

Az.: 12 O 18696/11

Urkundsbeamter der Geschäfts-  
stelle



**IM NAMEN DES VOLKES**

**In dem Rechtsstreit**

**Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.**, vertreten durch d. Vorstand Klaus Müller, Min-  
tropstraße 27, 40215 Düsseldorf  
- Kläger -

Prozessbevollmächtigter:

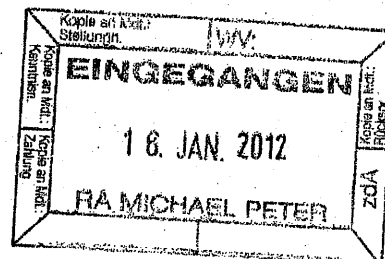
**Rechtsanwalt Peter Michael**, Tempelhofer Damm 2, 12101 Berlin, Gz.: 187/11-MP

gegen

**StarCom GmbH**, vertreten durch d. Geschäftsführer Markus Schunk, Kistlerhofstraße 170,  
81379 München  
- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen **Unterlassung**



erlässt das Landgericht München I, 12. Zivilkammer, durch Vorsitzenden Richter am Landgericht [REDACTED] Richter am Landgericht [REDACTED] und Richterin am Landgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2011 folgendes

### **Endurteil:**

- I. 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, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen mit Verbrauchern einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:
  1. [1. "§ 2 Preisänderungen  
2.] **SC hat das Recht, jederzeit Preisänderungen vorzunehmen. Dies betrifft sowohl den Grundvertrag als auch weitere Tarifbestandteile (z. B. Flatrates), auch wenn diese als Option hinzu gebucht sind. SC wird den Kunden mindestens sechs Wochen vorher (schriftlich oder elektronisch) über Änderungen informieren. Die Änderung gilt als genehmigt, wenn der Kunde nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Änderungsmitteilung mit Wirkung zum Änderungszeitpunkt schriftlich widerspricht. In der Änderungsmitteilung weist SC den Kunden auf das Kündigungsrecht hin.**
  2. [§ 5 Bereitstellung der Leistungen / Leistungsbestimmung  
2. Die dem Kunden für die Vertragsdauer überlassenen technischen Einrichtungen (CPE) bleiben - soweit nichts anderes vereinbart wird - Eigentum von SC. Bei Beeinträchtigung des Eigentumsrechts durch Pfändung, Beschädigung oder Verlust ist SC unverzüglich zu informieren.] **Hat der Kunde die Beeinträchtigung zu vertreten, kann SC den Vertrag außerordentlich kündigen [und Schadensersatz verlangen],**
  3. [§9 Besondere Bestimmungen für Preselection] **SC ist außerdem berechtigt, die Flatrate oder den Vermag insgesamt außerordentlich zum Ende des folgenden Monats zu kündigen, wenn der Kunde in drei aufeinander folgenden Monaten ein Gesprächsaufkommen von mehr als 1.200 Gesprächsminuten mtl. hat.**
  4. [§ 9 Besondere Bestimmungen für Preselection]  
4. **Bei diesem Tarif handelt es sich um einen Privatkundentarif. Bei insoweit**

**atypischem Nutzungsverhalten (z. B. Rufumleitungen) ist SC abweichend von § 8 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt.**

5. [§10 Besondere Bestimmungen für den Vollanschluss]

**3. Soweit eine Flatrate (als Produktbestandteil oder Option) Vertragsinhalt ist, ist SC berechtigt, die Flatrate oder den Vertrag insgesamt außerordentlich zum Ende des folgenden Monats zu kündigen, wenn der Teilnehmer ein Gesprächsaufkommen von mehr als 1.200 Gesprächsminuten mtl. bzw. ein Datenvolumen von mehr als 50 GB mtl. hat.**

6. [§10 Besondere Bestimmungen für den Vollanschluss]

**4. Bei diesem Tarif handelt es sich um einen Privatkundentarif. Bei insoweit atypischem Nutzungsverhalten (z. B. Rufumleitungen) ist SC abweichend von § 8 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt.**

7. [§11 Zahlungsbedingungen]

**Die Zahlungsbeträge für die Dienstleistungen werden spätestens fünf (5) Werktage nach Zugang der E-Mail beim Kunden im Lastschriftverfahren vom Konto des Kunden eingezogen, wenn und soweit der Kunde innerhalb dieser Frist keine Einwendungen gegen die Rechnung erhoben hat.**

- II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 €<sup>3</sup> nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- III. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.
- IV. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 105% des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.
- V. Der Streitwert wird auf € 17.500,-- festgesetzt

### Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit allgemeiner Vertragsbedingungen.

Der Kläger ist ein Verbraucherverband und im Sinne von § 4 UKlaG anerkannte qualifizierte Einrichtung.

Die Beklagte bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an und verwendet dabei die als Anlage K 1 vorgelegten allgemeinen Vertragsbedingungen.

Der Kläger hält einzelne der in diesen Vertragsbedingungen verwendeten Klauseln, wie sie in den nachfolgenden Klageanträgen I.1 – 7 aufgelistet sind, für unwirksam.

Mit Schreiben vom 19.07.2011 hat der Kläger die einzelnen Klauseln gegenüber der Beklagten beanstandet und die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufgefordert, die Beklagte hat diese nicht abgegeben.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Klausel nach Klageantrag I. 1. gegen § 307 I, 308 Nr. 5b BGB verstoße, da die Klausel der Beklagten die Möglichkeit gewähre, umfassend Preise zu ändern, und damit in das vertragliche Äquivalenzverhältnis einzugreifen. Dies benachteilige den Kunden unangemessen. Zudem sehe die Klausel gerade nicht vor, dass der Kunde auf die Folgen seines Schweigens bei Zugang entsprechender Änderungsmittelungen hingewiesen werde, wie es § 308 Nr. 5b BGB vorsehe.

Die Klausel nach Klageantrag I. 2. sei unwirksam, nach § 307 I, II Nr. 1, 314 II BGB, da die Klausel nicht die Notwendigkeit einer Abmahnung vorsehe, die aber, da auch unwesentliche Beeinträchtigungen denkbar seien, die die für eine ausserordentliche Kündigung notwendige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses gerade nicht darstellten und mittels Abmahnung behoben werden könnten, nicht entbehrlich sei. Insbesondere auch bei Pfändungen könnte eine Abmahnung ausreichend sein bzw. erforderlich. Da die Klausel, die eine ausserordentliche Kündigung regelt, dies entgegen § 314 BGB nicht vorsehe, sei sie unwirksam.

Die Klauseln nach Klageantrag I. 3. und 5. verstießen gegen § 307 I, II Nr. 1, 314, 307 II Nr. BGB. Die Klauseln regelten ein außerordentliches Kündigungsrecht. Dieses setze jedoch wichtigen Grund, also einen Vertragsverstoß voraus, ein solcher sei aber bei einer bestimmungsgemäßen Nutzung – zu der bei einer Flatrate auch die unbegrenzte Nutzung gehöre – nicht gegeben. Die Festlegung bestimmter Nutzungsgrenzen bei einer Flatrate, deren Überschreitung eine außerordentliche Kündigung ermögliche, benachteilige den Verbraucher daher unangemessen, da sie den Vertragszweck gefährde.

Die Klauseln nach Klageantrag I. 4. und 6. verstießen gegen § 307 I, II Nr. 1, 314, 307 II Nr. BGB. Die Klauseln regelten de facto ein außerordentliches Kündigungsrecht. Eine solche sei nur möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliege, dieser ergebe sich nicht allein aus einem atypischen Nutzungsverhalten, da hierbei keinerlei Abwägung der Zumutbarkeit der Fortführung des Vertragsverhältnisse gegeben bzw. vorgesehen sei. Zudem sei der Begriff des „atypischen Nutzungsverhaltens“ völlig unbestimmt. Die Klauseln benachteiligten die Kunden unangemessen und seien intransparent.

Die Klausel nach Klageantrag I.7. verstoße gegen § 307 I BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH müsse dem Kunden die Möglichkeit der Überprüfung der Abrechnung offen stehen, hierfür seien mindestens 5 Werkzeuge notwendig. Die Fassung der Klausel erlaube es der Beklagten jedoch bereits unmittelbar nach Übermittlung der Abrechnung die Abbuchung vorzunehmen, so dass dem Kunden faktisch keine Prüfungszeit mehr bleibe. Die Klausel benachteilige den Kunden deswegen unangemessen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass eine Wiederholungsgefahr vorliege, da die Beklagte aussergerichtlich die Abgabe einer Unterlassungserklärung abgelehnt habe.

#### **Der Kläger beantragt**

- I. 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, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen

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

1. [1. "§ 2 Preisänderungen

2.] **SC hat das Recht, jederzeit Preisänderungen vorzunehmen. Dies betrifft sowohl den Grundvertrag als auch weitere Tarifbestandteile (z. B. Flatrates), auch wenn diese als Option hinzu gebucht sind. SC wird den Kunden mindestens sechs Wochen vorher (schriftlich oder elektronisch) über Änderungen informieren. Die Änderung gilt als genehmigt, wenn der Kunde nicht innerhalb eines Monats nach Zugang der Änderungsmitteilung mit Wirkung zum Änderungszeitpunkt schriftlich widerspricht. In der Änderungsmitteilung weist SC den Kunden auf das Kündigungsrecht hin.**

2. § 5 Bereitstellung der Leistungen / Leistungsbestimmung

2. Die dem Kunden für die Vertragsdauer überlassenen technischen Einrichtungen (CPE) bleiben - soweit nichts anderes vereinbart wird - Eigentum von SC. Bei Beeinträchtigung des Eigentumsrechts durch Pfändung, Beschädigung oder Verlust ist SC unverzüglich zu informieren.] **Hat der Kunde die Beeinträchtigung zu vertreten, kann SC den Vertrag außerordentlich kündigen [und Schadensersatz verlangen].**

3. [§9 Besondere Bestimmungen für Preselection]

**SC ist außerdem berechtigt, die Flatrate oder den Vertrag insgesamt außerordentlich zum Ende des folgenden Monats zu kündigen, wenn der Kunde in drei aufeinander folgenden Monaten ein Gesprächsaufkommen von mehr als 1.200 Gesprächsminuten mtl. hat.**

4. [§ 9 Besondere Bestimmungen für Preselection]

**4. Bei diesem Tarif handelt es sich um einen Privatkundentarif. Bei insoweit atypischem Nutzungsverhalten (z. B. Rufumleitungen) ist SC abweichend von § 8 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt.**

5. [§10 Besondere Bestimmungen für den Vollanschluss]

**3. Soweit eine Flatrate (als Produktbestandteil oder Option) Vertragsinhalt ist, ist SC berechtigt, die Flatrate oder den Vertrag insgesamt außerordentlich zum Ende des folgenden Monats zu kündigen, wenn der Teilnehmer ein Gesprächsaufkommen von mehr als 1.200 Gesprächsminuten mtl. bzw. ein Datenvolumen von mehr als 50 GB mtl. hat.**

6. [§10 Besondere Bestimmungen für den Vollanschluss]

**4. Bei diesem Tarif handelt es sich um einen Privatkundentarif. Bei insoweit atypischem Nutzungsverhalten (z. B. Rufumleitungen) ist SC abweichend von § 8 dieser AGB zur ordentlichen Kündigung dieses Vertrags zum Ende des auf die Kündigung folgenden Monats berechtigt.**

7. [§11 Zahlungsbedingungen]

**Die Zahlungsbeträge für die Dienstleistungen werden spätestens fünf (5) Werktage nach Zugang der E-Mail beim Kunden im Lastschriftverfahren vom Konto des**

**Kunden eingezogen, wenn und soweit der Kunde innerhalb dieser Frist keine Einwendungen gegen die Rechnung erhoben hat.**

- II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 214,00 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

**Die Beklagte beantragt Klageabweisung.**

Die Beklagte verteidigt die Klauseln und hält sie für wirksam.

Hinsichtlich der 1. Klausel ist sie der Auffassung, dass dadurch, dass in der Klausel enthalten sei, dass die Änderung genehmigt sei, wenn der Kunde nicht widerspreche, ein zulässiges Zustimmungsmodell gewählt worden sei, und ihr gerade nicht – ohne Zustimmung des Kunden – ein einseitiges Abänderungsrecht zukomme. Soweit in der Klausel nicht darauf hingewiesen sei, dass in der Änderungsmitteilung auf das Widerspruchsrecht hingewiesen werden, sondern enthalten sei, dass auf ein Kündigungsrecht hingewiesen werde, handele es sich um ein unschädliches Redaktionsversehen.

Die Klausel 2 sei wirksam, da eine Abmahnung auch entbehrlich sein könne, was bei den in der Klausel geregelten Pflichtverletzungen der Fall sei, da dort Abmahnungen von vorneherein aussichtslos seien. Die geregelten Pflichtverletzungen seien ausnahmslos solche, die geeignet seien, das Vertrauensverhältnis nachhaltig zu zerstören. Von der Beklagten könne nicht verlangt werden, etwa im Fall der Pfändung, abzuwarten, bis eine Verwertung drohe.

Die Klauseln 3 und 5 seien wirksam, da die Klauseln der Vermeidung missbräuchlichen Verhaltens, insbesondere der gewerblichen Nutzung, dienen. Es handele sich um eine objektivierbare und nachvollziehbare Regelung, auf die, nachdem auf die Nutzung von 3 Monaten abgestellt werde, sich der Kunde auch ausreichen einstellen könne.

Die Klauseln 4 und 6 seien wirksam. Es werde ausweislich des Wortlautes keine außerordentliche, sondern eine ordentliche Kündigung geregelt, insoweit könne nicht der Maßstab des § 314 BGB herangezogen werden. Die Klausel sei auch nicht intransparent oder unangemessen benachteiligend.

An die Konkretisierung der Klausel dürften keine überzogenen Ansprüche gestellt werden. Der Begriff „atypisches Nutzungsverhalten“ sei zum eine durch die Klarstellung, dass es sich um einen Privatnutzungstarif handele, ausreichend gekennzeichnet dahingehend, dass gewerbliche Nutzung nicht gestattet sei. Darüber hinaus sei klar, dass damit Nutzungen, die nicht der Telekommunikation dienen, wie etwa der Einsatz als Babyphon, ausgeschlossen seien.

Die Klausel 7 verstoße nicht gegen § 307 I BGB. Die Klausel trage mit ihrer Bezugnahme auf den Zeitraum von 5 Tagen der Rechtsprechung des BGH Rechnung, zudem sähe sie ausdrücklich vor, dass eine Abbuchung nicht erfolgt, wenn der Kunden innerhalb der Frist widerspreche. Damit aber könne der Kunde ausreichend die Rechnung prüfen, ohne das es zu einer Abbuchung kommen könne.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

#### Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist vollumfänglich begründet.

#### I.

Die von der Klagepartei angegriffenen Klauseln sind unwirksam.

1. Die Klausel nach Klageantrag I 1 ist unwirksam und verstößt gegen § 307 I, 308 Nr. 5b BGB.
  - a. Die Klausel ist schon deswegen unwirksam, weil sie nach dem ersten Satz der Klausel der Beklagten das Rechts zugesteht, einseitig die vereinbarten Preise zu ändern, ohne dass der Kunden hiergegen etwas unternehmen könnte. Zwar sieht die Klausel im weiteren Fortgang auch vor, dass der Kunden der Änderung widersprechen kann, bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung ist aber Satz 1 eben gerade nicht so auszulegen, dass das Recht zur der Preisänderung von der – fingierten – Zustimmung des Kunden abhängig ist, sondern auch ohne diese das Recht zur Preisänderung besteht. Darüber hinaus ist der Wortlaut der Klauseln, zumal auch nicht erläutert wird, was Folge des möglichen Widerspruchs ist, geeignet, den Kunden von der Geltendmachung eines Widerspruchs abzuhalten, da er nach Satz 1 davon ausgehen muss, dass der Beklagten



das Recht zur Preisänderung zusteht. Insgesamt benachteiligt die Klausel den Kunden unangemessen, da die Klausel der Beklagten das Rechts zur Änderung der wesentlichen Grundlagen des Vertragsverhältnisses einseitig zugesteht, ohne das die beiderseitigen Interessen berücksichtigt werden müssen. Ein derartiger einseitiger Eingriff in das Äquivalenzverhältnis des Vertrags benachteiligt jedoch den Vertragspartner unangemessen.

- b. Nach § 308 Nr. 5b BGB ist es zudem notwendig, selbst wenn man nicht schon nach vorgesehendem von der Unwirksamkeit der Klausel ausgeht, dass - sofern fingierte Erklärungen für Vereinbarungen ausschlaggebend sein sollen - zum einen dem Kunden das Recht zu einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt werden muss und zum anderen der Verwender sich verpflichten muss, den Kunden auf die Folgen seines Handelns bzw. Nichthandelns, sowie auf die Möglichkeit der ausdrücklichen Erklärung hinzuweisen. Die Klausel sieht eine solchen verpflichtenden Hinweis mit der Änderungsmitteilung nicht vor: Nach der Klausel ist nur auf eine Kündigungsmöglichkeit hinzuweisen, nicht aber auf die Möglichkeit des Widerspruchs, den die Beklagte ja einräumt. Damit entspricht die Klausel jedoch nicht § 308 Nr. 5 b BGB. Der Hinweis der Beklagten auf ein Redaktionsversehen ist unbeachtlich, da es für die Wirksamkeit der Klausel nur darauf ankommt, wie sie tatsächlich gestaltet ist, und nicht wie sie hätte gestaltet werden sollen, da es für das Verhältnis zum Kunden darauf ankommt welche Rechte und Verpflichtungen sich aus der konkret verwendeten Klausel ergeben.
2. Die Klausel 2 ist unwirksam, da die Klausel vom wesentlichen Grundgedanken des § 314 BGB abweicht. Dieser sieht nämlich für die außerordentliche Kündigung grundsätzlich vor, dass zuvor eine Abmahnung erfolgen muss. Dies ist in der Klausel nicht vorgesehen, sondern die Klausel gibt der Beklagten die Möglichkeit, bei jedweder vom Kunden verschuldeten Beeinträchtigung der technischen Einrichtungen außerordentlich zu kündigen. Mag auch bei einzelnen denkbaren Beeinträchtigungen gegebenenfalls mangels offensichtlicher Erfolglosigkeit die Abmahnung entbehrlich sein können, so ist jedoch entgegen der Ansicht der Beklagten dies nicht der Fall für alle in der Klausel geregelten Beeinträchtigungen: Geregelt ist nämlich die Beeinträchtigung des Eigentumsrechts durch Pfändung, Beschädigung und Verlust. Schon bei der Pfändung ist nicht zu ersehen, dass eine Abmahnung wegen offensichtlicher Erfolglosigkeit entbehrlich wäre: Es kann nämlich erforderlich sein und auch ausreichend, dass

der Kunde durch entsprechende Schreiben aufgefordert wird, durch Befriedigung des Gläubigers die Pfändung abzuwenden, darüber hinaus ist auch durch die Pfändung noch nicht unmittelbar der Verlust des Eigentums der Beklagten zu befürchten, da erst noch eine Verwertung folgen muss. Dementsprechend ist die Abmahnung nicht von vorneherein als aussichtslos anzusehen. Schließlich sind auch bei Beschädigungen Fallgestaltungen denkbar – etwa ein leichter Kratzer infolge leichter Fahrlässigkeit, der zwar Aussehen, nicht aber Funktionsweise beeinträchtigt – die zwar zu einer Beeinträchtigung des Eigentums der Beklagten führen, aber für sich gesehen nicht geeignet sind, das Vertrauensverhältnis so tiefgreifend zu erschüttern, dass eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt erscheint. Die Klausel weicht daher von dem Grundgedanken des § 314 II BGB ab und benachteiligt den Kunden nach § 307 I II Nr. 1 BGB unangemessen.

3. Die Klauseln 3 und 5 sind unwirksam, da sie von § 314 BGB abweichen, und den Kunden unangemessen benachteiligen, zudem sind die Klauseln überraschend und benachteiligen den Kunden deswegen unangemessen.

a. § 314 BGB setzt einen wichtigen Grund voraus. Die vertragsgemäße Nutzung des Telefons oder Datenanschlusses kann jedoch per se keinen wichtigen Grund für die Vertragsbeendigung durch außerordentliche Kündigung darstellen. Wie sich aus der Klausel selbst ergibt, regelt die Klausel ein Vertragsverhältnis, das als so genannte „Flatrate“ eingegangen worden ist. Nach allgemeinem Sprachgebrauch – spätestens nach dem sogenannten Flatrate-Saufen – bezeichnet der Begriff „Flatrate“ die unbeschränkte Nutzung der zur Verfügung gestellten Dienste gegen Zahlung eines pauschalen Entgelts, unabhängig von der konkreten Inanspruchnahme. Das bedeutet im Bereich der Telekommunikation, also der Zurverfügungstellung eines Telefon- bzw. Datenanschlusses, dass grundsätzlich die Gesprächsdauer und die Nutzung der Datenübertragung unbegrenzt ist, und unabhängig von der tatsächlichen Nutzung immer der gleiche Preis gezahlt wird. Damit ist aber – unabhängig von der tatsächlichen Nutzungsdauer und Inanspruchnahme des Anschlusses – eine auch über die in der Klausel genannte Nutzungsdauer hinaus erfolgende tatsächliche Nutzung immer vertragsgemäß. Eine Klausel, die bei der Vereinbarungen einer Flatrate vorsieht, dass bei Erreichen eines bestimmten Nutzungsumfangs sich die darüber hinaus gehende Nutzung als wichtiger Grund für eine Vertragsauflösung darstellt, mithin also diese Nutzung als

vertragswidrig definiert, ist offensichtlich unangemessen benachteiligend, da diese Klausel den eigentlichen Vertragszweck, nämlich die zugesicherte unbegrenzte Nutzung vereitelt. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Klausel gleichzeitig eine Konkretisierung des Leistungsversprechens ist, also die Bestimmung, dass Flatrate im Sinne des Vertrages nur eine begrenzte Nutzung ist, denn die Begriffe „Flatrate“ und „begrenzte Nutzung“ widersprechen sich diametral. Zudem bestimmt die Klausel nach ihrem Wortlaut eben nicht den vereinbarten Umfang der Nutzung, sondern regelt die Möglichkeit der Kündigung bei Überschreiten einer bestimmten Nutzung ohne die vereinbarte Leistung „Flatrate“ in Frage zu stellen.

- b. Jedenfalls ist eine Klausel, die entgegen dem Leistungsversprechen „Flatrate“ über diese Kündigungsmöglichkeit de facto eine Volumenbegrenzung einführt, keine Klausel mit der ein Nutzer in irgendeiner Weise rechnen müsste. Eine solche Klausel ist in ihrer konkreten Ausgestaltung unangemessen benachteiligend, schon allein weil sie durch ihre Fassung den Kunden im Fall der Fälle gegebenenfalls davon abhalten kann, die ihm zustehende Rechte geltend zu machen, weil er davon ausgehen muss, eine etwaig erfolgte Kündigung sei rechtmäßig. Zudem ist die Klausel überraschend. Der durchschnittliche Kunde rechnet bei einem Vertrag über eine Flatrate nicht davon, dass bei Überschreiten einer bestimmten Nutzung der Vertrag deswegen gekündigt werden kann, weil er bei einer Flatrate eben von einer unbegrenzten Nutzung ausgeht und ausgehen darf. Eine solche Klausel, die deswegen überraschend ist, weil sie den eigentlich vorausgesetzten Vertragszweck ad absurdum führt und eine unbegrenzte Nutzung in eine begrenzte Nutzung umwandelt, ist zugleich auch unangemessen benachteiligend, denn sie vereitelt letztlich den vorausgesetzten Vertragszweck einseitig zu Lasten des Kunden. Dies gilt auch dann, wenn man nach § 305c BGB davon ausgehen muss, dass die Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, den die Klausel ist jedenfalls im Vertragswerk enthalten, und erhebt gegenüber dem Kunden letztlich den Anspruch gültig und wirksam zu sein.
- c. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, die Begrenzung sei objektivierbar und nachvollziehbar und der Kunde könne sich darauf einstellen, da er wegen der 3 Monatsfrist sich anhand der letzten beiden Nutzungszeiträume auf eine notwendige geringere Nutzung im dritten Monat einstellen könne, kommt es darauf gar nicht an: Ausschlaggebend ist, dass durch die Klausel die Möglichkeit einer außerordentlichen

Kündigung trotz vertragsgemäßer Nutzung eingeführt wird, also von § 314 BGB abgewichen wird und dass die zugesagte Leistung – Flatrate – auf eine volumenbasierte Nutzung abgeändert wird, und dadurch der eigentliche Vertragszweck – nämlich unbegrenzte Nutzung - vereitelt wird, da dieser Vertragszweck nicht mehr erreicht werden kann, wenn man jederzeit mit einer Kündigung rechnen muss.

4. Die Klauseln 4 und 6 sind unwirksam, sie weichen vom Grundgedanken des § 314 BGB ab, und sind intransparent und unangemessen benachteiligend.
  - a. Die Klauseln regeln de facto eine ausserordentliche Kündigung. Der Wortlaut ist insoweit nicht entscheidend. Denn die ordentliche Kündigung ist in § 8 der Vertragsbedingungen enthalten, zudem handelt es sich um einen Vertrag mit fester Laufzeit, der während der Laufzeit eben gerade nicht gekündigt werden kann. Hiervon weicht die Klausel ab und statuiert ein besonderes Kündigungsrecht für das Auftreten eines bestimmten Verhaltens. Dies ist im Ergebnis genau das, was § 314 BGB für die außerordentliche Kündigung annimmt, nämlich ein außerordentliches Kündigungsrecht. Insofern fehlt es hier schon an der nach § 314 BGB erforderlichen Abwägung und der Unzumutbarkeit der Fortführung des Vertrages.
  - b. Darüber hinaus ist die Klausel auch intransparent: Der Begriff „atypisches Nutzerverhalten“ ist völlig unbestimmt. Er setzt nämlich voraus, dass es ein bestimmtes Nutzerverhalten gibt, von dem abgewichen wird. Was dieses sein soll erschließt sich in keiner Weise. Der Hinweis auf die private Nutzung reicht nicht aus, da auch die private Nutzung eine Unzahl von Verhaltensmöglichkeiten generieren kann, die eben von Nutzer zu Nutzer unterschiedlich sein können, und die nicht unter ein bestimmtes Schema gefasst werden können. Letztlich liegt es mit der Begrifflichkeit „atypisches Nutzerverhalten“ im Belieben der Beklagten bestimmte Verhaltens- und Nutzungsweisen als atypisch bzw. typisch zu definieren, und entsprechend Verträge zu kündigen oder nicht zu kündigen. Der Kunde kann anhand des Begriffs des atypischen Nutzerverhaltens überhaupt nicht erkennen, ob die Nutzung, die er durchführt, noch typisch ist oder bereits atypisch. So wäre z.B. der Beklagten die Möglichkeit eröffnet, festzulegen, dass eine Inanspruchnahme ihrer Leistungen über das hinaus, was im Durchschnitt ihrer Kunden in Anspruch genommen wird, atypisch ist. Die Klausel ist aufgrund dieser verwendeten Begrifflichkeit intransparent und unangemessen benachteiligend.
  - c. Insgesamt ist die Klausel daher unwirksam.

