

1 U 46/19

2/24 O 99/18 Landgericht Frankfurt am Main

Abschrift

Verkündet laut Protokoll am
09.04.2020

Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



verbraucherzentrale

Bundesverband

21. April 2020

EINGEGANGEN

A 14399-11

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherverband e.V., vertreten durch den Vorstand Klaus Müller,
Rudi-Dutschke-Straße 17, 10969 Berlin,

Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Drillisch Online AG, vertreten durch den Vorstand, Wilhelm-Röntgen-Straße 1 - 5,
63477 Maintal,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte:

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht | , die Richterin am Oberlandesgericht und den Richter am Oberlandesgericht | aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. Februar 2020

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 14. Februar 2019 verkündete Urteil der 24. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an dem Vorstand, es zu unterlassen,

in Bezug auf Mobilfunkverträge, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die nachfolgenden oder inhaltsgleiche Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingung einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen in Ziffer IX. 6. Satz 2 und 3 bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

„6. ... Beträgt eine Preiserhöhung nach Ziffern 4 und 5 mehr als 5% des bis zum Zeitpunkt der Erhöhung geltenden Preises, kann der Kunde binnen sechs (6) Wochen seit Zugang der Änderungsmitteilung einzelnen oder allen Preisänderungen in Textform widersprechen. Unterbleibt der rechtzeitige Widerspruch, gelten die mitgeteilten Preisanpassungen als genehmigt.“

Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung des Klägers werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 2/3 und die Beklagte 1/3 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien können die Vollstreckung der jeweils anderen Seite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige andere Seite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird bezüglich der Entscheidung über die Berufung der Beklagten zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger ist der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene Dachverband der Verbraucherzentralen in den Bundesländern und 25 weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Die Beklagte, ein Mobilfunkanbieter, verwendet in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem folgende Klauseln:

VII. Sperre

1. Unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften ist der Diensteanbieter berechtigt, die Inanspruchnahme seiner Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperre),
 - a. wenn der Kunde nach Abzug etwaiger Anzahlungen mit Zahlungsverpflichtungen von mindestens 75 Euro gemäß Ziffer IV., V. und VI. in Verzug ist und der Diensteanbieter die Sperre mindestens zwei (2) Wochen zuvor in Textform angedroht und dabei auf die Möglichkeit des Kunden, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, hingewiesen hat.

.....

IX. Änderungen der Geschäftsbedingungen, Leistungsbeschreibungen und Preise

...

6. ... Beträgt eine Preiserhöhung nach Ziffern 4 und 5 mehr als 5% des bis zum Zeitpunkt der Erhöhung geltenden Preises, kann der Kunde binnen sechs (6) Wochen seit Zugang der Änderungsmitteilung einzelnen oder allen Preisänderungen in Textform widersprechen. Unterbleibt der rechtzeitige Widerspruch, gelten die mitgeteilten Preisanpassungen als genehmigt.

...

Der Kläger hat die Beklagte vorgerichtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen. Die Beklagte hat wegen dieser Klauseln keine Unterlassungserklärung abgegeben.

Mit seiner Klage hat der Kläger den geltend gemachten Unterlassungsanspruch weiterverfolgt. Er hat gemeint, die Klauseln seien unwirksam. Die Klausel betreffend die Sperre weiche von der gesetzlich vorgeschriebenen Form der Sperrandrohung, nämlich der Schriftform, ab. Sie sei zudem wegen der Einschränkung „unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften“ nicht hinreichend transparent. Sie verstoße daher wegen unangemessener Benachteiligung gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Klausel zu den Preisen verstoße gegen § 308 Nr. 5 BGB. Die Möglichkeit, eine ausdrückliche Erklärung nach § 308 Nr. 5 a) BGB abzugeben, habe der Vertragspartner nur, wenn ihn die Klauselfassung in seiner Entschließung, welchen Inhalt er seiner Erklärung geben wolle, nicht einenge, sondern sie ihm gestatte, seinen Willen frei zu äußern. Diesen Anforderungen genüge die Klausel nicht, weil sie ein Widerrufsrecht nur für den Fall vorsehe, dass die Preiserhöhung mehr als 5% betrage. Sie verstoße zudem gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil sie mit Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2009/136/EG nicht vereinbar sei. Allgemeine Geschäftsbedingungen im Bereich der Telekommunikationsverträge, nach denen der Verwender die Preise einseitig ändern dürfe, müssten der Universaldienstrichtlinie genügen, so dass dem Verbraucher bei Vertragsänderungen zwingend ein Kündigungsrecht eingeräumt werden müsse. Das Kündigungs-

recht dürfe nicht an den Umfang einer einseitig vorgenommenen Vertragsänderung geknüpft werden. Es bestehe also auch bei Preisänderungen bis zu 5%. Die verwendete Klausel enthalte keine Kündigungsmöglichkeit bei Preiserhöhungen und gewähre bei Preiserhöhungen bis 5% überhaupt keine Rechte.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

in Bezug auf Mobilfunkverträge, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die nachfolgenden oder inhaltsgleichen Bestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmung bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

1. Unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften ist der Diensteanbieter berechtigt, die Inanspruchnahme seiner Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperrung), wenn der Kunde nach Abzug etwaiger Anzahlungen mit Zahlungsverpflichtungen von mindestens 75 Euro gemäß Ziffer IV., V. und VI. in Verzug ist und der Diensteanbieter die Sperrung mindestens zwei (2) Wochen zuvor in Textform angedroht und dabei auf die Möglichkeit des Kunden, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, hingewiesen hat.
2. (IX. Änderungen der Geschäftsbedingungen, Leistungsbeschreibung)
(6.) Beträgt eine Preiserhöhung nach Ziffer 4 und 5 mehr als 5% des bis zum Zeitpunkt der Erhöhung geltenden Preises, kann der Kunde binnen sechs (6) Wochen seit Zugang der Änderungsmitteilung einzelnen oder allen Preisänderungen in Textform widersprechen. Unterbleibt der rechtzeitige Widerspruch, gelten die mitgeteilten Preisanpassungen als genehmigt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und die Beklagte zur Unterlassung verurteilt, soweit es die Form der Androhung der Sperre und den Widerspruch des Kunden bei Preiserhöhungen betrifft. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf das 14. Februar 2019 verkündete Urteil des Landgerichts verwiesen.

Hiergegen richten sich die Berufungen beider Parteien.

Mit seinem Rechtsmittel verfolgt der Kläger die Klage, soweit sie abgewiesen wurde, weiter. Er rügt, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wichen vom Gesetztext ab, wodurch sich eine inhaltliche Änderung ergebe. Die Formulierung „Unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften“ sei zudem nicht klar und verständlich. Es werde für den Verbraucher, der die gesetzlichen Vorschriften nicht kenne, nicht klar, wie sich andere gesetzliche Vorschriften bei einem geringeren Verzugsbetrag als 75 Euro auswirken könnten. Durch die Formulierung werde nicht klar, dass jedenfalls bei Zahlungsverzug eine Sperre ausschließlich nach § 45k Abs. 2 TKG erfolgen dürfe. Die Klausel könne aber dahin verstanden werden, dass nach anderen Vorschriften eine Sperre möglich sein könne, wenn der Verzug weniger als 75 Euro betrage. Die Klausel stelle die beiden Absätze des § 45k Abs. 1 und 2 TKG verkürzt dar, verändere den Sinn des § 45k Abs. 2 TKG und sei unverständlich und unwirksam nach § 307 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 BGB.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des am 14.02.2019 verkündeten Urteils der 24. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main die Beklagte zu verurteilen,

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

in Bezug auf Mobilfunkverträge, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die nachfolgenden oder inhaltsgleichen Bestimmungen als allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmung bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

Unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften ist der Diensteanbieter berechtigt, die Inanspruchnahme seiner Leistungen ganz oder teilweise zu verweigern (Sperrung), wenn der Kunde nach Abzug etwaiger Anzahlungen mit Zahlungsverpflichtungen von mindestens 75 Euro gemäß Ziffer IV., V. und VI. in Verzug ist und der Diensteanbieter die Sperrung mindestens zwei (2) Wochen zuvor in Textform angedroht und dabei auf die Möglichkeit des Kunden, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, hingewiesen hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil, soweit die Klage abgewiesen wurde.

Mit ihrer eigenen Berufung wendet sich die Beklagte gegen ihre Verurteilung und verfolgt insoweit ihren Klageabweisungsantrag weiter. Sie macht geltend, das Landgericht habe zu Unrecht einen Unterlassungsanspruch wegen der Sperrandrohung bejaht. § 45 Abs. 2 TKG beinhalte kein Schrift-, sondern lediglich ein Textformerfordernis. Denn die Vorschrift sei schon ursprünglich nur im Sinne eines

drucktechnischen Hinweises zu verstehen gewesen. Seit der Einführung der Textform in § 126b BGB müsse daher die in § 45 Abs. 2 TKG genannte Schriftlichkeit, die jedenfalls nicht die Schriftform des § 126 BGB erfordere, der Textform entsprechen. Das genüge auch dem Schutzzweck, denn mit der Hinweispflicht solle der Kunde rechtzeitig auf die bevorstehende Unterbrechung hingewiesen werden. Es wäre auch bloße Förmerei, für die Androhung die Schriftform des § 126 BGB zu fordern, wenn sämtliche anderen vertragserheblichen Erklärungen wie Vertragsbegründung, Rechnung und Kündigung in Textform erklärt werden könnten.

Ebenso habe das Landgericht zu Unrecht einen Unterlassungsanspruch angenommen, soweit die Klausel IX Nr. 6 Sätze 2 und 3 das Widerspruchsrecht des Kunden auf Preiserhöhungen über 5% des geltenden Preises beschränkt habe. Entgegen der Ansicht des Landgerichts könne die Universaldienstrichtlinie nicht herangezogen werden, da ihr Anwendungsbereich nicht eröffnet sei und jedenfalls eine Rückausnahme in Höhe von 5% eingreife. Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie sei nicht in deutsches Recht umgesetzt. Jedenfalls sei ihr Anwendungsbereich nicht eröffnet, weil den in der Klausel geregelten Preiserhöhungen keine unternehmerische Entscheidung zugrunde liege. Die beanstandete Regelung beziehe sich auf außerhalb der Sphäre der Beklagten liegende Anknüpfungspunkte, nämlich die Steigerung der Gesamtkosten oder Senkung der Entgelte für Leistungen/Teilleistungen aufgrund gesetzlicher Vorgaben oder behördlicher Maßnahmen. Die 5%-Regelung sei auch unabhängig von der Anwendbarkeit der Richtlinie zulässig. Denn der europäische Gesetzgeber habe ein berechtigtes Interesse der Telekommunikationsdiensteanbieter an einer Preisänderung anerkannt, so dass nicht jede kleine Preisänderung ein Widerrufsrecht auslösen könne. Auch in der Literatur sei anerkannt, dass nur bei unangemessenen Preiserhöhungen, die bestimmte Prozentsätze überschritten, ein Lösungsrecht als Ausgleich einzuräumen sei. Das Oberlandesgericht München habe demgemäß entschieden, dass nur eine wesentliche, 5% übersteigende Preisänderung ein Widerrufsrecht begründe. Entgegen der Annahme des Landgerichts sei diese Entscheidung während der Geltung einer Fassung der Universaldienstrichtlinie ergangen, die bereits ein Lösungsrecht bei einseitigen Änderungen der Vertragsbedingungen vorgesehen habe.

Die Beklagte beantragt,

das am 14. Februar 2019 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil gegen die Berufung der Beklagten unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens und führt ergänzend aus, dass das Landgericht die Klausel, die die Sperrandrohung in Textform ermögliche, zu Recht als unwirksam angesehen habe, weil der Anbieter damit die durch das Gesetz gebotene Schriftlichkeit, also eine Erklärung in ausgedruckter Form, durch eine nur auf einem Datenträger enthaltene Form erfüllen könne. Da es zu der Zeit, als die Telekommunikationsverordnung erstmals Schriftlichkeit angeordnet habe, die gesetzliche Textform noch nicht gegeben habe, könne aus der Gesetzesbegründung nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Textform als ausreichend angesehen hätte. Der Gesetzgeber habe weder bei der Neufassung des § 45k TKG die Formulierung „schriftlich“ noch nach Neufassung des § 126b BGB die in § 45k TKG vorgeschriebene Form verändert.

Wegen des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren zur Akte gereichten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg, während die Berufung der Beklagten teilweise erfolgreich ist.

1. Der Kläger ist nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 4 UKlaG klagebefugt.

2. Die Berufung des Klägers ist unbegründet.

Die Formulierung „unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften“ ist wirksam, weil sie nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt.

Treu und Glauben verpflichten den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Abzustellen ist dabei nicht auf die Erkenntnismöglichkeiten des konkreten Vertragspartners, sondern auf die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden Durchschnittskunden (BGH, Urteil vom 15. April 2010 – Xa ZR 89/09, Rz 25 – juris). Diesen Maßstäben hält die angegriffene Bestimmung stand. Es handelt sich bei der Formulierung um eine Formulierung, die auch der Gesetzgeber verwendet. Sie kann auch nicht zu dem von dem Kläger befürchteten Missverständnis führen, dass eine Sperre bereits wegen des Verzugs mit geringeren Beträgen als 75 € verhängt werden kann. Denn sie ist, was der durchschnittliche Verbraucher schon anhand des Textumbruchs in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht übersieht, allen drei, mit a, b und c gekennzeichneten Fällen der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelten Sperre vorangestellt. Sie erweitert nicht in unbestimmtem und undurchschaubarem Umfang die Regelung über die Sperre beim Verzug. Ein durchschnittlicher Verbraucher wird die Worte „unbeschadet anderer gesetzlicher Vorschriften“ daher so verstehen, dass es neben den in den AGB ausdrücklich geregelten Fällen einer Sperre wegen Zahlungsverzugs (Fall a), wegen besonderer Steigerung des Verbindungsaufkommens (Fall b) und wegen Gefährdung der Einrichtungen des Anbieters oder der öffentlichen Sicherheit (Fall c) weitere gesetzliche Vorschriften gibt, die eine Sperre ermöglichen, die der Anbieter in den AGB aber nicht ausdrücklich aufgeführt hat. Es beeinträchtigt nicht die Klarheit der Regelung der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich genannten Fälle, wenn weitere gesetzlichen Gründe für eine Sperre in den Bedingungen nicht ausdrücklich aufgeführt werden. Es besteht auch ein berechtigtes Interesse des Verwenders an diesem allgemein gehaltenen Vorbehalt zugunsten weiterer gesetzlicher Regelungen, denn dies bringt zum Ausdruck, dass der Verwender mit der Regelung der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich

genannten Fälle nicht auf die unabhängig davon in anderen gesetzlichen Vorschriften begründeten Möglichkeiten einer Sperre verzichten will.

3. Die Berufung der Beklagten hat teilweise Erfolg.

a) Dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für die Androhung der Sperre die Textform ausreichen lassen, ist unbedenklich. Denn dabei handelt es sich nicht um eine der Inhaltskontrolle zugängliche Abweichung von einer dispositiven gesetzlichen Regelung, sondern lediglich um die Wiedergabe der Rechtslage, wie sie bei richtiger Auslegung des in § 45k TKG bestimmten Gebots, dass die Sperre „schriftlich“ angedroht werden muss, ohnehin besteht.

„Schriftlich“ im Sinne des § 45k Abs. 2 Satz 1 TKG bedeutet nicht Schriftform im Sinne des § 126 Abs. 1 BGB. Das Erfordernis der Schriftlichkeit hat der Gesetzgeber aus § 19 der Telekommunikationsverordnung mit unverändertem Wortlaut in § 45k Abs. 2 TKG übernommen. In den Materialien zur Telekommunikationsverordnung hat der Verordnungsgeber klargestellt, dass Schriftlichkeit im gegebenen Zusammenhang nur drucktechnisch zu verstehen sei (BR-DrS.551/97, S. 38), dass es also nicht darauf ankommt, dass die Ankündigung der Sperre eigenhändig unterschrieben ist. Es entspricht der einhelligen Meinung im Schrifttum, dass § 45k Abs. 2 Satz 1 TKG ebenso zu verstehen ist (Ditscheid/Rudloff, in: Beck'scher TKG Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 45k, Rn. 22; Lutz, in: Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 2. Aufl., § 45k Rdn. 18; Sodtalbers, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., § 45k Rdn. 14; Säcker/Klingner, TKG, § 45k Rdn. 21; Kiparski, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, Stand 1.2.2020, § 45k Rdn. 15). Darüber hinaus wird überwiegend angenommen, dass die Schriftlichkeit, die in § 45k Abs. 2 Satz 1 TKG verlangt wird, erfüllt ist, wenn die Androhung der Sperre in Textform erfolgt (Sodtalbers, aaO.; Säcker/Klingner, aaO.; Kiparski, aaO.). Dieser Ansicht schließt sich der Senat an.

Bei der Androhung der Sperre handelt es sich um eine geschäftsähnliche Handlung (Lutz, aaO., Fn 39). Bei geschäftsähnlichen Handlungen soll die Erklärung nicht wie eine Willenserklärung final rechtliche Wirkungen herbeiführen, sondern die Rechtsfolge tritt unabhängig vom Willen des Erklärenden ein, weil das

Gesetz die Rechtsfolge anordnet (BAG, B. v. 9.12.2008 - 1 ABR 79/07 - Rdn. 31 juris; BGH, U. v. 17.10.2009 - X ZR 97/99 - Rdn. 17, 19, juris). So liegt es hier. Die Androhung der Sperre ist nur gesetzliche Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der Sperre.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs richten sich die Formerfordernisse für einseitige Erklärungen grundsätzlich nach dem Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift. Für Erklärungen, die auf die Begründung, Änderung oder Beendigung eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses gerichtet sind, und für geschäftsähnliche Handlungen, die eine solche Rechtsfolge auslösen, gelten die Anforderungen des § 126 BGB (vgl. BGH, B. v. 12.11.2019 - EnVR 108/18 - Rn. 19, juris). Eine solche Erklärung ist die Androhung der Sperre indessen nicht. Sie ist nicht auf die Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses gerichtet (vgl. auch BGH, U. v. 10.11.2010 - VIII ZR 300/09 - Rn. 14, juris). Auch sonst besteht kein Grund, für die Androhung der Sperre die Schriftform des § 126 BGB zu verlangen. Die mit der Einhaltung der Schriftform verbundene Warnfunktion für den Erklärenden hat bei der Androhung der Sperre keine Bedeutung, denn der Anbieter muss nicht vor den Folgen seiner Erklärung gewarnt werden. Auch der mit der Schriftform verfolgte Zweck, vor Fälschungen zu schützen, ist hier nicht einschlägig. Der mit der Schriftlichkeit verbundene Zweck der Information wird durch die Textform genauso gut erreicht. Auf den Informationszweck kommt es hier entscheidend an, denn der Kunde soll vor der Durchführung der Sperre informiert werden, dass der Anbieter wegen der Zahlungsrückstände eine Sperre herbeiführen will, und er soll erfahren, dass er die Möglichkeit hat, gegen die Sperre Rechtsschutz vor Gerichten zu suchen. Nach der gesetzlichen Wertung des § 126b BGB wird der Informationszweck durch eine papiergebundene Mitteilung ebenso sicher erfüllt wie durch eine auf einem elektronischen Datenträger dauerhaft verfügbare und lesbare Erklärung, insbesondere also durch eine Email.

Der Senat sieht sich an dieser Auslegung auch nicht dadurch gehindert, dass der Gesetzgeber das Merkmal „schriftlich“ aus der Vorgängervorschrift unverändert übernommen und auch nach Einführung der Textform in § 126b BGB nicht angepasst hat. Auch wenn das Merkmal „schriftlich“ ursprünglich „drucktechnisch“ gemeint war, also eine auf Papier gedruckte Mitteilung bedeutete, muss die Auslegung bei diesem Verständnis nicht stehen bleiben. Denn damit bliebe

unberücksichtigt, dass neue technische Gegebenheiten, die zur Zeit der Formulierung des Gesetzes noch nicht bestanden, bei der Anwendung und Auslegung von gesetzlichen Merkmalen nicht unberücksichtigt bleiben müssen, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich an eine bestimmte Gegebenheit anknüpft. In diesem Sinne kann Schriftlichkeit, soweit sie nicht zwingend mit dem Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift verbunden ist, auch im Sinne einer dauerhaft fixierten Erklärung, die lesbar ist bzw. gemacht werden kann, verstanden werden, so dass auch eine elektronisch gespeicherte Datei, die auf einem Bildschirm lesbar ist, der Schriftlichkeit entspricht. Diese dynamische Auslegung eines gesetzlichen Merkmals hat in einem vergleichbaren Fall das Bundesverwaltungsgericht zugrunde gelegt, indem es angenommen hat, dass der in § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG geforderten Schriftlichkeit durch die Textform genügt wird (BVerwG, B. v. 15.12.2016 – 5 P 9/15 – Rdn. 18). Vergleichbar lässt das Bundesarbeitsgericht für die Schriftlichkeit im Sinne des § 99 Abs. 3 S. 1 BGB die Textform genügen (BAG, aaO., Rdn. 37 – 45). Da nicht festgestellt werden kann, dass der Gesetzgeber des TKG bei der Übernahme des Merkmals „schriftlich“ aus der Vorgängervorschrift gerade auf die papiergebundene Mitteilung Wert gelegt hat, kann der hier vorgenommenen Auslegung auch nicht entgegen gehalten werden, dass der Gesetzgeber mit der Beibehaltung dieses Ausdrucks sich einer Auslegung verschließen wollte, die den zwischenzeitlich eingetretenen technischen Entwicklungen Rechnung trägt.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Beklagte gegen die Beurteilung der Klausel IX. 6. Satz 2 und 3 als unwirksam.

Soweit die Klausel dem Kunden ein Widerspruchsrecht nur ab einer Preiserhöhung um 5% gewährt, verletzt sie die sich aus Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG ergebende Wertung. Dort wird verlangt, dass der Kunde bei einseitigen Änderungen der Vertragsbedingungen das Recht erhält, den Vertrag zu widerrufen. Zwar ist die Richtlinie nicht umgesetzt. Nicht (fristgerecht) umgesetzte Richtlinien der Europäischen Union können zur Auslegung oder Fortbildung des nationalen Rechts nur insoweit herangezogen werden, als dieses dafür Raum gibt (BGH,

Urteil vom 09. Dezember 2015 – VIII ZR 236/12 – Rn. 19, juris). Dagegen sind im vorliegenden Fall keine Bedenken ersichtlich. Denn Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie ist insbesondere deshalb nicht umgesetzt, weil es im deutschen Recht keine eine einseitige Preisänderung ermöglichende Gesetzesbestimmung gibt. Werden aber solche Möglichkeiten durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeführt, müssen sie auch an dem durch die Richtlinie geschaffenen Leitbild gemessen werden.

aa) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist auch der Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie eröffnet. Denn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten gelten auch dann, wenn die Entgeltanpassung auf einer unternehmerischen Entscheidung des Anbieters beruht.

Die Preisanpassungsbedingung in Ziffer IX. 6. Satz 2 der AGB bezieht sich auf eine Preiserhöhung nach Ziffer 4 und 5. Die Ziffer 4 betrifft die Gesamtkosten für Instandhaltung und Betrieb der technischen Infrastruktur einschließlich Mobilfunknetzen und Materialkosten, die Kosten für die Nutzung fremder Infrastrukturen einschließlich Mobilfunknetzen, Lohn- und Lohnnebenkosten, Kosten für die Kundenverwaltung und -betreuung (Call-Center) sowie Kosten der allgemeinen Verwaltung, IT-Infrastruktur, IT-Dienstleistungen und für Energie. Ziffer 5 betrifft Entgeltanhebungen aufgrund gesetzlicher Vorgaben oder behördlicher Maßnahmen. Danach betrifft nur Ziffer 5 Entgeltsteigerungen aufgrund von Gründen außerhalb der Sphäre des Anbieters, während Kostensteigerungen nach Ziffer 4 unternehmerischen Entscheidungen zugeordnet werden können. Es ist also nicht so, wie die Beklagte vorträgt, dass die Entgeltanpassung gerade nicht in der Sphäre des Anbieters liegt.

bb) Die Beklagte beruft sich für die Zulässigkeit der 5%-Regelung auf ein berechtigtes Interesse des Anbieters an einer Preisänderung. Danach könne nicht jede geringe Vertragsänderung ein Widerrufsrecht auslösen. Die Vorschrift des Art. 20 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie sei dahin auszulegen, dass lediglich eine wesentliche Preisänderung ein Widerrufsrecht begründe. Hiermit hat die Beklagte keinen Erfolg. Eine Preiserhöhung von 5% ist nicht wenig und kann für manchen Kunden

erheblich sein. Dass, wie die Beklagte weiter geltend gemacht hat, die Preisanpassung nur die Ausnahme sein solle, zum Beispiel bei gesetzlichen oder behördlichen Maßnahmen, ergibt sich aus der Klausel nicht. Vielmehr heißt es einleitend in Ziffer 6: „Der Diensteanbieter wird dem Kunden jede Preisanpassung ...“.

Die AGB der Beklagten weichen von der sich aus der Richtlinie ergebenden Wertung ab, weil sie ein Widerspruchsrecht des Kunden erst ab einer Preiserhöhung von 5% vorsehen. Vom Standpunkt der Beklagten aus könnte der Anbieter die sich aus der Richtlinie ergebende Wertung umgehen, indem er mehrfach hintereinander die Preise um bis zu 5% erhöht, ohne dass dann das Widerspruchsrecht des Kunden greift.

Der EuGH hat zur Zulässigkeit von Preisänderungen ausgeführt, anhand dieser Bestimmungen (sc. Art. 20 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22) werde deutlich, dass der Unionsgesetzgeber anerkannt hat, dass Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste bereitstellen, ein berechtigtes Interesse daran haben können, die Preise und Tarife ihrer Dienstleistungen zu ändern (EuGH, Urteil vom 26. November 2015 – C-326/14 – Rn. 25, juris). Eine Preisänderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Verbraucherpreisindex sei keine „Änderung der Vertragsbedingungen“ im Sinne dieser Bestimmung, die den Teilnehmer berechtigt, seinen Vertrag ohne Zahlung von Vertragsstrafen zu widerrufen (EuGH, Urteil vom 26. November 2015 – C-326/14 – Rn. 29, juris). Auf solche Preisänderungen sind aber die AGB der Beklagten nicht beschränkt. Aus der Entscheidung des EuGH ergibt sich auch nicht, wie die Beklagte aber meint, dass bei einem berechtigten Interesse an einer Preisänderung das einseitige Widerspruchs- bzw. Lösungsrecht nicht besteht. Die Entscheidung besagt vielmehr, dass an einer einseitigen Preisänderung ein berechtigtes Interesse bestehen kann, dass aber gerade deshalb ein Ausgleich in Form des Lösungsrechts bestehen muss.

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte für ihre Auffassung, dass nur wesentliche Preisänderungen ein Widerrufsrecht begründen können, auf die Entscheidung des OLG München vom 21. September 2006 – 29 U 2612/06. Denn diese Entscheidung hat keine Rechtskraft erlangt. Der Bundesgerichtshof (U. v. 15.11.2007 – III ZR 247/06 - Rn. 33 f., juris) hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vielmehr abgeändert und angenommen, dass die dort streitige Preisänderungsklausel schon wegen Intransparenz und

unangemessener Benachteiligung des Kunden unwirksam sei. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein allgemein gehaltenes Preisänderungsrecht durch ein auf Preissteigerungen über 5% beschränktes Kündigungsrecht ausgeglichen werden kann, hat der Bundesgerichtshof offengelassen.

Der Senat hält für ausschlaggebend, dass auch in dem von der Beklagten selbst in Bezug genommenen Art. 20 Abs. 4 der Universaldienstrichtlinie 2002/22 EG das dort vorgesehene Lösungsrecht des Kunden nicht an eine bestimmte Höhe der Preisänderung geknüpft ist. Die von der Beklagten herangezogene Entscheidung des Oberlandesgerichts München betraf Gebühren für ein Bezahlfernsehen, so dass in jenem Fall die Wertungen der Richtlinie von vornherein nicht heranzuziehen waren.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision wird im Hinblick auf die Text- und Preisklausel zugelassen, soweit der Senat über die Berufung der Beklagten entschieden hat.