



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 199/13

Verkündet am:
18. Februar 2015
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Tropical Island Management GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Ole Bested Hensing, Tropical Island Allee 1, Krausnick,

Beklagte, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:

gegen

Deutscher Verbraucherschutzverein e.V., vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Dr. Lars Steinhorst, Zum Jagenstein 3, Potsdam,

Kläger, Revisionsbeklagter und
Anschlussrevisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter:

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dose und die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter, Dr. Botur und Guhling

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 6. Februar 2013 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden zu 9/10 der Beklagten und zu 1/10 dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger, ein in der vom Bundesamt für Justiz gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG geführten Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragener Verbraucherschutzverein, begehrt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung bestimmter allgemeiner Geschäftsbedingungen.
- 2 Die Beklagte betreibt ein überregional bekanntes Freizeitbad. Der Eintritt für das Bad ist beim Betreten zu zahlen. Für weitere Leistungen stellt die Beklagte den Kunden ein Armband mit einem Chip zur Verfügung, der auch zum Öffnen und Verschließen eines Garderobenschrankes dient. Kunden, die eine Leistung (Getränke, Essen, Sonderleistungen) in Anspruch nehmen, müssen

den Chip scannen lassen, was im zentralen Computer der Beklagten erfasst und auf einem entsprechend eingerichteten Kundenkonto verbucht wird. Bis zur Grenze von 150 € für Erwachsene und 35 € für Kinder können die Kunden Leistungen in Anspruch nehmen, die - unter Vorlage des Chips - erst beim Verlassen des Bades zu bezahlen sind. Die Kunden können die Kreditlinie erhöhen oder ermäßigen lassen.

3 Die Einzelheiten der vertraglichen Nutzung sind durch von der Beklagten verwendete allgemeine Geschäftsbedingungen (im Folgenden: AGB) bestimmt. Der Kläger beanstandet die darin enthaltene Regelung für einen Verlust des Armbands. Die betreffende Klausel hat folgenden Wortlaut:

"3.8. Bei Verlust des [...] Armbandes mit Chip hat der Besucher den jeweils [...] eingeräumten Kredit zu entrichten. Dem Besucher bleibt der Nachweis eines niedrigeren, [der Beklagten] der Nachweis eines höheren Schadens vorbehalten. Der Besucher kann den Nachweis insbesondere dadurch führen, dass er die ihm zugewiesene Nummer des Garderobenschrankes glaubhaft macht, mit der der Stand des Kontos [...] ermittelt werden kann."

4 Der Kläger verlangt die Unterlassung der Verwendung des Satzes 1 der vorstehenden Klausel. Er hat weitere Ansprüche geltend gemacht, die sich unter anderem auf Kostenerstattung richten.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht dem Unterlassungsantrag stattgegeben. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Beklagten. Mit der Anschlussrevision verfolgt der Kläger einen in den Vorinstanzen erfolglos gebliebenen Antrag auf Feststellung eines Zinsanspruchs auf die von ihm verauslagten Gerichtskosten weiter. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat er hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 22,91 € beantragt.

Entscheidungsgründe:

6 Revision und Anschlussrevision bleiben ohne Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat seine in juris veröffentlichte Entscheidung damit begründet, dass die Klausel gegen § 309 Nr. 5 lit. a BGB verstoße. Dadurch, dass die Beklagte bei Verlust des Chips 150 € bzw. (bei Kindern) 35 € fordere, beanspruche sie einen pauschalierten Schadensersatz, der den gewöhnlichen Schaden übersteige.

8 Es handele sich nicht nur um eine pauschalierte Entgeltforderung. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erfülle die umstrittene Regelung zwei Funktionen: Zum einen solle sich der Kunde durch vorgetäuschten Verlust des Chips nicht seiner Zahlungspflicht entziehen können. Zum anderen solle der Beklagten ermöglicht werden, für nicht einbringliche Ansprüche gegen einen unehrlichen Finder, der von dem Chip Gebrauch gemacht habe, vom Kunden Schadensersatz zu verlangen.

9 Der Schaden betrage nicht durchschnittlich 150 € (bzw. 35 €), weil dies voraussetze, dass der unredliche Finder den Chip in voller Höhe belaste. Anhaltspunkte für ein solches Verhalten aller unredlichen Finder bestünden nicht. Diese würden sich vielmehr mit einer oder wenigen Leistungen begnügen, um das Risiko des Auffallens klein zu halten. Außerdem verblieben auf dem Chip oft nicht verbrauchte Spitzenbeträge.

10 Unabhängig hiervon verstoße die Klausel auch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i.V.m. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Klausel knüpfe die Schadensersatzpflicht an die schlichte Tatsache des Verlusts, ohne dass ein Verschulden erforderlich wäre. Zwar kämen nur wenige Fälle in Betracht, in denen der Chip

dem Kunden ohne Verschulden abhanden komme. Ein Verlust ohne Verschulden sei aber nicht ausgeschlossen und auch nicht lebensfern.

11 Eine entsprechende Anwendung der Risikoverteilung bei Kleinbetragsinstrumenten im Sinne von § 675 i BGB sei schließlich für die Nutzer eines Freizeitbades nicht sachgerecht.

12 Wegen des geltend gemachten Feststellungsantrags auf Ersatz der vor der gerichtlichen Kostenfestsetzung angefallenen Zinsen auf die verauslagten Gerichtskosten hat es das Berufungsgericht bei der Klageabweisung belassen. Der Anspruch auf Erstattung der Prozesskosten sei gemäß § 104 Abs. 1 Satz 2 ZPO grundsätzlich erst ab Eingang des Gesuchs beim Gericht des ersten Rechtszugs zu verzinsen. Diese Regelung schließe den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Aufwendungsersatz aus § 256 Satz 1 BGB für die Zeit davor aus.

II.

13 Das hält rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

14 1. Revision

15 Mit Recht verlangt der Kläger gemäß § 1 UKlaG von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung von Nr. 3.8 Satz 1 AGB. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass die Klausel sowohl nach § 309 Nr. 5 lit. a BGB als auch nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

16 a) Die Klausel ist nach § 309 Nr. 5 lit. a BGB unwirksam, weil der auf die Höhe des vollen Kreditbetrages (150 € bzw. 35 €) pauschalierte Schadensersatz nach den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen

den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt.

17 aa) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die in Nr. 3.8 AGB geregelte Zahlungspflicht des Kunden gegenüber der Beklagten als Schadensersatzpflicht einzuordnen ist.

18 Entgegen ihrer - allerdings schon nicht eindeutigen - Eingangsformulierung begründet die Klausel weder einen Anspruch auf Rückzahlung ("Entrichtung") eines Kredits noch eine pauschalierte Entgeltforderung. Denn durch die Aushändigung des Armbands räumt die Beklagte dem Kunden noch keinen Kredit ein. Vielmehr bietet die Beklagte nur die Möglichkeit einer Kreditierung an. Ob der Kunde von dem Angebot Gebrauch macht, hängt davon ab, ob er mit Hilfe des betreffenden Chips auch Leistungen (oder Waren) von der Beklagten bezieht. Eine Kreditierung findet somit erst bei Inanspruchnahme von Leistungen statt und besteht darin, dass die Beklagte dem Kunden das für die erbrachten Leistungen geschuldete Entgelt bis zum Verlassen des Bades stundet. Dass es sich bei dem Anspruch nach Nr. 3.8 AGB um einen Schadensersatzanspruch handelt, wird dadurch bestätigt, dass die Klausel in Satz 2 ausdrücklich den Nachweis eines abweichenden Schadens vorsieht. Der Schadensersatzanspruch ergibt sich aus einer Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zur Rückgabe des Armbands mit Chip und beruht mithin auf § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB.

19 Der Schadensersatzcharakter des mit der Klausel vereinbarten Anspruchs wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen. Dem auf den Verlustfall zugeschnittenen Anspruch kommt indessen - insoweit entgegen dem Berufungsurteil - auch nicht teilweise Entgeltfunktion zu. Denn die vor dem Verlust noch vom Kunden selbst in Anspruch genommenen Leistungen lassen sich

wegen des nicht vorliegenden Chips nicht ermitteln. Auch insoweit handelt es sich demnach um einen - durch die Klausel pauschalieren - Schadensersatz. Sind die in Anspruch genommenen Leistungen des Kunden hingegen auf andere Weise als durch Vorlage des Chips zu ermitteln, so mangelt es an einem Schaden der Beklagten, weil diese insoweit ihren vertraglichen Entgeltanspruch geltend machen kann.

20

Aufgrund der Qualifikation von Nr. 3.8 Satz 1 AGB als Schadensersatzanspruch verbietet sich entgegen der Ansicht der Revision aber auch eine Gleichsetzung mit einem Kleinbetragsinstrument nach § 675 i BGB (etwa einer Geldkarte), bei dem das Verlustrisiko bis zu dem vom Zahlungsdienstleister eingeräumten Betrag (bis zu 200 €) dem Zahlungsdienstnutzer (Kunden) auferlegt werden kann (§ 675 i Abs. 2 Nr. 3 BGB; vgl. Staudinger/Omlor BGB [2012] § 675 i Rn. 8 f.). Dies ergibt sich - abgesehen von der nicht vergleichbaren Vertragsgrundlage (vgl. § 675 c Abs. 1 BGB) - bereits daraus, dass die streitgegenständliche Klausel das Risiko eines Verlusts gerade nicht vollständig auf den Kunden verlagert. Der Chip hat dementsprechend nicht die Funktion eines Bargeldersatzes, bei dem der Verlust des Chips dem Verlust einer entsprechenden Bargeldmenge gleichkäme. Durch den Chip wird vielmehr dem Kunden lediglich ermöglicht, auf bequeme Weise die Leistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Der Chip dient sodann als Hilfsmittel zur Feststellung des angefallenen Entgelts. Nicht schon bei Übergabe des mit dem Chip versehenen Armbands, sondern erst mit der Inanspruchnahme von Leistungen (oder Bezug von Waren) erlangt der Kunde eine (entgeltliche) Leistung der Beklagten. Da die beanstandete Klausel dementsprechend keine mit der Übergabe des Armbands verbundene vollständige Risikoverlagerung auf den Kunden, sondern (nur) dessen Schadensersatzpflicht für den Fall des Verlusts vorsieht, muss sie den Anforderungen des § 309 Nr. 5 BGB genügen.

21 bb) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der von der Klausel vorgesehene Schadensersatz den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Das hält den Angriffen der Revision stand.

22 Die Beweislast für einen dem pauschalierten Betrag nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden trägt der Klauselverwender (BGHZ 67, 312, 319 = NJW 1977, 381, 382; Palandt/Grüneberg BGB 74. Aufl. § 309 Rn. 29 mwN; Erman/Roloff BGB 14. Aufl. § 309 Rn. 48; Staudinger/Coester-Waltjen BGB [2013] § 309 Nr. 5 Rn. 18 mwN auch zur aA). Zwar ist die Regelung in § 309 Abs. 1 Nr. 5 lit. a BGB an § 252 Satz 2 BGB orientiert und eröffnet dem Klauselverwender eine entsprechende Beweiserleichterung dahingehend, dass der Schaden nicht in jedem konkreten Fall erreicht werden muss. Der Verwender muss aber nachweisen, dass der vereinbarte Betrag dem typischen Schadensumfang entspricht (Palandt/Grüneberg BGB 74. Aufl. § 309 Rn. 26, 29 mwN). Auch gemessen an diesem erleichterten Maßstab hat das Berufungsgericht nicht feststellen können, dass der pauschalierte Schaden dem typischen Schadensumfang entspricht.

23 Die Revision rügt insoweit, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten übergangen, in der Saison Oktober 2010 bis März 2011 sei das pauschalierte Entgelt nur von vier der insgesamt 475.228 Besucher (rund 0,001 %) erhoben worden. Dieses Vorbringen stellt die angefochtene Entscheidung aber nicht in Frage.

24 Ein der Beklagten aus dem Verlust des Chips entstehender Schaden folgt daraus, dass sie die Entgeltforderungen für die von ihr erbrachten Leistungen nicht ermitteln und geltend machen kann. Ohne den Chip ist die Beklagte nicht ohne weiteres in der Lage, die unter Verwendung des Chips in Anspruch

genommenen Leistungen festzustellen. Dabei kann es sich um Leistungen an den Kunden oder einen Dritten handeln, der von dem Chip - befugt oder unbefugt - Gebrauch gemacht hat.

25 Der von der Beklagten geltend gemachte Betrag in Höhe der jeweiligen Kreditlinie entspricht hingegen dem maximal denkbaren Schaden und würde daher voraussetzen, dass im Fall des Verlusts regelmäßig Leistungen im Umfang des gesamten mit dem Chip eingeräumten Höchstbetrags in Anspruch genommen wurden. Das mag zwar im von der Beklagten angeführten Einzelfall nahe liegen. In die Betrachtung sind aber nicht nur die Fälle einzubeziehen, in denen die Beklagte ihren Kunden den Höchstbetrag berechnet hat. Vielmehr sind - entsprechend dem Geltungsbereich der Schadenspauschalierung - sämtliche Verlustfälle in den Blick zu nehmen. Diese belaufen sich nach dem von der Revision in Bezug genommenen Vortrag der Beklagten nicht nur auf vier Personen (rund 0,001 %), sondern auf 0,1 % der Kunden, also jedenfalls über 400 Personen pro Saison. Die Revisionserwiderung macht zu Recht geltend, dass der diesbezügliche Vortrag der Beklagten, die allermeisten Kunden hätten (über die zugewiesene Schranknummer) einen niedrigeren Schaden nachweisen können, demnach sogar das Gegenteil belegt, dass namentlich der Maximalschaden im Regelfall gerade nicht erreicht wird. Dass die Beklagte bemüht ist, die Anwendung der Klausel auf naheliegende Betrugsversuche zu beschränken (vgl. Palandt/Grüneberg BGB 74. Aufl. § 309 Rn. 27 mwN) und es redlichen Kunden in der Regel möglich ist, einen geringeren Schaden nachzuweisen, ändert indessen nichts an dem aufgrund der weiten Fassung der Klausel wesentlich weitergehenden Anwendungsbereich. Ob die vom Berufungsgerecht angeführten Möglichkeiten der Entstehung eines geringeren Schadens erschöpfend sind und jede für sich genommen die Entstehung des Maximalschadens überzeugend ausschließt, kann demnach offenbleiben. Denn die Klausel erfasst sämtliche Verlustfälle. Der vereinbarte Ersatz des Maximalschadens

übersteigt auch nach dem Vorbringen der Beklagten den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehenden Schaden deutlich (vgl. auch LG Mainz NJW-RR 2011, 1553 und LG Köln NJW-RR 2013, 250).

26 b) Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Klausel begründe eine Haftung auch für einen unverschuldeten Verlust und sei damit auch wegen Verstoßes gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

27 Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der Klausel, dass der durch diese begründete Schadensersatzanspruch nicht verschuldensabhängig ist, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

28 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz regelmäßig nur bei schuldhaftem Verhalten besteht. Dieser allgemeine Grundsatz des Haftungsrechts gilt als Ausdruck des Gerechtigkeitsgebots gleichermaßen für vertragliche wie für gesetzliche Ansprüche (BGHZ 164, 196, 210 f. = NJW 2006, 47, 49 f. mwN; BGHZ 135, 116, 121 f. = NJW 1997, 1700, 1702; BGHZ 114, 238, 240 f. = NJW 1991, 1886, 1887; Palandt/Grüneberg BGB 74. Aufl. § 307 Rn. 32), mithin auch für den hier berührten Anspruch aus Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wie die Revisionserwiderung zutreffend geltend macht, vermag die Revision auch keinen vergleichbaren verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch aufzuzeigen, wobei insbesondere die angestellten Vergleiche mit einer Inhaberschuldverschreibung oder einem Kleinbetragsinstrument nicht tragfähig sind.

29 Ob der Beklagten eine andere rechtliche Gestaltung möglich gewesen wäre, die eine Abwälzung des Verlustrisikos auf ihre Kunden erlauben würde,

ist hier nicht zu entscheiden. Denn der in der beanstandeten Klausel vereinbarte Anspruch ist - wie ausgeführt - als Schadensersatzanspruch einzuordnen und muss sich demzufolge an den hierfür geltenden Regeln messen lassen.

30 2. Anschlussrevision

31 Die Anschlussrevision ist zulässig. Sie betrifft einen Anspruch, der mit der zugelassenen (Haupt-)Revision in rechtlichem und wirtschaftlichem Zusammenhang steht (vgl. BGHZ 174, 244 = NJW 2008, 920 Rn. 38) und lediglich einen Folgeanspruch des in der Hauptsache geltend gemachten Unterlassungsanspruchs darstellt.

32 Die Anschlussrevision ist hingegen unbegründet. Die Feststellungsklage ist unzulässig. Da eine Bezifferung des Anspruchs möglich war, hätte der Kläger sogleich einen bezifferten Leistungsantrag stellen können, der sich gemäß § 258 ZPO auch auf künftig fällig werdende Zahlungen hätte erstrecken können. Dass wegen der ungewissen Prozessdauer der Endtermin der beantragten Verzinsung (Eingang des Kostenfestsetzungsantrags) zunächst noch ungewiss war, hinderte eine Leistungsklage nicht, weil der Endtermin jedenfalls bestimmbar war. Der Klage fehlte somit von Anfang an das notwendige Feststellungsinteresse (vgl. Thomas/Putzo/Reichold ZPO 35. Aufl. § 256 Rn. 18 mwN). Der erst im Revisionsverfahren gestellte Hilfsantrag auf Zahlung von 22,91 € ist ebenfalls unzulässig. Grundsätzlich ist es nicht gestattet, im Revisionsrechtszug die Klage zu ändern (vgl. Musielak/Ball ZPO 11. Aufl. § 559 Rn. 3 mwN). Nur ausnahmsweise kann ein erstmals gestellter Hilfsantrag zulässig sein, wenn er lediglich eine modifizierte Einschränkung des Hauptantrags darstellt und sich auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits gewürdigt worden ist (Senatsurteil BGHZ 138, 239 = NJW 1998, 1857, 1860 mwN). Hier fehlt es bereits an der letztgenannten Voraussetzung. Weder der Zeitpunkt der Einzahlung

des Kostenvorschusses noch der des Eingangs des Kostenfestsetzungsantrags ist vom Berufungsgericht festgestellt worden, schon weil es nach dessen Auffassung darauf nicht ankam.

Dose

Klinkhammer

Günter

Botur

Guhling

Vorinstanzen:

LG Cottbus, Entscheidung vom 19.12.2011 - 3 O 92/11 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 06.02.2013 - 7 U 6/12 -