



## RECHTSANWÄLTE



**Ausgabe August 2017 | Seite 134-138**

### INHALT

**SEITE 134: Verbraucherrecht**  
Preisklausel für sogenannte smsTAN

**SEITE 136: Reiserecht**  
Zulässige Höhe von Anzahlungen bei Pauschalreisen

**SEITE 137: Arbeitsrecht**  
Keylogger zur Überwachung von Arbeitnehmern

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit übersenden wir Ihnen unseren aktuellen Newsletter zu Ihrer Lektüre.

Wie gewohnt erhalten Sie wichtige Entscheidungen aus der Rechtsprechung und praxisnahe Fälle.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre bpl Rechtsanwälte

## Preisklausel für sogenannte smsTAN

Vorformulierte Klausel unwirksam – Berechnung nur bei tatsächlicher Verwendung zulässig

Im vorliegenden Rechtsstreit wandte sich ein Verbraucherschutzverband mit einer Unterlassungsklage gegen eine von der Sparkasse verwendete Preisklausel für smsTAN.

Der Verbraucherschutzverband war der Auffassung, dass die von der Beklagten im Preisverzeichnis aufgeführte Klausel „Jede smsTAN

kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell)“ gegen § 307 BGB verstößt und sie demnach eine unwirksame AGB Klausel darstellt. Die beklagte Sparkasse wurde daraufhin in Anspruch genommen, die Verwendung der Klausel gegenüber Privatkunden zu unterlassen.

Die Sparkasse stellt nicht in Frage eine solche Klausel zu verwenden, jedoch nicht im behaupteten Wortlaut.

Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main stellte fest, dass die verwendete Klausel keiner AGB Kontrolle unterliege, da sie nicht von der Gesetzeslage abweiche. Die Frage ob die verwendete Klausel daher tatsächlich im Preisverzeichnis aufgeführt worden war, sah sie als entbehrlich an.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nach erfolgreicher Revision des Klägers das Urteil des OLG aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Der BGH hat die Unterlassungsklage für zulässig erachtet. Bei Klagen nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) müsse der Klageantrag die beanstandeten Bestimmungen der AGB im Wortlaut enthalten, andernfalls sei die Klage unzulässig.

Für den Fall, dass es streitig ist, ob eine vom Kläger beanstandete Klausel in dieser Fassung vom Beklagten tatsächlich genutzt werde, reiche es für die Zulässigkeit der Klage aus, wenn unter Angabe des zugrundeliegenden Lebenssachverhalts die Verwendung der bestimmten Klausel behauptet und deren konkreter Wortlaut im Klageantrag wörtlich wiedergegeben werde.

Ob die beanstandete Klausel in der Fassung dann Verwendung findet sei demgegenüber eine Frage der Begründetheit der Klage.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unterliege die beanstandete Klausel jedoch einer Inhaltskontrolle, da die Klausel eine von der Rechtsvorschrift abweichende Regelung enthalte.

Die verwendete Klausel sei so auszulegen, dass die Formulierung „Jede smsTAN“ so zu verstehen sei, dass das geforderte Entgelt in Höhe von 0,10 € für jede angeforderte TAN, die per SMS an den Kunden gesandt wird, berechnet werde. Es komme dabei auch nicht darauf an, ob diese dann auch tatsächlich im Zusammenhang mit der Erteilung eines Zahlungsauftrages verwendet werde.

Die Beklagte beanspruche nach dieser Auslegung daher auch ein Entgelt für jene TAN, die beispielsweise wegen eines begründeten „Phishing“-Verdachts oder wegen der Überschreitung ihrer zeitlichen Geltungsdauer nicht genutzt würden.

Ferner falle die Gebühr auch an, wenn die TAN zwar zur Erteilung eines Zahlungsauftrages verwendet werden soll, die TAN dem Nutzer aber aufgrund eines technischen Defektes gar nicht erst zugeht.

Gerade durch diese ausnahmslose Bepreisung von smsTAN weiche die Klausel vom geschlossenen Zahlungsdienstvertrag ab, wonach ein Zahlungsdienstleister für die Erbringung eines Zahlungsdienstes das vereinbarte Zahlungsentgelt erlangen kann (§ 675 f Abs. 4 S. 1 BGB). Auch, wenn das Übersenden einer smsTAN als ein Bestandteil der Hauptleistung mit einem Entgelt bepreist werden kann, muss diese TAN tatsächlich der Erteilung eines Zahlungsauftrages gedient haben und damit ein Bestandteil des Zahlungsauthentifizierungsinstruments geworden sein.

Der BGH stellte daher abschließend fest, dass die von der Sparkasse verwendete Klausel zum

Nachteil des Zahlungsdienstnutzers von den Vorgaben des Zahlungsdienstvertrags abweiche.

Das Berufungsgericht ist nunmehr angehalten, die bislang ausgebliebenen Feststellungen dahingehend nachzuholen, ob die Beklagte die vom Kläger beanstandete Klausel „Jede smsTAN kostet 0,10 € (unabhängig vom Kontomodell) tatsächlich verwendet.

Sollte dies der Fall sein, wäre diese nach den Ausführungen des BGH unwirksam (BGH Ur. v. 25.07.2017, Az. XI ZR 260/15).

## **Zulässige Höhe von Anzahlungen bei Pauschalreisen**

Reiseveranstalter dürfen Forderung mit Provisionen an Reisebüros rechtfertigen

Die Reiseveranstalterin TUI Deutschland GmbH verlangte beim Abschluss bestimmter Pauschalreisen als Reisebedingung eine Anzahlung in Höhe von 40 % des Reisepreises. Dagegen klagte der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände.

Das Landgericht Hannover hatte der beklagten Reiseveranstalterin die Verwendung der konkreten Klausel untersagt. Die daraufhin von der Beklagten erhobene Berufung wurde von dem OLG Celle zurückgewiesen.

Auf die dann von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil teilweise

aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückgewiesen (Urteil vom 09.12.2014, Az. X ZR 147/13).

Die Beklagte nahm im wiedereröffneten Berufungsverfahren einen Teil der Berufung zurück und beschränkte sich nur noch auf eine Klausel, wonach bei Vertragsschluss bei Reisen der Marken X1-2 Fly und XTUI gegen Aushändigung der Bestätigung eine Anzahlung in Höhe von 40 % des Gesamtpreises fällig werde.

Das Berufungsgericht lehnte aber auch die verbleibende Berufung ab, da sie davon ausging, dass Reisende mit einer Anzahlung in Höhe von

40 % unmittelbar bei Vertragsschluss unangemessen benachteiligt würden.

Der BGH dagegen sah das wiederum anders. Er erleichterte es Reiseveranstaltern nun, hohe Anzahlungen für Pauschalreisen zu fordern. Unternehmen dürfen eine Forderung von mehr als den üblichen 20 % des Reisepreises damit rechtfertigen, dass sie Provisionen an Reisebüros zahlen müssen.

Nach einem älteren Rechtsstreit zwischen den benannten Parteien entschied der BGH bereits, dass der Veranstalter darlegen muss, dass er selbst bei Vertragsschluss entsprechend hoch in Vorleistung treten müsse.

Auch dürfen Flugkosten dafür pauschal berücksichtigt werden, unabhängig davon, ob diese Kosten für jede einzelne Reise des Angebots vorfinanziert würden.

Dasselbe gelte daneben auch noch für Leistungen gegenüber Hotelbetreibern, es sei denn, diese unterschieden sich erheblich in ihrer Höhe, etwa mit Blick auf verschiedene Reiseziele. Diese Frage wird nun erneut vor dem OLG Celle geklärt (BGH Ur. v. 25.07.2017, Az. X ZR 71/16).

## **Keylogger zur Überwachung von Arbeitnehmern**

**BAG: Durch Keylogger erworbene Kenntnisse nicht verwertbar**

Im Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 27.07.2017, ging es um den Einsatz eines Software-Keyloggers, mit dem alle Tastatureingaben an einem dienstlichen Computer für eine verdeckte Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers aufgezeichnet werden.

Dem BAG zufolge ist dies unzulässig sofern kein durch konkrete Tatsachen begründeter Verdacht einer Straftat oder einer anderen schwerwiegenden Pflichtverletzung besteht.

Das Gericht berief sich dabei auf den § 32 Abs. 1 BDSG, welcher die Datenerhebung, -verarbeitung, und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses regelt.

Im zugrundeliegenden Fall, war der Kläger bei der Beklagten als „Web-Entwickler“ seit 2011 beschäftigt. Die Beklagte teilte ihren Arbeitnehmern im April 2015 mit, dass im Rahmen der Freigabe eines Netzwerks, das gesamte im Unternehmen befindliche „Internet-Traffic“ und die Benutzung aller Systeme „mitgeloggt“ werden würde.

Dazu wurde auf dem Rechner des Klägers eine Software installiert, die alle gemachten Tastatureingaben protokollierte, sowie regelmäßig Bildschirmfotos vom PC des Klägers machte.

Die Beklagte gelangte nach Auswertung der vom Keylogger erfassten Daten zu der Erkennt-

nis, dass der Kläger seinen PC während der Arbeitszeit für private Zwecke nutzte. Dies räumte der Kläger in einem persönlichen Gespräch mit seinem Arbeitgeber auch ein.

Auf schriftliche Nachfrage des Arbeitgebers gab der Kläger an, er habe nur in einem geringen Umfang und zudem in der Regel während seiner Pausen ein Computerspiel programmiert und den E-Mail-Verkehr für das Unternehmen seines Vaters abgewickelt.

Die Beklagte konnte jedoch aufgrund der aufgezeichneten Daten davon ausgehen, dass der Mitarbeiter in erheblichem Umfang den Arbeits-PC für private Zwecke genutzt hat. Nach dieser Erkenntnis kündigte die Beklagte dem Kläger das Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos, hilfsweise aber auch ordentlich.

In den Vorinstanzen wurde der vom Kläger veranlassten Kündigungsschutzklage stattgegeben. Auch die Revision der Beklagten vor dem BAG hatte keinen Erfolg.

Das BAG stellte fest, dass die vom Beklagten durch Keylogger gewonnen Erkenntnisse in einem gerichtlichen Verfahren nicht als Beweismaterial herangezogen werden dürften.

Die Beklagte habe zudem das Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) verletzt. Die Informationsbeschaffung war nach § 32 Abs. 1 BDSG nicht zulässig, zumal kein auf dem Kläger beruhender Verdacht für das Begehen einer Straftat oder anderen schwerwiegenden Pflichtverletzungen lastete.

Eine anlasslose Überwachung „ins Blaue hinein“ sei daher unverhältnismäßig gewesen.

Die Tatsache, dass der Kläger selbst einräumte den dienstlichen PC für private Zwecke genutzt zu haben rechtfertige mangels vorheriger Abmahnung auch keine Kündigung (BAG Urt. v. 27.07.2017, Az. 2 AZR 681/16).

---

Falls Sie unseren Newsletter in Zukunft nicht mehr erhalten möchten, schicken Sie bitte eine kurze E-Mail an [info@bpl-recht.de](mailto:info@bpl-recht.de)

bpl Rechtsanwälte  
Stroot & Kollegen  
Rechtsanwalt Frank W. Stroot

Sutthausen Straße 285  
49080 Osnabrück

Telefon 0541/76007570  
Telefax 0541/76007599

[info@bpl-recht.de](mailto:info@bpl-recht.de)  
[www.bpl-recht.de](http://www.bpl-recht.de)