vom Landgericht abgewiesen wurde und keine Partei dagegen Berufung eingelegt hat.

## 25

Im Einzelnen zur Begründetheit/Unbegründetheit der Berufung:

I., d. h. zum Antrag 1.) (negative Feststellungsklage)

## 26

Die Klage ist insoweit zulässig, aber nicht begründet - was zur Folge hat, dass die Berufung insoweit begründet und das der Klage insoweit stattgebende Urteil abzuändern ist: Denn die von der Beklagten gemäß K 4 am 18.02.2016 zum 29.03.2016 ausgesprochene Kündigung war wirksam; insbesondere stand der Beklagten (unabhängig von AGB-Fragen) jedenfalls gemäß §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 5 BGB das Recht zur Kündigung zu; im Einzelnen:

## 27

1. Mobilfunkverträge begründen Dienstverhältnisse im Sinne des § 620 Abs. 2 BGB (vgl. Palandt, 78. Aufl., vor § 631, Rn. 28).

## 28

2. Auch das negative Tatbestandsmerkmal des § 620 Abs. 2 BGB ("Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus Beschaffenheit oder Zweck der Dienste zu entnehmen") ist erfüllt.

## 29

a) Mobilfunkverträge sind grundsätzlich Dauerschuldverhältnisse (bei denen daher die Dauer des Dienstverhältnisses gerade nicht bestimmt ist): Vgl. Palandt, a. a. O..

## 30

b) Die Auffassung des Klägers, dass die Dauer des Dienstverhältnisses vorliegend bestimmt sei, trifft nicht zu.

## 31

aa) Der Kläger hat diese Auffassung insbesondere auf Blatt 35/38, 67 Mitte, 120/121 und 133/136 d. A. (d. h. auf Blatt 15/18 seines Schriftsatzes vom 08.11.2016, Blatt 2 Mitte des Protokolls vom 21.02.2017, Blatt 9/10 des Schriftsatzes vom 10.10.2017 und Blatt 3/6 des Schriftsatzes vom 13.11.2017) dargelegt (und in II. Instanz wiederholt); sie lässt sich wie folgt zusammenfassen: „Der Kläger ist der Auffassung, dass es sich um befristete Verträge handelt. Er stützt diese Auffassung darauf, dass den SIM-Karten, die im Rahmen der Verträge jeweils übergeben wurden, immer eine gewisse Nutzungsdauer mit genauem Datum zugeschrieben wird. Dies ist in sämtlichen Fällen so geschehen und wird auch weiterhin von der Beklagten so gehandhabt. Das heißt, der Kläger bekommt immer bestimmte Daten mitgeteilt, bis zu welchen die Funktion der SIM-Card aufrechterhalten wird, sollte keine weitere Einzahlung durchgeführt werden“ (oben erwähntes Blatt 67 d. A.). „Wird nicht rechtzeitig aufgeladen, endet der Vertrag. Es liegt daher stets eine feste Laufzeit vor. Die §§ 620, 621 BGB sind somit nicht anwendbar“ (oben erwähntes Blatt 120 d. A., dort ganz unten). „... wird ... deutlich, dass keine Trennung zwischen vermeintlicher Vertragslaufzeit und Guthabenverfügbarkeit besteht und auch aus Sicht der Beklagten bestehen soll. Der Nutzer wird aufgefordert, Guthaben einzuzahlen, anderenfalls wird das Vertragsverhältnis beendet. Bei Einzahlung verlängert es sich um 12 Monate“ (oben erwähntes Blatt 135 oben d. A.).

## 32

bb) Diese Auffassung überzeugt aufgrund folgender Auslegung der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien nicht:

- Die den Mobilfunkvertrag charakterisierende Leistung ist die des Mobilfunkanbieters (vorliegend also die der Beklagten); die (Gegen-) Leistung des Klägers/die Pflicht des Klägers zum Bezahlen der von der Beklagten erbrachten Leistungen ist hingegen eine Pflicht, die auch bei sehr vielen anderen entgeltlichen gegenseitigen Verträgen vorkommt. Soweit der Kläger also auf die SIM-Karten und deren Nutzungsdauer abstellt, verkennt er den Unterschied zwischen dem Mobilfunkvertrag selbst und der vertragsrechtlich begrenzten Funktion einer (hier) SIM-Karte; diese Funktion beschränkt sich darauf, die

Gegenleistungspflicht des Klägers/die Pflicht zum Bezahlen zu regeln, besagt aber nichts dazu, wie/wie lange die vertragstypische Pflicht (hier der Beklagten) aus einem Mobilfunkvertrag zu erbringen ist.

- Die Auffassung des Klägers würde zum möglichen Entstehen eines potenziell endlosen „Kettendienstverhältnisses“ führen, das die Beklagte nie durch ordentliche Kündigung beenden könnte, obwohl bei wirtschaftlicher Betrachtung nach mehreren Verlängerungen - selbst bei Übernahme des Standpunkts des Klägers - jedenfalls ein Dauerschuldverhältnis anzunehmen ist.

- Durch weitere Einzahlungen könnten auch die Erben und Erbeserben des Klägers die Endlosigkeit/das „ewige Leben“ eines solchen Kettendienstverhältnisses herbei- bzw. fortführen.

- Die Auffassung des Klägers würde - was sich mit interessengerechter Auslegung nicht vereinbaren ließe - der Beklagten die Möglichkeit nehmen, durch ordentliche Kündigung auf Missbrauch oder auf die Veränderung technischer und wirtschaftlicher Verhältnisse zu reagieren (ohne auf Rechtsinstitute wie außerordentliche Kündigung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage angewiesen zu sein).

### **33**

3. Da die Vergütung vorliegend nicht nach Zeitabschnitten (wie Tagen, Wochen usw. im Sinne des § 621 Nr. 1 - 4 BGB), sondern nach Verbrauch (verbrauchten Zeiteinheiten) bemessen ist, ist § 621 Nr. 5 BGB erfüllt: Das Landgericht hat insoweit auf Blatt 77 oben seines Urteils übersehen, dass § 621 BGB nicht auf eine „bestimmte Vergütung“ abstellt, sondern auf die Frage, ob bzw. nach welchen Zeitabschnitten die Vergütung bemessen wird.

### **34**

4. Aus den Argumenten bei den letzten drei Spiegelstrichen von 2. b) bb) des vorliegenden Urteilsabschnitts ergibt sich auch, dass der Kläger die Erklärungen um die SIM-Karten nicht so verstehen durfte, dass die Beklagte auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichten/sich dieses Rechts begeben wolle.

### **35**

5. Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob die Ausführungen des Landgerichts zur Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung (die die Berufungsbegründung - BB - auch nicht angreift und die einen von den Fragen der Folgen der ordentlichen Kündigung zu unterscheidenden Streitgegenstand betreffen) richtig sind.

### **36**

6. Es kommt auch nicht auf die vielen zwischen den Parteien streitigen Fragen (insbesondere Einbeziehungsfragen) an, ob sich das Recht der Beklagten zur ordentlichen Kündigung - wie die Beklagte meint - aus AGB ergibt.

II., d. h. zum Antrag 2.) (Antrag auf Zahlung von 326.440,02 € nebst Zinsen)

### **37**

Über diesen Antrag ist zu entscheiden, weil die zulässige innerprozessuale Bedingung, unter die der Kläger diesen Antrag gestellt hat (Erfolglosigkeit von Antrag 1.), d. h. der negativen Feststellungsklage), eingetreten ist.

### **38**

Der in der Überschrift genannte Betrag setzt sich aus dem auf dem Guthabenskonto aufgelaufenen Betrag (224.840,02 €) sowie dem Sammlerwert (101.600,00 €) zusammen; siehe zu den beiden das Guthabenskonto beeinflussenden Faktoren im unmittelbar Folgenden.

### **39**

2. Zum Anspruch auf Auszahlung des Guthabens in Höhe von 224.840,02 €:

### **40**

Dieser Anspruch ergibt sich aus dem zwischen den Parteien bestehenden Dienstvertrag und dem Grundsatz „Anspruch aus Gutschrift“, gegenüber dem die Einwendungen der Beklagten erfolglos bleiben; im Einzelnen:

### **41**

a) Es ist unstreitig, dass die eingeklagte Guthabenshöhe sowohl von vom Kläger veranlassten Einzahlungen/Aufladungen o. ä. wie auch von im Easymoney-Programm entstandenen Gutschriften

beeinflusst ist; unstreitig ist auch, dass die Beklagte diese beiden Einflussfaktoren nicht getrennt gebucht, sondern ein einheitliches Guthabenkonto geführt hat/führt und dass das Guthabenkonto des Klägers die vorliegend zu erörternde/zugesprochene Höhe (224.840,02 €) aufweist.

#### 42

b) Bei dieser Sachlage ist die Beklagte für Einwendungen gegen diese Guthabenshöhe nach allgemeinen Grundsätzen dem Grunde und der Höhe nach darlegungs- und beweispflichtig (vgl. z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 39. A. 2018, vor § 284 Rz. 23;). Das gilt - und galt von Anfang an - insbesondere auch für die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe dem unstreitigen Gesamtguthaben des Klägers eine Einwendung der Beklagten wegen einer missbräuchlichen Nutzung der „Easy-M.-Funktion“ zustehen soll. Zu diesem Zweck hätte die Beklagte das unstreitige Gesamtguthaben daher von Anfang an in Aufladeguthaben und „Easy-M.-Guthaben“ aufteilen müssen, zumal dazu nur sie in der Lage war.

#### 43

Die Beklagte hat aber erst auf Blatt 6/16 ihres Schriftsatzes vom 27.08.2019 (Bl. 347/357 d. A.) dazu vorgetragen, dass und warum der Guthabenssaldo nur in Höhe von 13.889,13 € auf Aufladungen usw. zurückgehe (was der Kläger gemäß Blatt 396 ganz unten d. A., Blatt 8 seines nachgelassenen Schriftsatzes vom 29.10.2019 mit Nichtwissen bestritten hat), und dafür Zeugenbeweis angeboten. Dieses Vorbringen der Beklagten ist jedoch berufsrechtlich aus mehreren Gründen präkludiert (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO und §§ 530, 296 I ZPO):

#### 44

aa) Zunächst: Der Kläger hat dieses Vorbringen auf Blatt 396 ganz unten d. A. (Blatt 8 seines nachgelassenen Schriftsatzes vom 29.10.2019) wirksam mit Nichtwissen/Nichtmehrwissen bestritten.

#### 45

Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist die Erklärung einer Partei mit Nichtwissen über Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Weitere Voraussetzung ist, dass die Partei für die jeweiligen Tatsachen nicht darlegungs- und beweibelastet ist. Eine Pflicht, eigene Ermittlungen anzustellen, um im Einzelnen auf den gegnerischen Vortrag eingehen zu können, besteht nicht (z.B. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 275/12, Rz. 12).

#### 46

So liegt es hier: Der Kläger hat die Karten zumindest zum Teil mit einem dabei nicht explizit erkennbaren Guthaben erworben; er musste auch nicht jahrelang für jede einzelne Karte Buch führen, zumal auch sein technisch versierter und insoweit überlegener Vertragspartner/die Beklagte über die Jahre hinweg nur einen einheitlichen Saldo geführt und ausgewiesen hat - Aufladungen usw. also nicht gesondert gebucht hat. Daher kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kläger zu dieser Frage Unterlagen vorliegen würden, deren Auswertung ihm zumutbar sein könnte. Es geht außerdem um Einzahlungs-/Aufladevorgänge bei 508 Verträgen, also in besonders vielen Einzelfällen; diese Vorgänge fallen nicht zu nur selten und dann regelmäßig wiederkehrenden Anlässen bzw. nicht in stets/oft identischer Höhe an; sie liegen außerdem zum Zeitpunkt des das Bestreiten veranlassenden Beklagtenvortrags schon mehrere Jahre zurück.

#### 47

Der (nicht nachgelassene) Schriftsatz der Beklagten vom 11.11.2019 (dort S. 3) bot keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (§§ 525, 296 a, 156 ZPO). Maßgeblich für die Ausübung des Ermessens i.S.d. § 156 I ZPO war insbesondere der Umstand, dass die Beklagte die Prozesslage, dass sich der Kläger noch einmal äußern konnte, dadurch selbst verursacht hat, dass sie (nachlässig: s. hierzu im folgenden bei cc)) nicht rechtzeitig zu den den Guthabensstand beeinflussenden Faktoren vorgetragen hatte.

#### 48

bb) Der Senat geht bei Anwendung des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO von folgenden Obersätzen aus: Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Unter diese Vorschrift fällt auch gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt gebliebenes Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 531 Rn. 11).

#### 49

Nachlässigkeit fällt einer Partei insbesondere zur Last, wenn sie gegen die ihr gem. § 282 ZPO obliegende Prozessförderungspflicht verstoßen hat. Danach hat jede Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so zeitig vorzubringen, wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht. Dabei hat die Partei auch leichte Fahrlässigkeit zu vertreten (z.B. Zöller/Heßler, ZPO, 32. A. 2018, § 531 Rn. 30).

## 50

Die vom Gesetzgeber gewollte Konzentration der Tatsachenfeststellung auf die erste Instanz zwingt die Parteien, grundsätzlich bereits in erster Instanz alles vorzutragen, was aus ihrer Sicht für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich ist. Sie dürfen nicht aus prozesstaktischen Gründen auf einen derartigen Vortrag verzichten. Tun sie es dennoch, stellt dies eine Nachlässigkeit dar, welche die Berücksichtigung dieses Vorbringens im Berufungsverfahren ausschließt (BGH NJW 2010, 376).

## 51

§ 531 Abs. 2 ZPO will die Partei zu konzentrierter Verfahrensführung anhalten, begründet aber ohne nähere Anhaltspunkte keine Verpflichtung, tatsächliche Umstände, die ihr nicht bekannt sind, zu ermitteln (BGH WM 2008, 2355 Rnr. 16 für die Durchsicht von 40 Leitzordnern Ermittlungsakten). Behauptet der Berufungsführer, neue Tatsachen oder Beweismittel seien ihm erst nach Schluss der ersten Instanz bekannt geworden, hat er deshalb zur Vermeidung des Vorwurfs der Nachlässigkeit darzulegen, warum er sich nicht früher um entsprechende Kenntnis bemüht hat (KG, MDR 2003, 471). Diese Anforderungen sind auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG NJW 2005, 1768).

## 52

cc) Vorliegend ergibt sich die Nachlässigkeit im Sinne der genannten ZPO-Norm bei Auswertung von insbesondere Blatt 11/12, 19, 68, 74, 111, 113 und 129/130 d. A. (d. h. Blatt 11/12 der Klageschrift, Blatt 2 der Klageerwiderung, Blatt 3 Mitte des Protokolls vom 21.02.2017, Blatt 5 des Beklagten-Schriftsatzes vom 31.03.2017, Blatt 2 des Beklagten-Schriftsatzes vom 20.09.2017, Blatt 2 des Kläger-Schriftsatzes vom 10.10.2017 und Blatt 1/2 des Beklagten-Schriftsatzes vom 06.11.2017): Denn danach war die „Guthabensfrage“ bereits Gegenstand der Klageschrift (auf die die Klageerwiderung nur mit 6 Zeilen bzw. hinsichtlich der Zusammensetzung des Guthabens überhaupt nicht eingegangen ist) bzw. wurde auch die Frage, welcher Teil des Guthabens durch Aufladungen entstanden war, dem Grunde nach in den Schriftsätzen und auch im Termin vom 21.02.2017 erörtert; so gibt das Protokoll vom 21.02.2017 a.a.O. als Vorbringen des Klägers wieder: „Es sei nicht erkennbar gewesen, welcher Anteil der Guthaben auf das Bonusprogramm zurückzuführen ist und welcher Anteil auf tatsächliche Einzahlungen“; dieses Vorbringen hat der Kläger im Schriftsatz vom 10.10.2017 auf Bl. 113 d.A. wiederholt: „... wird beklagten-seits nicht zwischen Aufladungen und Easy-M.-Guthaben unterschieden. Es gibt nur ein einheitliches Guthaben.“

## 53

Auch erklärte die Beklagte selbst: „Wir können jedenfalls hinsichtlich jeder einzelnen SIM-Karte aufschlüsseln, welche Anteile des Guthabenskontos auf Bonusprogramme und welche auf Einzahlungen zurückzuführen sind“ (Blatt 68 d. A.) bzw. „Die Beklagte selber kann jedoch durch die Systemabfragen hier differenzieren und Voucher-Aufladungen und Überweisungen von Bonusguthaben trennen“ (Blatt 129/130 d. A.); außerdem bot sie vergleichsweise die Auszahlung des eingezahlten Guthabens an (Bl. 74 d. A.). Trotzdem hat die Beklagte - auch beim Vergleichsangebot - die konkrete Darlegung/Berechnung/Bezifferung dieses Guthabensteils in I. Instanz (und auch in der II. Instanz bis eine Woche vor dem Termin) nicht vorgenommen.

## 54

Das Landgericht musste angesichts dieses Vorbringens insbesondere des Klägers auch nicht gem. § 139 ZPO darauf hinweisen, dass Vortrag zur konkreten Höhe der beiden das Guthaben beeinflussenden Faktoren erforderlich sei - zumal die Beklagte selbst schon im Schriftsatz vom 31.03.2017 (Bl. 70/74 d.A.) vorgetragen hatte, dass und wie der Kläger Easy-M.-Gutschriften generiere, und sie diese Gutschriften von durch Einzahlung/Aufladung entstandenen Gutschriften unterschied. Denn ein gerichtlicher Hinweis ist entbehrlich, wenn die Partei bereits von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung erhalten hat (BGH NJW-RR 2008, 581; NJW 2007, 759 [761]; IX ZR 206/14).

## 55

Die Beklagte hätte somit bereits in erster Instanz eine entsprechende Aufteilung der Guthabensteile darlegen und ggf. nachweisen müssen. Dass sie dies trotz der Hinweise der Gegenseite und des offensichtlichen Erfordernisses einer solchen Aufteilung nicht getan hat, war zumindest nachlässig i.S.v. § 282 ZPO.

#### **56**

Der (nicht nachgelassene) Schriftsatz der Beklagten vom 11.11.2019 (dort S. 3) bot keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen (§§ 525, 296 a, 156 ZPO). Maßgeblich für die Ausübung des von § 156 I ZPO eingeräumten Ermessens war insbesondere der Umstand, dass auch dieses Vorbringen den Tatbestand der erstinstanziellen Nachlässigkeit nicht entfallen lässt. Der Beklagte übersieht hier weiter, dass III. 2. c aa des Senatshinweises vom 15.05.2019 davon ausging, dass durch Einzahlung/Aufladung entstandene Guthaben getrennt gebucht/ausgewiesen worden waren (während die Beklagte eine solche getrennte Buchung tatsächlich gerade nicht vornahm, wie sie selbst wusste). Im Übrigen war das Vorbringen zu diesem Zeitpunkt längst verspätet, s.o.

#### **57**

dd) Bei dieser Sachlage ist dieses Vorbringen unabhängig davon auch gem. §§ 530, 296 I ZPO zwingend als verspätet zurückzuweisen. Die Beklagte hätte aus den oben genannten Gründen spätestens in ihrer Berufungsbegründung die offensichtlich gebotene Aufteilung der Guthabensteile nachholen und ggf. nachweisen müssen. Der entsprechende Vortrag wurde jedoch erst eine Woche vor dem Termin gehalten. Deshalb musste dem Kläger hierzu eine Schriftsatzfrist gem. § 283 ZPO eingeräumt werden und müsste nunmehr im Falle der Zulassung dieses verspäteten Vortrags ein weiterer Termin zur Beweisaufnahme vorgesehen werden, was den Rechtsstreit erheblich verzögern würde.

#### **58**

3. Hilfsweise zu den Einwendungen der Beklagten gegen die Auszahlung des Easym.-Guthabens - und zwar in der aus Blatt 357 d. A. (Blatt 16 des Schriftsatzes vom 27.08.2019) gewählten Reihenfolge:

#### **59**

Vorab: Dass (hier vom Senat als unterscheidbar unterstellte) auf Einzahlungen, Aufladungen o. ä. zurückgehende Guthabensbestandteile ausbezahlt sind/ein Verfall eines auf solche Teile gehenden Auszahlungsanspruchs in AGB unwirksam ist, hat zuletzt auch die Beklagte nicht mehr in Abrede gestellt; der Senat beschränkt sich daher darauf, hinsichtlich dieses Teilergebnisses etwa auf die Entscheidung des OLG München, NJW 06, 2416 zu verweisen.

#### **60**

a) Die Auszahlbarkeit von (hier vom Senat als unterscheidbar unterstellten) Easym.-Guthaben ist nicht durch AGB ausgeschlossen.

#### **61**

Das Landgericht hat die Frage der Einbeziehung von AGB auf Blatt 76/77 seines Urteils erörtert und entschieden. Die BB tritt weder den (zutreffend erscheinenden) Ausführungen von a) der dortigen Urteilspassage entgegen noch schildert sie irgendwelche Anhaltspunkte, die hinsichtlich b) der dortigen Urteilspassage (Feststellungen, die das Landgericht nach Beweisaufnahme und Beweiswürdigung getroffen hat) Zweifel an der Richtigkeit dieser Feststellungen wecken könnten (die vielmehr auch den Senat überzeugen).

#### **62**

aa) Dass der Kläger beim Erwerb der Verträge/SIM-Karten im Sinne der § 310 Abs. 1, § 14 BGB als Unternehmer/gewerblich gehandelt haben soll (und dass daher andere Einbeziehungsvoraussetzungen gelten könnten), steht nicht fest: Der Kläger mag zu diesen Zeitpunkten eine solche Tätigkeit vorbereitet haben; dass er als Gewerbetreibender/Unternehmer nach außen, d. h. für Dritte erkennbar als solcher aufgetreten ist (insbesondere Verträge/SIM-Karten an Dritte veräußert hat), ist nicht ersichtlich. Es gilt daher (vgl. BGH NJW 02, 368; BGH WN 11, 548, Rn. 25): Das Verwalten und Anlegen eigenen Vermögens (Anlage von Geld (hier) in Mobilfunkverträge und SIM-Karten) erfüllt grundsätzlich nicht den Unternehmerbegriff.

#### **63**

bb) Im Übrigen wäre ein Ausschluss der Auszahlbarkeit in AGB entsprechend der oben bei „Vorab“ erwähnten Entscheidung wohl auch deswegen unwirksam, weil es nicht im Belieben der Beklagten stehen



darf, diese entstandenen und gebuchten Vermögenswerte ohne weiteres durch Kündigung zum Erlöschen zu bringen.

**64**

b) Die Auszahlung von (hier als unterscheidbar unterstellten) Easym.-Guthaben ist nicht durch die Tarif-/Programmbeschreibung ausgeschlossen.

**65**

Es ist schon fraglich, ob die Anlagen 6 ff. des (zum OLG eingereichten) Beklagten-Schriftsatzes vom 27.08.2019 nicht nur bloße Werbeflyer sind (denen keine vertragsrechtlich relevante Tarif- oder Programmbeschreibung zukommt); doch selbst wenn man diese unterstellt, wäre ein entsprechendes Vorbringen der Beklagten gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO berufsrechtlich präkludiert:

**66**

Denn der Kläger hat ein solches (neues zweitinstanzliches) Vorbringen gemäß Blatt 400 d. A. (Blatt 12 des nachgelassenen Schriftsatzes vom 29.10.2019) wirksam bestritten.

**67**

Hinsichtlich der weiteren einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO verweist der Senat auf seine Ausführungen bei b) bb) und cc) des vorliegenden Urteilsabschnitts.

**68**

c) Entsprechend den soeben bei b) festgehaltenen Ausführungen lässt sich auch nicht feststellen, dass „die Nutzung der Easym.-Tarife im Rahmen des Geschäftsmodells des Klägers außerhalb der Tarif-/Programmbeschreibung des Easym.-Programms war“. Vielmehr hat der Kläger die von der Beklagten festgelegten Voraussetzungen für „Easy M.“ jedenfalls formal erfüllt.

**69**

d) Gemäß der von der Beklagten zitierten Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TNV) ist (nur) der Handel mit aktivierten SIM-Karten verboten; dass der Kläger mit solchen Karten gehandelt habe/solche Karten veräußert habe, lässt sich nicht feststellen bzw. scheidet hinsichtlich der Karten, die er in seinem Besitz hat, ohnehin schon begrifflich aus.

**70**

Ob sich der Kläger Easym.-Guthabensteile deswegen, weil er diese Guthabensteile durch Wahlwiederholungs-Apps und overlapping calls (überwiegend) selbst kreiert hat, den Einwand treuwidrigen Verhaltens entgegenhalten lassen muss (siehe hierzu Palandt, 78. Aufl., § 242, Rn. 43: Unredlicher Erwerb der eigenen Rechtsstellung durch zielgerichtetes vertragswidriges Verhalten) und wie sich insoweit das passive Verhalten der technisch auch versierten/technisch nicht unterlegenen Beklagten auswirkt, muss der Senat nicht entscheiden: Denn es fehlt (wie schon mehrfach ausgeführt) an einer Bezifferbarkeit des gerade durch das Easym.-Programm entstandenen Guthabensteils; Vorbringen zu einer solchen Bezifferbarkeit ist - s.o. - erst verspätet und damit präkludiert erfolgt.

**71**

Der andere durch Einzahlungen/Aufladungen usw. entstandene Guthabensteil ist auch selbst nach Beklagtenvortrag nicht so gering, dass er vernachlässigbar wäre bzw. dass das gesamte Guthaben als durch das Easym.-Programm entstanden und als daher treuwidrig aufgebaut eingestuft werden könnte.

**72**

4. Zum Anspruch auf Ersatz des die SIM-Karten betreffenden Sammlerwerts (101.600,00 €):

**73**

Ein solcher Anspruch besteht aus insbesondere folgenden Gründen nicht:

**74**

a) Gemäß I.) des vorliegenden Urteilsabschnitts (negative Feststellungsklage) war die Kündigung vom 18.02.2016 rechtmäßig; entsprechend fehlt es an der für einen vertraglichen Anspruch erforderlichen Pflichtverletzung.

**75**

b) Ansprüche aus Deliktsrecht scheitern insbesondere auch daran, dass der Kläger Eigentümer der Karten bleibt, eine Substanzverletzung nicht ersichtlich ist und die Kündigung einen den SIM-Karten wegen „besonderer Rufnummern (besonderer Zahlenfolge)“ (Blatt 389 d. A., Blatt 1 des Kläger-Schriftsatzes vom 29.10.2019) gegebenenfalls zukommenden Liebhaberwert nicht beeinträchtigt.

#### **76**

Dass der Wert der SIM-Karten bei wirksamer Kündigung der auf den Karten aktivierten und das Easym.-Programm enthaltenden Verträge sinkt, hat mit einem „Sammlerwert“ nichts zu tun; im Übrigen ist ein solches Absenken nicht rechtswidrig, da die das Absinken veranlassende Kündigung rechtmäßig ist (siehe soeben bei a)).

#### **77**

5. Zinsen auf den aufgrund des Antrags 2.) zugesprochenen Betrag stehen dem Kläger erst ab Rechtshängigkeit zu (§ 291 BGB). Dass die Beklagte wirksam zum 29.03.2016 gekündigt hat (K 4), rechtfertigt den beantragten Verzinsungsbeginn („ab dem 30. März 2016“) nicht, begründet insbesondere keinen Verzug.

#### **78**

Die Zinshöhe ergibt sich aus § 291 Satz 2, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

III., d. h. zum Antrag 3.)

(hilfsweise Feststellung eines Anspruchs auf Auszahlung des Guthabens in Höhe von 224.840,02 €)

#### **79**

Über diesen Antrag ist zu entscheiden, weil die zulässig gesetzte innerprozessuale Bedingung eingetreten ist, unter die der Kläger diesen Antrag gestellt hat: Denn nach den Ausführungen bei II. des vorliegenden Urteilsabschnitts ist der Antrag 2.) jedenfalls nicht vollständig begründet.

#### **80**

Dieser Antrag 3.) (Feststellungsantrag) ist jedoch unzulässig: Dies ergibt sich aus dem bei § 256 Abs. 1 ZPO geltenden Grundsatz des „Vorrangs der Leistungsklage“ und dem Umstand, dass der Kläger im Antrag 2.) den im Antrag 3.) als festzustellender begehrten Guthabensbetrag per Zahlungsklage/Leistungsklage geltend gemacht hat (und überdies genau in der Höhe dieses Betrags erfolgreich war).

C.

#### **81**

1. Die Zinsentscheidung hat der Senat bereits am Ende von B. II. begründet.

#### **82**

2. Die prozessrechtlichen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

#### **83**

3. Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor. Insbesondere verkennt der Kläger auf Blatt 341 der Akten: Dass niemand ohne rechtliche Grundlage befristete Vertragsverhältnisse kündigen darf, ist selbstverständlich und daher nicht höchstrichterlich klärungsbedürftig; der a. a. O. weiter angesprochene Hinweis des Gerichts (I. 2. der Verfügung vom 15.05.2019) betraf die Frage, ob auf die den jeweiligen Vertrag charakterisierende Leistung oder auf die bei vielen Verträgen vorkommende Pflicht zum Bezahlen abgestellt werden soll; auch hier besteht kein höchstrichterlicher Klärungsbedarf.

#### **84**

4. Den Streitwert hat der Senat bereits im Termin festgesetzt.

Verkündet am 12.12.2019