

## Abschrift

1 U 3/15

2-24 O 143/14 Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet laut Protokoll am  
13.01.2016

Justizfachangestellter  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle



# OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

In dem Rechtsstreit

Drillisch Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer  
Wilhelm-Röntgen-Straße 1 - 5,  
63477 Maintal,

Beklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

Anwaltsbüro

Geschäftszeichen:

gegen

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertreten durch den Vorstand  
Klaus Müller, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf,

Kläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt

Geschäftszeichen:

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13.03.2016 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 05.12.2014 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### Gründe:

#### A.

Der Kläger, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen des Bundesamts für Justiz gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverein, verlangt von dem beklagten Telekommunikationsunternehmen, die Verwendung dreier Klauseln seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterlassen. Die Beklagte bietet Mobilfunkleistungen an. Sie betreibt kein eigenes Netz, sondern nutzt Netze verschiedener Mobilfunknetzbetreiber zur Erbringung ihrer Dienstleistungen.

Das Produkt „simply“ (Postpaid) bietet die Beklagte im Internet an. Die Darstellung der einzelnen Tarife enthält den Zusatz: „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für dieses Produkt enthalten u.a. folgende Klauseln:

## II. Dienstbereitstellung im Bereich Mobilfunk durch den Diensteanbieter

1. Der Diensteanbieter erbringt gegenüber dem Kunden in Deutschland Telekommunikationsdienstleistungen. Zu diesem Zweck bezieht der Diensteanbieter die Netzleistungen von einem Netzinfrastukturlieferanten (z.B. dem Betreiber eines Mobilfunknetzes).

Die Auswahl des Netzinfrastukturlieferanten einschließlich eines Wechsels des Lieferanten während der Vertragslaufzeit liegt im Ermessen des Diensteanbieters; der Kunde hat insbesondere keinen Anspruch auf Nutzung eines bestimmten Mobilfunknetzes.

## XI. Außerordentliche Kündigung durch den Diensteanbieter / Schadensersatz

1. Der Diensteanbieter ist zur fristlosen Kündigung des Vertrages insbesondere berechtigt, wenn

a. der Kunde mit zwei (2) aufeinander folgenden Monatsentgelten bzw. eines nicht unerheblichen Teils davon oder in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei (2) Monate erstreckt, mit einem Betrag, der dem nutzungsunabhängigen Entgelt für zwei Monate entspricht, in Verzug ist; ...

...

2. Soweit dem Diensteanbieter in den vorstehenden Fällen das Recht zusteht, Schadensersatz geltend zu machen, ist der Diensteanbieter berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages nach Maßgabe des vertraglich vereinbarten Mindestverbrauchs oder der Grundgebühren bis zum Ende der Vertragslaufzeit zu fordern.

Der Kläger ist der Ansicht, die Klauseln in Ziffer II Nummer 1 Satz 3 und Ziffer XI Nummer 1 a und Nummer 2 seien wegen Verstoßes gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam. Er verlangt von der Beklagten, die Verwendung dieser Bestimmungen (und inhaltsgleicher) zu unterlassen und sich bei bestehenden Verträgen nicht auf sie zu berufen. Außerdem beansprucht er die Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten.

Das Landgericht hat der Klage mit Urteil vom 05.12.2014 (Bl. 121 ff. d. A.), auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, stattgegeben.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Gegen die Beurteilung des Landgerichts, die mit dem Unterlassungsantrag zu 1 beanstandete Klausel Ziffer II Nummer 1 Satz 3 sei nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, wendet sich die Beklagte im Wesentlichen mit folgenden Argumenten: Bei der Klausel Ziffer II handele es sich ausschließlich um eine Regelung, die den Umfang der Leistungspflichten definiere, und gerade nicht um einen Vorbehalt, die vertraglich vereinbarte Leistung zu ändern. Etwaige Änderungen der AGB seien vielmehr abschließend in Ziffer IX der AGB geregelt. Abgesehen davon sei die Klausel ohnehin nicht an den Maßstäben der §§ 307 ff. BGB zu messen und im Rahmen der vorliegenden Verbandsklage nicht überprüfbar, da hierin ausschließlich die primäre Leistungspflicht bestimmt werde. Dabei entspreche die Klarstellung, dass die Auswahl des Netzinfrastrukturlieferanten allein der Beklagten obliege, dem gesetzlichen Leitbild, dass sich ein Schuldner bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen eines Erfüllungsgehilfen bedienen könne, soweit es sich nicht um eine höchstpersönliche Leistungspflicht handele oder eine hiervon abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen werde. Eine Zusicherung, stets die Telefónica Holding AG als Erfüllungsgehilfen einzusetzen, enthalte der zwischen der Beklagten und deren Endkunden geschlossene Vertrag jedoch nicht.

Auch die Werbeanpreisung, Mobilfunkleistungen in „O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ zu erbringen, lasse keine andere Auslegung zu, da zwischen den Begriffen „Mobilfunknetz“ und „Qualität eines Mobilfunknetzes“ zu unterscheiden sei, auch nach dem Verständnis der mit den Werbemaßnahmen angesprochenen Endkunden. Die Qualität der Infrastruktur befinde sich aufgrund der technischen, wirtschaftlichen und geografischen Veränderungen sowie der hoheitlichen Vergabe von Mobilfunklizenzen in einem ständigen Wandel. Daneben hänge die Qualität auch von dem von dem jeweiligen Netzinfrastrukturlieferanten betriebenen Aufwand in Bezug auf Aufbau und Wartung der einzelnen Systemkomponenten ab. Dem Verbraucher komme es auf die Qualität der

Telekommunikationsleistungen, nicht auf Markennamen von Erfüllungsgehilfen an. Wäre dem Verbraucher die Marke „O<sup>2</sup>“ wichtig, dann würde er den Vertrag direkt bei Telefónica als Netzbetreiberin abschließen. Letztlich spreche die Beklagte in ihrer Werbung von der Qualität eines „O<sup>2</sup>-Netzes“ und meine damit auch nur die Qualität. Das „O<sup>2</sup>-Netz“ stehe für eine solide, aber nicht herausragende Qualität. Entsprechend sichere die Beklagte eine konstant solide Qualität zu.

Bezüglich der Klausel Ziffer XI Nummer 1 a macht die Beklagte geltend, das Landgericht habe den Sinn und Zweck des § 45i TKG sowie die Systematik des TKG im Allgemeinen verkannt. Es erscheine widersprüchlich, bei der Beurteilung der Klausel zunächst auf die zivilrechtlichen Regelungen abzustellen, um dann im Rahmen des § 314 BGB zu dem Ergebnis zu gelangen, dass das TKG der Klausel entgegenstehe.

Hinsichtlich der in Ziffer XI Nummer 2 geregelten Schadenspauschalierung habe das Landgericht verkannt, dass diese Regelung in allen Mobilfunkverträgen der Beklagten zum Einsatz komme. Die Schadenspauschale sei bei den meisten Tarifen der Beklagten geringer als der regelmäßig tatsächlich angefallene Schaden. Es möge vereinzelt Konstellationen und Tarife geben, bei denen sich dieses Verhältnis umkehre. Für diese Fälle sehe die Klausel jedoch vor, dass der Kunde das Vorliegen eines geringeren Schadens nachweisen könne. Entscheidend sei nicht, ob die Schadenspauschale in jedem einzelnen Tarif, einschließlich der unterschiedlichen hinzu- und abbuchbaren Zusatzoptionen, dem regelmäßig zu erwartenden Schaden entspreche, sondern ob dies bei einer Gesamtbetrachtung in Bezug auf alle Mobilfunkverträge der Beklagten der Fall sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 5. Dezember 2014 verkündeten Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main, Az.: 2-24 O 143/14, die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

## B.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat zu Recht entschieden, dass der Kläger von der Beklagten verlangen kann, die Verwendung der streitgegenständlichen Klauseln zu unterlassen (§ 1 UKlaG). Weder beruht die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

### I. Unterlassungsantrag zu 1 [Klausel Ziffer II Nummer 1 Satz 3]

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Klausel Ziffer II Nummer 1 Satz 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten unwirksam ist. Diese Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 4 BGB. Dieser hält sie nicht stand.

1. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist eine Inhaltskontrolle der beanstandeten Klausel nicht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen.

a) Danach sind nur solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB zugänglich, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dadurch sind bloße Leistungsbeschreibungen einer Inhaltskontrolle entzogen. Denn Abreden, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistungen beschreiben, unterliegen nicht der Regelung durch Rechtsvorschriften, sondern sind von der den Parteien eingeräumten Vertragsfreiheit umfasst. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte geschuldeten Leistung einschränken, ausgestalten oder modifizieren, sind hingegen inhaltlich zu kontrollieren. Damit bleibt für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (vgl. BGH, WM 2008, 308 [juris Rn. 18 m.w.N.]).

b) In diesen engen Bereich fällt die streitige Klausel über die Auswahl und den Wechsel des Netzinfrastrukturlieferanten während der Vertragslaufzeit nicht. Die beanstandete Klausel enthält keine bloße Leistungsbeschreibung. Sie ist für die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts - Erbringung von Mobilfunkleistungen gegen Entgelt - entbehrlich und gehört daher nicht zu dem kontrollfreien Minimum, ohne dem dem Vertrag ein so wesentlicher Bestandteil fehlte, dass ihm die Wirksamkeit zu versagen wäre.

2. Die Klausel enthält einen nach § 308 Nr. 4 BGB unzulässigen Änderungsvorbehalt.

a) Nach dieser Bestimmung ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Diese Bedingung ist nur dann erfüllt, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt und die Klausel - im Hinblick auf die gebotene Klarheit und Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) - die triftigen Gründe für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht nennt, so dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen besteht. Denn aufgrund von Leistungsänderungsvorbehalten muss der andere Vertragsteil unter Umständen eine andere als die vereinbarte Leistung als vertragsgemäß gelten lassen, obwohl er sich mit der geänderten Leistung nicht einverstanden erklärt hat. Die Zumutbarkeit eines Leistungsänderungsvorbehalts ist - nur - zu bejahen, wenn die Interessen des Verwenders die für das jeweilige Geschäft typischen Interessen des anderen Vertragsteils überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig sind. Das setzt eine Fassung der Klausel voraus, die nicht zur Rechtfertigung unzumutbarer Änderungen dienen kann und die in ihren Voraussetzungen und Folgen für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen gewährleistet (vgl. BGH, WM 2007, 2202 [juris Rn. 15]; WM 2008, 308 [juris Rn. 21 m.w.N]).

b) Diesen Anforderungen wird die beanstandete Klausel nicht gerecht.

aa) Bei Verträgen, die auf der Grundlage ihrer Produktbeschreibung im Internet mit dem Zusatz „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ zustande kommen, gehört es zum Inhalt der von der Beklagten geschuldeten Leistungspflichten, sich zur Erbringung ihrer Dienstleistung des Netzes dieses Betreibers zu bedienen. Bei der in der Präsentation ihres Produkts „simply“ im Internet maßgeblichen Formulierung „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ handelt es sich entgegen der Ansicht der Beklagten aus Sicht eines potenziellen Kunden nicht um eine unverbindliche Werbeanpreisung, bei der lediglich mit der Qualität eines „O<sup>2</sup>-Netzes“ geworben wird, sondern um eine Leistungsbeschreibung, die Bestandteil des abzuschließenden Mobilfunkvertrages wird; dass der Kunde und nicht die Beklagte das Angebot zum Abschluss des Vertrages abgibt, d.h. die Beklagte mit der Präsentation ihres Produkts „simply“ kein gemäß § 145 BGB verbindliches Angebot abgibt, sondern insoweit lediglich zur Abgabe von Angeboten auffordert (invitatio ad offerendum), ist unerheblich.

Ihrem objektiven Wortlaut nach erweckt die Formulierung „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ bei den Empfängern den Eindruck, die Beklagte werde ihre Leistungen mittels eines bestimmten Mobilfunknetzes erbringen. Die Marke „O<sup>2</sup>“ ordnet der Kunde einem bestimmten Netzbetreiber zu. Ist an seinem Wohnort eine ausreichende Netzabdeckung durch diesen Netzbetreiber vorhanden und dementsprechend eine hohe Qualität der Mobilfunkleistungen bei Benutzung eines O<sup>2</sup>-Netzes zu erwarten, so kann dieser Umstand Anlass sein, sich für ein Produkt der Beklagten zu entscheiden, bei dem die Beklagte auf eine „beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ verweist. Denn einem Kunden kommt es auf der Hand liegend auf die Qualität der Telekommunikationsleistungen an, wie dies die Beklagte selbst vorbringt. Diese Qualität hängt aber maßgeblich vom Netzausbau und der Wartung des jeweiligen Netzbetreibers ab, wobei die Netzinfrastruktur eines Betreibers je nach Ort bzw. Region unterschiedlich sein kann, worauf die Beklagte in anderem Zusammenhang zutreffend hinweist.

Ein durchschnittlicher Kunde wird dem Hinweis „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ nicht den von der Beklagten behaupteten Sinn beilegen. Die Beklagte beschränkt ihr

Produktangebot nicht auf die Zusage, ein Mindest-Qualitätsniveau eines O<sup>2</sup>-Netzes einzuhalten. Vielmehr bietet sie ihre Produkte ohne eine entsprechende Einschränkung mit dem Hinweis: „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ an. Bei lebensnaher Betrachtung geht der Empfänger davon aus, bei einem Vertrag mit der Beklagten über das Produkt „simply“ das O<sup>2</sup>-Netz zur Verfügung gestellt zu bekommen. Die grafische Ausgestaltung und die Position des Textfeldes „Beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ in den jeweiligen Produktpräsentationen (Anlagen K 2, Bl. 17 ff. d. A.) direkt über dem jeweiligen Paketpreis unterstützt diese Auslegung.

An dieser Einschätzung ändert auch der Einwand der Beklagten nichts, ein Verbraucher, dem die Marke O<sup>2</sup> wichtig sei, werde einen Vertrag direkt bei der Telefónica als Netzbetreiberin abschließen. Denn ein Kunde, der Wert darauf legt, Mobilfunkleistungen über ein O<sup>2</sup>-Netz zu erhalten, wird jedenfalls dann ein mit dem Hinweis auf eine „beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ angepriesenes Produkt der Beklagten wählen, wenn das Produkt preiswerter ist und/oder einen größeren Leistungsumfang hat.

bb) Mit der in der Klausel geregelten Befugnis, die Auswahl einschließlich des Wechsels des Netzinfrastrukturlieferanten nach Ermessen zu bestimmen, will sich die Beklagte offenhalten, andere Netzbetreiber bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen einzusetzen, d.h. ihre Produktleistungen zu modifizieren. Der mithin durch die streitige Klausel begründete Änderungsvorbehalt hinsichtlich der Auswahl des Netzinfrastrukturunternehmens ist gemäß § 308 Nr. 4 BGB unwirksam. Nähere Bestimmungen, aus denen zu entnehmen wäre, unter welchen Voraussetzungen die Beklagte ihre Leistungen ändern bzw. den Netzbetreiber wechseln können soll, enthält die Klausel nicht. Sie lässt nicht ansatzweise erkennen, wann die Vereinbarung der Änderung für den Vertragspartner zumutbar sein soll, und sie erfasst nicht - wie geboten - die Gesichtspunkte, nach denen die Zumutbarkeit zu beurteilen ist; ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderungen für den anderen Vertragsteil gewährleistet die Klausel nicht. In ihrer im Verbandsprozess zugrunde zu legenden kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) legt die Klausel vielmehr durch die Verwendung des Wortes „Ermessen“ die Annahme nahe, dass die Beklagte auch ohne das Vorliegen eines triftigen Grundes den Netzbetreiber

wechseln darf. Indem sich die Beklagte mit dieser Klausel einseitig das Recht einräumt, den Netzanbieter nach ihrem Ermessen zu wechseln, nimmt sie auf die Interessen ihrer Vertragspartner, die sich u. U. gerade wegen des Hinweises auf eine „beste O<sup>2</sup>-Netz Qualität“ für ein Produkt der Beklagten entschieden haben, nicht hinreichend Rücksicht. Dass eine Umstellung vom O<sup>2</sup>-Netz auf das von Vodafone, E-Plus oder Telekom betriebene Mobilfunknetz für Kunden der Beklagten mit „keinerlei relevanten Nachteilen“ verbunden sei, wie die Beklagte geltend macht, kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Netzinfrastruktur eines Betreibers - wie ausgeführt - je nach Ort bzw. Region unterschiedlich sein kann.

## **II. Unterlassungsantrag zu 2 [Klausel Ziffer XI Nummer 1 a]**

Zu Recht hat das Landgericht auch einen Unterlassungsanspruch des Klägers im Hinblick auf Klausel Ziffer XI Nummer 1 a bejaht.

Die beanstandete Kündigungsklausel benachteiligt Vertragspartner der Beklagten entgegen Treu und Glauben unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie ist mit wesentlichen Grundgedanken der Vorschrift des § 314 BGB unvereinbar (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

Der Telekommunikationsvertrag wird wegen der als angemessen empfundenen Rechtsfolgen ganz überwiegend als Dienstvertrag mit Dauerschuldcharakter angesehen (vgl. BGH, NJW 2004, 1590; NJW 2005, 2076). Außer in den Vorschriften der §§ 626, 543 Abs. 1 BGB wurde der allgemeine Rechtsgedanke, dass alle Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund kündbar sind, in § 314 BGB kodifiziert. An dieser Vorschrift ist die Kündigungsklausel zu messen (vgl. BGH, NJW-RR 2011, 1618 ff.). Von wesentlichen Grundgedanken der Regelungen des § 314 BGB weicht die Kündigungsklausel ab.

1. Entgegen der Ansicht des Landgerichts benachteiligt diese Bestimmung Kunden der Beklagten allerdings nicht deshalb unangemessen, weil sie die nach § 314 Abs. 1 BGB vorzunehmende Interessenabwägung im Hinblick auf die sich aus § 45i TKG ergebenden Kundenrechte einseitig zu Lasten der Kunden

verlagern würde, oder weil sie - so die Ansicht des Klägers - mit wesentlichen Grundgedanken des § 45k TKG unvereinbar wäre.

a) Nach § 45k Abs. 1 und 2 Satz 1 TKG darf der Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste im Fall des Zahlungsverzugs des Teilnehmers in Höhe von wenigstens 75 € den Netzzugang nur dann sperren, wenn er dies mindestens zwei Wochen zuvor schriftlich angedroht hat. Die Sperre ist unter Umständen auf bestimmte Leistungen zu beschränken (§ 45k Abs. 5 Satz 1 TKG). Gemäß § 45k Abs. 5 Satz 3 TKG darf eine auch ankommende Telekommunikationsverbindungen erfassende Vollsperrung des Netzzugangs frühestens eine Woche nach Sperrung der abgehenden Verbindungen erfolgen.

b) An diesen Vorgaben ist die angegriffene Kündigungsklausel jedoch nicht zu messen. Die Kündigung ist gegenüber der Sperre nach dieser Bestimmung ein aliud. Beide stehen unabhängig nebeneinander. Aus den Voraussetzungen für eine Sperre gemäß § 45k TKG lassen sich deshalb keine Einschränkungen für die Bestimmungen über die außerordentliche Kündigung eines Telefondienstvertrags in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ableiten. Die Voraussetzungen einer fristlosen (oder fristgerechten) Kündigung richten sich vielmehr nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften (vgl. BGH, NJW 2009, 1334 [juris Rn. 17]).

Die Sperre gemäß § 45k TKG stellt, wie sich bereits aus dem Wortlaut seines Absatzes 1 ergibt, die fachgesetzliche Sonderregelung des allgemeinen zivilrechtlichen Leistungsverweigerungsrechts nach §§ 273, 320, 321 BGB dar. Die Rechtsfolgen einer Kündigung unterscheiden sich hiervon wesentlich. Sie führt, sobald sie wirksam wird, zu einer Vollbeendigung des Vertragsverhältnisses und dem Fortfall der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen aus dem Telefondienstleistungsvertrag für die Zukunft. Der Anbieter ist nicht mehr verpflichtet, den Telefonanschluss bereitzuhalten. Umgekehrt entstehen gegen den bisherigen Anschlussinhaber keine Zahlungsansprüche mehr (BGH, NJW 2009, 1334 [juris Rn. 18]).

Da der Gesetzgeber - bewusst - davon abgesehen hat, die (außerordentliche) Kündigung eines Telekommunikationsvertrages im TKG spezialgesetzlich zu

regeln, und in § 45 k Abs. 3 TKG lediglich den klarstellenden Hinweis aufgenommen hat, dass der Anbieter seine Leistungen einstellen darf, wenn die Kündigung des Vertragsverhältnisses wirksam ist, können die Wertungen und Vorgaben der spezifisch für die Sperre geltenden Vorschrift des § 45k TKG auch nicht inzident bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung oder der Angemessenheit einer Kündigungsregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Telekommunikationsdiensteanbietern herangezogen werden. Bei der Ausgestaltung von vertraglichen Kündigungsklauseln wegen Zahlungsverzugs müssen die Klauselverwender dementsprechend auch nicht den in § 45k Abs. 2 TKG normierten Schwellenwert von 75 € berücksichtigen (vgl. Brisch/Müller-ter Jung, CR 2015, 81, 83, 85), den der Gesetzgeber trotz stark gefallener Endkundenpreise für Telekommunikationsdienstleistungen im Zuge der TKG-Novelle 2012 nicht geändert hat (vgl. Sodalbers in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 45 k Rn. 9).

c) Die Vertragsklausel setzt auch nicht nur - wovon das Landgericht offensichtlich ausgeht - einen Zahlungsrückstand voraus, sondern Verzug des Kunden mit den Entgeltzahlungen. Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner aber nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten, also nicht verschuldet (§ 276 BGB) hat. Ein Zahlungsrückstand führt also nicht automatisch zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht. Die Klausel fordert vielmehr ein Verschulden des Kunden an der Nichtentrichtung des Leistungsentgeltes. Die Unterscheidung zwischen Rückstand und Verzug wird üblicherweise gebraucht, um eine genaue Abgrenzung der Rechtsfolgen bei verschuldeter und nichtverschuldeter Nichtzahlung zu bestimmen (vgl. BGH, NJW 1985, 1705 [juris Rn. 14]).

Dabei kann dem verständigen Kunden auch nicht verborgen bleiben, dass ein solches Verschulden bzw. ein Verzug dann nicht vorliegt, wenn er von dem ihm in § 45i Abs. 1 TKG eingeräumten Recht Gebrauch macht und - berechnete - Beanstandungen gegen die ihm erteilten Abrechnungen erhebt. Dass die Klausel Kunden der Beklagten abhalten könnte, derartige Beanstandungen geltend zu machen, kann auch bei kundenfeindlichster Auslegung nicht angenommen werden, zumal die Beklagte ihre Kunden mit der Regelung in Ziffer VI Nummer 3

ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf dieses Recht sogar ausdrücklich hinweist.

2. Die Klausel ist jedoch deshalb unwirksam, weil sie die Beklagte bei der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung berechtigt, den Vertrag unter Abweichung von § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB fristlos zu kündigen, ohne zuvor eine angemessene Frist zur Abhilfe gesetzt oder eine Abmahnung ausgesprochen zu haben.

a) Nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB ist die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses wegen eines in der Verletzung einer Pflicht aus dem Vertrag bestehenden wichtigen Grundes erst nach erfolglosem Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig, es sei denn, dies ist nach Maßgabe des gemäß § 314 Abs. 2 Satz 2 entsprechend anwendbaren § 323 Abs. 2 BGB ausnahmsweise entbehrlich. Ob nach dieser Vorschrift eine Fristsetzung erforderlich ist oder eine Abmahnung genügt, richtet sich nach der Art der Pflichtverletzung. Bei der Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung nachgeholt werden kann, ist grundsätzlich eine Fristsetzung erforderlich. Da Zahlungspflichten auch nachträglich erfüllt werden können, ist für eine Kündigung wegen Verzugs mit der Erfüllung einer Geldforderung in der Regel erforderlich, dass der Gläubiger dem Schuldner eine angemessene Nachfrist setzt (BGH, NJW-RR 2011, 1618 [juris Rn. 59]).

b) Bei kundenfeindlichster Auslegung wird durch die beanstandete Klausel das zur Herbeiführung der Vertragsbeendigung zu beachtende Verfahren, d.h. das grundsätzliche Erfordernis einer Fristsetzung nach § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB abbedungen. Die Klausel ist dahin auslegbar, dass sie nicht nur die Gründe für eine fristlose Kündigung regelt, wie die Vorschrift des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a und lit. b BGB, an deren Wortlaut die Klausel ersichtlich angelehnt ist, sondern dass sie die Voraussetzungen, unter welchen dem Verwender ein fristloses Kündigungsrecht zusteht, bestimmt. Denn nach dem Wortlaut der Klausel ist der Verwender „zur fristlosen Kündigung ... berechtigt,“ wenn der in der Klausel bestimmte Zahlungsverzug vorliegt, ohne dass eine vorherige Fristsetzung erforderlich ist.

In dieser Auslegung ist die Klausel mit dem wesentlichen Grundgedanken des § 314 Abs. 2 Satz 1 BGB unvereinbar und stellt deshalb für Kunden der Beklagten eine unangemessene Benachteiligung dar (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der Kunde erhält nicht - wie geboten - eine letzte Chance, seine Vertragspflichten noch innerhalb einer angemessenen Zeit zu erfüllen und eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs abzuwenden.

c) Ob die Klausel darüber hinaus in der 2. und 3. Alternative auch gegen das aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Transparenzgebot verstößt, wie dies der Kläger geltend macht, bedarf keiner Entscheidung.

### **III. Unterlassungsantrag zu 3 [Klausel Ziffer XI Nummer 2]**

Mit Recht verlangt der Kläger gemäß § 1 UKlaG von der Beklagten auch die Unterlassung der Verwendung der Klausel Ziffer XI Nummer 2. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, dass die Klausel nach § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist.

1. Ist die Beklagte aufgrund eines Zahlungsverzuges zur fristlosen Kündigung berechtigt, hat sie gemäß §§ 628 Abs. 2, 314 Abs. 1, Abs. 4, 280 Abs. 1, 281 Abs. 1 BGB grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz. Der Anspruch umfasst gemäß § 252 BGB auch den entgangenen Gewinn. Ihren Schadensersatzanspruch kann die Beklagte in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen pauschalieren, sofern die Pauschale dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehenden Schaden entspricht.

2. Die Klausel ist jedoch nach § 309 Nr. 5 a BGB unwirksam, weil nicht angenommen werden kann, dass der auf die Höhe der Mindestumsätze für den gekündigten Vertrag oder die vollen Grundgebühren pauschalierte Schadensersatz den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigt.

a) Die Beweislast dafür, dass die Pauschale dem in den geregelten Fällen durchschnittlich eintretenden Schaden entspricht, trägt der Klauselverwender. Zwar ist die Regelung in § 309 Abs. 1 Nr. 5a 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 (vgl. BGH, NJW-RR 2015, 690 [juris Rn. 22]).

b) Gemessen an diesem erleichterten Maßstab kann nicht festgestellt werden, dass der pauschalierte Schaden dem typischen Schadensumfang entspricht.

Die Beklagte setzt den Nichterfüllungsschaden mit 100% des vereinbarten Mindestumsatzes oder der monatlichen Grundgebühren an. Sie bringt keine ersparten laufzeitabhängigen Aufwendungen in Abzug. Das würde jedoch bedeuten, dass die Beklagte 100% Gewinn aus einem Mobilfunkvertrag erzielt. Dies kann aber nicht angenommen werden und wird von der Beklagten auch nicht behauptet. Ihr Vorbringen, die Schadenspauschale sei „in den meisten Tarifen der Beklagten geringer als der regelmäßig tatsächlich anfallende Schaden“, ist nicht nachvollziehbar. Dass es Tarife gibt, bei denen sich dieses Verhältnis „umkehrt“, räumt die Beklagte selbst ein.

Hinzu kommt, dass die Beklagte im Falle der Zahlung von Schadensersatz liquide Mittel unter Umständen bereits vor der vertraglich geschuldeten Fälligkeit erhält, so dass eine Abzinsung des Schadensersatzes zu erfolgen hat (vgl. für den Leasingvertrag: BGH, NJW 1991, 221 [juris Rn. 14]). Auch eine solche Abzinsung sieht die Klausel nicht vor.

3. Darüber hinaus verstößt die Klausel auch gegen das Transparenzgebot, weil sie undifferenziert einen Schadensersatzanspruch „bis zum Ende der Vertragslaufzeit“ gewährt und nicht für Verträge in der Variante ohne Vertragslaufzeit (vgl. Ziffer X Nummer 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) klarstellt, dass Schadensersatz - nur - bis zur nächstmöglichen ordentlichen Kündigung verlangt werden kann.

IV. Zu Recht hat das Landgericht dem Kläger auch den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten in pauschalierter Höhe gemäß § 5 UKlaG und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zugesprochen. Die Abmahnung war berechtigt, weil

das Unterlassungsbegehren begründet ist. Die Höhe der Pauschale ist nicht zu beanstanden (vgl. auch BGH, NJW 2010, 2719 [juris Rn. 55]) und wird von der Beklagten mit der Berufung auch nicht angegriffen.

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zulassen (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]