

Titel:

Zulässigkeit von Anschlusspreis-Klausel beim Abschluss von Mobilfunkverträgen

Normenketten:

UKlaG § 1, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 4

UWG § 3 Abs. 1, § 3a, § 8 Abs. 1 u. 3 Nr. 3, § 12 Abs. 1 S. 2

BGB § 305 Abs. 1 S. 1, § 307 Abs. 3 s. 1

TKG § 43a Abs. 1 Nr. 6 TKG

RL 2018/1972/EU Art. 102 Abs. 3 Buchst. c

Leitsätze:

1. Bei der Vereinbarung eines Anschlusspreises im Rahmen eines Mobilfunkvertrages handelt es sich um eine Preisabrede und nicht um eine Preisnebenabrede, weil es sich bei der Aktivierung des Mobilfunkanschlusses um eine abgrenzbare Teilleistung handelt.

2. Preisabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sind, unterliegen der freien Preisgestaltung. Sie müssen allerdings den Anforderungen der Transparenzkontrolle, § 307 Abs. 3 S. 2 BGB, genügen.

Die Vereinbarung eines einmaligen Anschlusspreises beim Abschluss eines Mobilfunkvertrages in AGB ist aufgrund ihrer Eigenschaft als Preisabrede der Inhaltskontrolle entzogen. Sie steht mit der Hauptleistung, den Anschluss zu verschaffen, im Synallagma und unterliegt nach der Intention des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der freien Preisgestaltung. (Rn. 46 u. 51 – 55) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagwort:

AGB

Rechtsmittelinstanzen:

OLG München, Urteil vom 28.07.2022 – 29 U 4834/21

BGH Karlsruhe, Beschluss vom 14.11.2024 – III ZR 250/22

Fundstellen:

CR 2021, 689

MDR 2021, 1522

MD 2021, 1227

MMR 2022, 168

GRUR-RS 2021, 20610

LSK 2021, 20610

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

III. Das Urteil ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zu vollstreckenden Kosten.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten um den Anschlusspreis beim Abschluss von Mobilfunkverträgen sowie um vorgerichtliche Abmahnkosten.

2

Der Kläger ist eine in die vom Bundesamt für Justiz (vormals: Bundesverwaltungsamt) geführte Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragene qualifizierte Einrichtung (Bescheinigung, Anlage

K1). Die Beklagte ist eine große deutsche Mobilfunkanbieterin und versorgt rund vierzig Millionen Kunden, insbesondere auch Verbraucher, mit mobilen Zugängen zum öffentlichen Telekommunikationsnetz.

3

Die Beklagte verlangt nach der „Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen ... Postpaid“ (Preisliste, Anlage K2) bei Abschluss eines Mobilfunkvertrages nach diesem Tarif einen einmaligen Anschlusspreis von 29,99 €. Die Liste wird im stationären Handel und im Onlinehandel eingesetzt und der Anschlusspreis an mehreren Stellen im Bestellprozess ausgewiesen.

4

Wegen dieser von der Beklagten verwendeten Preisliste hat der Kläger die Beklagte am 10.10.2019 abgemahnt und sie aufgefordert, sich bis zum 24.10.2019 strafbewehrt zu verpflichten, die den Anschlusspreis regelnde Bestimmung in Zukunft nicht mehr zu verwenden. Außerdem hat er die Beklagte aufgefordert, den anlässlich der Abmahnung entstandenen, pauschal bezifferten Aufwand in Höhe von 267,50 € zu ersetzen (Schreiben, Anlage K3). Dem ist die Beklagte mit Schreiben vom 24.10.2019 (Schreiben, Anlage K4) entgegengetreten.

5

Dem streitgegenständlichen Sachverhalt war eine Beschwerde eines Verbrauchers vorausgegangen, der mit der Beklagten einen Vertrag geschlossen hatte, wonach jene ihm gegen Zahlung eines monatlichen Grundpreises von 7,99 Euro Zugang zum Mobilfunknetz gewähren sollte. Nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers soll ein Anschlusspreis von 29,99 Euro, von dem bei Vertragsschluss „nicht die Rede gewesen sein soll“, auch verlangt und wiederholt angesetzt worden sein. Nach Kontakt über den Kläger erließ der Kundenservice der Beklagten dem Verbraucher die beanstandeten Anschlusspreise, machte aber zugleich deutlich, dass ein Anschlusspreis prinzipiell zu zahlen sei.

6

Der Kläger ist der Ansicht,

die Erhebung des Anschlusspreises sei unzulässig. Ihm stünde sowohl aus § 1 UKlaG als auch aus § 8 Abs. 1 S. 1 UWG nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG bzw. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ein Unterlassungsanspruch zu. Die Abmahnkosten könne er aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG verlangen, der Anspruch hinsichtlich der Zinsen ergebe sich aus §§ 280, 286 BGB.

7

Die Vereinbarung des Anschlusspreises sei als Bestandteil der antragsgegenständlichen Preisliste „Allgemeine Geschäftsbedingung“. Dies gelte auch dann, wenn sie (im stationären Handel) in einem zu unterzeichnenden Antragsformular enthalten sei oder bei einer Bestellung über das Internet ein expliziter Hinweis auf diese erfolge. Eine derartig konkrete Vereinbarung werde nicht individuell ausgehandelt.

8

Beim Anschlusspreis handele es sich nicht um eine Preisabrede gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, die von der Inhaltskontrolle ausgenommen sei. Preisabreden seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 07.12.2010 - XI ZR 3/10) nur solche Entgeltklauseln die „unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung regeln“ oder „das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen“. Der gesondert zu vergütende Anschluss sei keine neben der vertragstypischen Hauptleistung angebotene Sonderleistung und auch nicht Teil der Hauptleistung.

9

Der in der Klausel in Bezug genommene initiale Anschluss sei nichts anderes als der Beginn mit der Hauptleistung. Der bloße Beginn mit einer Hauptleistung vermittle dem Kunden nicht nur keinen Vorteil, der mit einer Vergütung gerechtfertigt werden könne, er lasse sich tatbestandlich auch nicht von der Hauptleistung unterscheiden. Er stelle im Synallagma für sich genommen gar keine Leistung dar, er könne also nicht Gegenstand einer gesonderten Vergütungsvereinbarung sein.

10

Der Anschlusspreis sei auch kein Bestandteil des für die Hauptleistung zu zahlenden Entgelts. Zwar ließe sich grundsätzlich das für die Hauptleistung zu zahlende Entgelt aufteilen. Dies müsse sich aber im

Synallagma entweder in tatbestandlich voneinander abgrenzbaren Teilleistungen oder rechnerisch bestimmbaren Bruchteilen widerspiegeln. Dies sei beim Anschlusspreis nicht der Fall.

11

Wäre der Anschlusspreis Gegenleistung für eine Hauptleistung, könne er dies entweder nur als Preis für eine abgrenzbare Einzelleistung sein oder aber als ein rein rechnerisch bestimmbarer Bruchteil der Gesamtleistung, die Beklagte könne sich nicht auf beides berufen.

12

Soweit die Beklagte den Anschlusspreis als Gegenleistung für die Eröffnung des Mobilfunknetzes, insbesondere die Einbuchung ins Netz und die Ausstellung und Aktivierung der SIM-Karte ansehe, lasse sich diese Leistung nicht von der danach zu erbringenden, gesondert zu vergütenden Leistung unterscheiden. Der Kläger verweist darauf, dass das Wohnen in einer Mietwohnung ebenso wenig eine Leistung der Vermieters sei, wie die Netznutzung eine Leistung des Netzbetreibers.

13

Die andauernde Überlassung des SIM-Karte sei geschuldet, abgrenzbar sei insoweit nur die Herstellung, es sei fraglich, ob sich dies unter den Anschlusspreis subsumieren lasse. Außerdem werde zunehmend eine eSIM benutzt, so dass ein entsprechender Aufwand nicht mehr anfalle. Im Übrigen sei die SIM-Karte Bestandteil des von der Beklagten betriebenen Netzes, sie habe keinen über die Nutzung im konkreten Vertrag hinausgehenden Wert. Auch zu Beginn des Mietverhältnisses käme kein Entgelt für die Herstellung eines Schlüssels oder die Herstellung einer Tür im Mietverhältnis in Betracht. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Darlehensverträge sei anerkannt, dass sich der Darlehensgeber die Überlassung des Kapitals nicht über die Bestimmung eines laufenden Zinses, sondern daneben auch in Gestalt einer „zinsähnlichen“ Einmalzahlung vergüten lassen könne (Urteil vom 05.06.2018 - XI ZR 790/16). Um ein solches Entgelt handele es sich beim Anschlusspreis jedoch nicht.

14

Die streitgegenständliche Klausel unterliege daher der Inhaltskontrolle und sei unwirksam. Die Unwirksamkeit liege auf der Hand, da dem Entgelt keine adäquate Leistung zugeordnet werde könne.

15

Eine Branchenüblichkeit oder die Erwähnung des Anschlusspreises in Verwaltung und Rechtsprechung ändere daran nichts. Aus der Erwähnung des Anschlusspreises lasse sich eine Zulässigkeit nicht ableiten. Im Übrigen seien Bezugnahmen auf den Anschlusspreis historisch bedingt. Vergleichbare Erschließungsleistungen erbringe die Beklagte bei der initialen Bereitstellung mobiler Netzzugänge nicht.

16

Der Kläger beantragt daher,
die Beklagte zu verurteilen,

1.1.1. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgelds bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, beim Abschluss von Verträgen mit Verbrauchern über die Überlassung eines mobilen Zugangs zum öffentlichen Telekommunikationsnetz - wie in der als Anlage K2 vorgelegten Preisliste - einen Anschlusspreis zu bestimmen oder sich bei der Abwicklung derartiger Verträge gegenüber Verbrauchern auf eine solche Bestimmung zu berufen, sowie

2. an den Kläger 267,50 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB seit dem 05.11.2019 zu zahlen.

17

Die Beklagte beantragt,
die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

18

Die Beklagte trägt vor,

der Anschlusspreis sei eine „feste Größe“ im Telekommunikationsbereich und seit vielen Jahren Gegenstand von Telefondienstverträgen nahezu sämtlicher Anbieter sowohl im Mobilfunk- als auch im Festnetzbereich (Anlagenkonvolut LSG 1).

19

Auch sei der Anschlusspreis den angesprochenen Verkehrskreisen seit vielen Jahren geläufig und daher für diese nicht überraschend (Anlagenkonvolute LSG 2 und 3).

20

Der einmalige Anschlusspreis sei im Hinblick auf wettbewerbsrechtliche Fragen der transparenten Ausweisung des Anschlusspreises im Rahmen der Gesamtpreisangabe mehrfach Gegenstand höchst- und obergerichtlicher Rechtsprechung gewesen (BGH GRUR 2006, 164 - Aktivierungskosten II; BGH Urteil vom 22.04.2009 - 1 ZR 14/07; OLG Hamburg, Urteil vom 42.01.2019 - 3 U 130/18). Die grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung sei nie in Zweifel gezogen worden. Ebenso finde er sich in gesetzlichen Regelungen, die die Zulässigkeit des Anschlusspreises voraussetzten, z.B. in der TK-TransparenzVO, in Art. 102 Abs. 3 lit. c der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 über den Kodex für elektronische Kommunikation und in der Durchführungsverordnung (EU) 2019/2243 der Kommission vom 17.12.2019 sowie in § 52 Abs. 2 TKG-Referentenentwurf.

21

Die Beklagte ist der Auffassung,

der Klageantrag zu Ziffer 1 sei unzulässig, da er nicht den Bestimmtheitsanforderungen der § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und § 8 UKlaG genüge.

22

Ein Verstoß ergebe sich nicht aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB, da es sich bei der Preisliste nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB handele. Grundlage für den einmaligen Anschlusspreis sei stets die konkrete Vereinbarung zwischen der Beklagten und ihren Kunden und nicht die Preisliste. Er sei aufgrund der Informationspflicht für Telekommunikationsanbieter aus § 43 a Abs. 1 Nr. 6 TKG in der Preisliste enthalten, der das Vorhalten eines „allgemein zugänglichen, vollständigen und gültigen Preisverzeichnisses“ vorsehe.

23

Außerdem sei der Anschlusspreis eine kontrollfreie Preisabrede, was sich bereits aus dem Wortlaut ergebe. Als Preisbestandteil unterliege der Anschlusspreis der freien Preisgestaltung des Anbieters. Es handele sich nicht um eine ausnahmsweise kontrollfähige Preisnebenabrede.

24

Preisnebenabreden beträfen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Preisbestandteile, die „keine echte (Gegen)Leistung zum Gegenstand haben, sondern mit denen der Klauselverwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand für die Erfüllung gesetzlich oder nebenvertraglich begründeter eigener Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten auf den Kunden abwälzt, die der Verwender im eigenen Interesse erbringt“ (BGH NJW 2017, 2986).

25

Zu den kontrollfreien Preisabreden hingegen zählten diejenigen Klauseln, die den zu zahlenden Preis unmittelbar festlegten, gleichgültig, ob es sich um den Preis für eine Hauptleistung oder eine rechtlich nicht geregelte Sonderleistung handele (BGH NJW 2011, 1801).

26

Beim Anschlusspreis handele es sich um ein Teilentgelt für einen Teil der von der Beklagten erbrachten Hauptleistung. Hauptleistung sei, „dem Kunden den Zugang zu dem vertragsgegenständlichen (...) Mobilfunknetz zu eröffnen und es ihm zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit beliebigen dritten Teilnehmern eines Mobilfunknetzes oder Festnetzes Sprache auszutauschen“ (BGH ZUM-RD 2002, 518). Der Anschlusspreis betreffe die Leistung „Eröffnung des Mobilfunknetzes“, das monatliche Entgelt die „Nutzung des Mobilfunknetzes“.

27

Der Anschluss des Kunden an das Mobilfunknetz lasse sich von der Nutzung des Mobilfunknetzes unterscheiden und rechtfertige auch eine gesonderte Vergütung, es handele sich nicht lediglich um den

Beginn der Hauptleistung, sondern den der Nutzung vorgelagerten Teil der Hauptleistung „Eröffnung zum Mobilfunknetz“. Diese Leistung habe sich aufgrund der technischen Entwicklung inhaltlich verändert, sei aber nicht weggefallen. Heute bedürfe es einer Aktivierung der SIM-Karte und einer Einbuchung des neuen Teilnehmers in das Mobilfunknetz.

28

Von der kontrollfähigen Nebenabrede unterscheide sich der einmalig Anschlusspreis dadurch, dass er eine echte Gegenleistung zum Gegenstand habe, die von der Beklagten im Interesse der Kunden für diese erbracht werde, ohne dass hierzu eine gesetzliche Pflicht bestünde.

29

Die Beklagte führt weiter aus, dass sich der Preis als Hauptleistungspflicht des Kunden auch aus mehreren Bestandteilen zusammensetzen könne, in der konkreten Preisgestaltung sei der Leistungsanbieter nämlich frei (BGH NJW 2014, 2420).

30

Dass es sich beim Grundpreis und beim Anschlusspreis um Preisbestandteile der Hauptleistung handele, sei daran erkennbar, dass beide Preisbestandteile häufig Gegenstand von Rabattaktionen seien.

31

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Darlehensverträgen (BGH vom 05.06.2018, AZ XI ZR 290/16 - Zinscap-Prämien; BGH vom 13.05.2014, Az. XI ZR 405/12 - Bearbeitungsentgelt in Privatarlehens-AGB).

32

Die Unzulässigkeit ergebe sich ferner nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Deaktivierungsgebühren (BGH vom 18.02.2002, Az.: III ZR 199/01). Die Deaktivierungsgebühr sei deshalb eine kontrollfähige Nebenabrede, da sie kein Entgelt für eine vertragliche Hauptleistung sei und auch sonst nicht im Interesse des Kunden erbracht werde.

33

Im Übrigen wäre auch kein Verstoß gegen das Transparenzgebot in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB gegeben, da die Beklagte den Anschlusspreise transparent und wettbewerbskonform ausweise.

34

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 04.05.2021 (Bl. 62-64 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

35

Die zulässige Klage hat in der Sache keinen Erfolg. Mangels unlauterer geschäftlicher Handlung der Beklagten steht dem Kläger ein Unterlassungsanspruch nicht zu. Folglich ist auch der Anspruch auf Kostenerstattung nicht begründet.

A.

36

Die Klage ist zulässig, insbesondere ist das angerufene Gericht gemäß § 13 Abs. 1 UWG, § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG sachlich und gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG, §§ 12, 13, 17 Abs. 1 ZPO örtlich zuständig.

37

Auch ist der Unterlassungsantrag gem. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hinreichend bestimmt. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich die Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was der Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (st. Rspr.; vgl. BGH NJW 2011, 2657 - Doubleopt-in-Verfahren). Diesen Anforderungen genügt der von dem Kläger formulierte Unterlassungsantrag, indem er die konkrete Verletzungsform umschreibt und im Antrag zudem auf die streitgegenständliche Preisliste in Anlage K2 ausdrücklich Bezug nimmt.

B.

I.

38

Ein Unterlassungsanspruch des Klägers ergibt sich aus § 1 UKlaG i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG nicht.

39

1. Als in die Liste der qualifizierten Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG aufgenommener Verbraucherschutzverein ist der Kläger gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 UKlaG zwar aktivlegitimiert.

40

2. Es fehlt jedoch an einer unlauteren Handlung der Beklagten. Die Vereinbarung eines Anschlusspreises im streitgegenständlichen Preiskatalog (Preisliste, Anlage K 2), die wegen ihrer Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen als Allgemeine Geschäftsbedingung gem. § 305 Abs. 1 BGB anzusehen ist, verstößt nicht gegen die §§ 307 ff. BGB.

41

a. Bei der verfahrensgegenständlichen „Preisliste für Mobilfunkleistungen ... Postpaid“ (Preisliste, Anlage K2), in welcher ein einmaliger Anschlusspreis von 29,99 € bestimmt wird, handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen.

42

Gemäß § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt.

43

Die streitgegenständlichen Tarife sind in der Preisliste (Anlage K2) erkennbar vorformuliert. Sie liegen - wie durch den Abdruck als solchen erkennbar - schon vor Vertragsschluss vor.

44

Sie sollen auch, dies ergibt sich bereits aus der Anmerkung „gilt für alle Neuabschlüsse und für alle Vertragsverlängerungen mit Tarifwechsel in diese Tarife“ (Seite 1 der Anlage K2), für eine Vielzahl von Verträgen geschlossen werden. Sie werden ferner, dies ergibt sich aus der Überschrift der Preisliste („... Preisliste für Mobilfunkdienstleistungen ... Postpaid“, Seite 1 der Anlage K2), von der Beklagten als Verwenderin gestellt.

45

Entgegen der Auffassung der Beklagten, ist die Preisliste nicht das Ergebnis einer individuellen Aushandlung eines Tarifs im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB. Eine Individualvereinbarung in Bezug auf den Anschlusspreis ist - bei Vereinbarung einer Abweichung von den in der Preisliste enthaltenen Preise - sicherlich möglich. Bei der regelhaften Verwendung der für eine Vielzahl von Fällen von der Beklagten vorformulierten Vertragsbedingungen fehlt es jedoch an einer solchen individuellen Vereinbarung.

46

b. Die Vereinbarung des Anschlusspreises ist aufgrund ihrer Eigenschaft als Preisabrede der Inhaltskontrolle entzogen. Sie unterliegt nach der Intention des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der freien Preisgestaltung.

47

aa. Die Inhaltskontrolle ist nach § 307 Abs. 1 BGB auf Klauseln beschränkt, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine bloß deklaratorischen Klauseln oder solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen (ständige Rechtsprechung, z.B. BGH NJW 2018, 534 Rn. 15; NJW-RR 2016, 1387 Rn. 12; NJW 2015, 328 [331] Rn. 37; NJW 2011, 1726 Rn. 15; NJW 2002, 2386; NJW 2013, 995 Rn. 13). Denn der im Bürgerlichen Recht geltende Grundsatz der Privatautonomie stellt es den Vertragsparteien im Allgemeinen frei, Leistung und Gegenleistung zu bestimmen, weshalb es insoweit regelmäßig auch an gesetzlichen Vorgaben und damit an einem Kontrollmaßstab fehlt (BGH NJW 2018, 534 [535]; NJW 2015, 328 [331]; NJW 2011, 1726; NJW 2002, 2386; NJW 2010, 2789 [2790] Rn. 19).

48

Preisnebenabreden dagegen treten als lediglich ergänzende Regelungen, die die Art und Weise der Erbringung der Vergütung und/oder etwaige Modifikationen des Preises zum Inhalt haben, „neben“ eine bereits bestehende Preis(haupt-)abrede (BGH NJW 2010, 2789; NJW 2001, 2399) und gestalten auf diese Weise zwar indirekt die vertragliche Vergütung. Sie bestimmen aber nicht unmittelbar das Ob und den Umfang von Entgelten für Leistungen, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht werden (BGH NJW 2019, 47). Vielmehr wälzt der Verwender durch sie nur allgemeine Betriebskosten oder Aufwendungen zur Erfüllung eigener gesetzlicher oder nebenvertraglicher Pflichten oder für sonstige Tätigkeiten, die in seinem eigenen Interesse liegen, auf den Kunden ab (BGH NJW 2011, 1726 Rn. 18; NJW 2013, 995 Rn. 13).

49

bb. Der als Dauerschuldverhältnis zu qualifizierende Mobilfunkvertrag ist eine besondere Form des Telefondienstvertrags. Die Kernpflicht des Anbieters eines solchen Vertrages ist es, dem Kunden den Zugang zu dem Mobilfunknetz zu eröffnen und es ihm somit zu ermöglichen, unter Aufbau abgehender und Entgegennahme ankommender Telefonverbindungen mit beliebigen dritten Teilnehmern eines Mobilfunknetzes oder Festnetzes Sprache auszutauschen (vgl. BGH NJW 2002, 361 unter Verweis auf: Graf v. Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 170 f.; so auch: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 31, Rn. 150 ff.).

50

Hierzu gehört z.B. bei nummerngebundenen Diensten wie dem vorliegenden auch die Pflicht, dem Teilnehmer die vereinbarte Nummer in dem betreffenden Teilnehmernetz zur Verfügung zu stellen. Bei Mobilfunkverträgen ist auch die Übergabe der SIM-Karte sowie der zugehörigen PIN/PUK Teil der Hauptleistungspflicht des Anbieters (Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 31, Rn. 151).

51

Die Anschlussaktivierung ist bei einem Mobilfunkvertrag damit abgrenzbare Teilleistung für die darauffolgende Teilleistung, mit anderen Teilnehmern eines Mobilfunknetzes Sprache und Daten auszutauschen. Die Nutzung des Mobilfunknetzes wird mit der monatlichen Grundgebühr vergütet. Für die Aufnahme und Einbuchung in das Mobilfunknetz ist ein Anschlusspreis zu zahlen. Das jeweilige Entgelt kann insofern einem bestimmten Teil der Hauptleistung zugeordnet werden.

52

Dass es sich insoweit um (trennbare) Hauptleistungen handelt, zeigt sich ferner darin, dass sich die Höhe der monatlichen Grundgebühren bei Mobilfunkverträgen nach Höhe des für die Kommunikation begehrten Datenvolumens richten können. Ist das Datenvolumen aufgebraucht, kann die Kommunikation nicht oder nur noch eingeschränkt stattfinden, ohne dass davon die Nummer oder die SIM-Karte, PIN oder PUK betroffen wären. Bei Zubuchung von Datenvolumen gegen Entgelt wiederum bleibt der Anschlusspreis als davon zu unterscheidende Leistung unberührt.

53

Zugleich wäre wechselseitig ohne die Erbringung jeder dieser Leistungen, das heißt ohne ausreichendes Datenvolumen und/oder ohne Anschlussfreischaltung (SIM/Nummernvergabe), eine vertraglich geschuldete Kommunikation nicht möglich. Beide Leistungen bestimmen damit das Ob und den Umfang der vertraglichen Leistung, was für Nebenleistungen nicht gleichermaßen der Fall ist.

54

Das Vorgesagte zeigt auch, dass Leistung und Gegenleistung von Anschluss und Preis - entgegen der Ansicht des Klägers - im Synallagma stehen und es gerade diesem Synallagma entspricht, dass der Anschlusspreis „unabhängig von den übrigen Entgelten“ in einer Höhe und „unabhängig von etwaigen Kündigungsmöglichkeiten“ verlangt wird. Dass die Leistung insoweit (notwendige) Teilleistung für die weitere Teilleistung ist, macht sie, anders als der Kläger vorgibt, auch nicht nur zum „bloßen Beginn der Hauptleistung“, der dem Kunden „keinen Vorteil“ vermittelt.

55

Weiter unterscheidet sich der Anschlusspreis auch dadurch deutlich von den Preisnebenabreden, dass es sich bei ihm gerade nicht um ein von der Beklagten angebotenes Nebenprodukt handelt, das nach dem

Konzept des Vertrags nur als Ausnahme anfällt, und auf das der primär an der Hauptleistung interessierte Vertragsschließende regelmäßig nicht sein zentrales Augenmerk lenkt (vgl. LG München I NJW-RR 2001, 278). Er lässt sich damit von einer Deaktivierungsgebühr (BGH MMR 2002, 542), einem Pfand für eine SIM-Karte (BGH MMR 2015, 240), einer Nichtnutzungsgebühr (OLG Schleswig MMR 2012, 809) sowie einem Einzelgesprächsnachweis, einer Rücklastschriftgebühr/doppelte Bearbeitung und Sperrkosten bei Nichtzahlung der Rechnung (LG München I NJW-RR 2001, 278), welche allesamt letztgenannte Kriterien erfüllen und von der Rechtsprechung als Preisnebenabrede eingeordnet werden, unterscheiden.

56

Dass gerade beide Haupt-Preisbestandteile häufig mit Rabattaktionen oder verschiedenen Preisgestaltungen Gegenstand des Preiswettbewerbs sind, ist ihrem Hauptleistungscharakter geschuldet. Nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie ist es gerade Intention der geltenden AGB-Gesetzgebung, diese Preisgestaltungen der Hauptleistungspflichten zu ermöglichen und entsprechende Hauptleistungen der „AGB-Kontrolle“ - mit Ausnahme des Transparenzgebots - zu entziehen.

57

Die Aufteilung von Entgelten in (einmalige) Aktivierungsentgelte und wiederkehrende verbrauchsabhängige Entgelte entspricht schließlich auch dem gesetzlichen Leitbild aus Art. 102 Abs. 3 lit. c der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation und dem gleichlautenden § 54 Abs. 3 Nr. 3 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Umsetzung der vorbenannten Richtlinie, BT-Drucksache 19/26108 („... Die Vertragszusammenfassung muss die Hauptelemente der Informationspflichten darlegen und umfasst mindestens folgende Informationen: ... die jeweiligen Preise für die Aktivierung der elektronischen Kommunikationsdienste und alle wiederkehrenden oder verbrauchsabhängigen Entgelte, wenn die Dienste gegen direkte Geldzahlung erbracht werden“). Das dargestellte Leitbild greift den Anschlusspreis als „Hauptelement“ auf und stellt ihn neben das weitere „Hauptelement“ der verbrauchsabhängigen Gebühren. Es handelt sich insoweit gerade nicht um eine bloße Erwähnung des Anschlusspreises (in Verwaltung/Gesetzgebung), von der - wie der Kläger zu Recht ausführt - nicht auf die Zulässigkeit des Anschlusspreises geschlossen werden könnte.

58

Auch die Argumente des Klägers für das Vorliegen einer bloßen Preisnebenabrede unter Verweis auf etwaige Pflichten in Miet- und Darlehensverträgen greifen nicht durch, da die von dem Kläger angeführten Vertragsgestaltungen es nicht unzulässig machen, bei anderen Vertragstypen einzelne Bestandteile der Hauptleistung gesondert zu vergüten.

59

Auf die konkreten Kosten der SIM-Karte, auf die der Kläger verweist, kommt es nicht an, nachdem die Anschlusseröffnung als solche (mit u.a. Aktivierung/Einbuchung und Bereitstellung der Nummer) einer gesonderten Anstrengung bedarf.

60

cc. Auf Grundlage dieser Überlegungen ist die vom Kläger angegriffene Bestimmung als nicht kontrollfähige Leistungsbeschreibung im Sinne einer Preisabrede anzusehen.

61

c. Die Anschlusskosten sind in der Preisliste (Anlage K2) klar, einfach und präzise dargestellt, auf sie wird im Bestellprozess hingewiesen, womit die Ausgestaltung den Kunden nicht unangemessen benachteiligt und dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB, das gem. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB auch für das Hauptleistungsversprechen der Preisabsprache gilt, entsprochen wurde.

II.

62

Da der Kläger keinen Verstoß gegen § 307 BGB geltend machen kann, ist ein Rechtsbruch im Sinne des § 3 a UWG und eine unlautere geschäftliche Handlung gem. § 3 Abs. 1 UWG nicht gegeben und auch der Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG unbegründet.

III.

63

Auf Grundlage der vorstehenden Ausführungen war schließlich die vom Kläger ausgesprochene Abmahnung unbegründet, weshalb kein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Kosten besteht.

C.

64

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus § 709 ZPO.