
Datum: 04.05.2023
Gericht: Landgericht Köln
Spruchkörper: 33. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 33 O 315/22
ECLI: ECLI:DE:LGK:2023:0504.33O315.22.00

Tenor:

Die Beklagte wird verurteilt,

1. 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 ihren Geschäftsführern,

zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, die aufgrund einer erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung der vertraglich vereinbarten Internetgeschwindigkeit von ihrem gesetzlichen Minderungsrecht Gebrauch machen, das Sonderkündigungsrecht auszuschließen, wenn dies geschieht wie in Anlage K1 abgebildet.

2. an den Kläger 260,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 30.12.2022 zu zahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 86 % und der Kläger zu 14 %.

5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger jedoch nur gegen Sicherheitsleistung. Diese beträgt bezüglich des Unterlassungstenors (Ziffer 1) 15.000 €, im Übrigen 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des

Tatbestand:

- 1
- 2 Der Kläger ist der Dachverband der Verbraucherzentralen der Länder und weiterer verbraucherpolitischer Verbände in Deutschland. Er ist in die Liste der qualifizierten Einrichtungen des Bundesamtes für Justiz nach § 4 UKlaG eingetragen.
- 3 Die Beklagte bietet Telekommunikationsdienstleistungen an. Im Rahmen eines mit ihr zum monatlichen Preis von 44,99 Euro geschlossenen Vertrages über den Festnetz-Internettarif „Y. L mit VDSL 100“ stellte ein Verbraucher mittels einer Breitbandmessung über ein von der Bundesnetzagentur bereitgestelltes Messtool fest, dass die Geschwindigkeit des von der Beklagten bereitgestellten Anschlusses die vertraglich vereinbarte Geschwindigkeit unterschritt. Für den Inhalt des Messprotokolls wird auf die Anlage K 2 verwiesen.
- 4 Der Verbraucher wandte sich mit den Messergebnissen und der Bitte um Minderung des monatlichen Entgelts an die Beklagte. Die Beklagte gewährte dem Verbraucher daraufhin eine Minderung in Höhe von 5,00 Euro (brutto) auf das monatliche Entgelt und bestätigte dieses durch ein als „Auftragsbestätigung“ bezeichnetes Schreiben vom 28.12.2021. In diesem Schreiben führte die Beklagte unter anderem wie folgt aus:
- 5 „Wegen Abweichung der vertraglich vereinbarten Internet-Geschwindigkeit reduzieren wir, wie vereinbart, Ihren monatlichen Grundpreis. Die Gutschrift der Beträge erscheint auf einer der nächsten Rechnungen. Die Vereinbarung gilt nur für den derzeit gültigen Vertrag und entfällt, sobald wir Ihnen mitteilen, dass wir wieder die vereinbarte Internet-Geschwindigkeit erbringen. Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag.“
- 6 Für den weiteren Inhalt des Schreibens wird auf Anlage K 1 verwiesen.
- 7 Der Kläger mahnte die Beklagte wegen dieses Verhaltens mit Schreiben vom 07.04.2022 ab und forderte sie unter Fristsetzung bis zum 21.04.2022 zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und unter weiterer Fristsetzung zum Aufwendungsersatz auf.
- 8 Der Kläger sieht in dem Verhalten der Beklagten einen Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung, namentlich gegen § 57 Abs. 4 TKG. Die Beklagte verwehre dem Verbraucher, der sich zunächst für das Minderungsrecht entschieden habe, das ihm zustehende Sonderkündigungsrecht. Dies führe dazu, dass der Verbraucher das Sonderkündigungsrecht selbst dann nicht mehr ausüben könne, wenn sich die Einschränkung der Internetleistung als dauerhaft herausstelle und endgültig keine Verbesserung der Internetleistung mehr zu erwarten sei.
- 9 In dem Verhalten der Beklagten liege aus den genannten Gründen außerdem eine Irreführung der Verbraucher über die ihnen zustehenden Rechte. Sie würden davon abgehalten, auch noch zu einem späteren Zeitpunkt von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch zu machen, insbesondere dann, wenn die Abweichung von der vereinbarten Leistung auf unbestimmte Zeit anhalte und auch die Minderung nicht dazu beitrage, dass die Beklagte die vertraglich vereinbarte Leistung erbringe.
- 10 Der in dem Schreiben der Beklagten enthaltene Ausschluss des Sonderkündigungsrechts durch die Formulierung „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ stelle auch eine Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. v. § 305 BGB dar. Die

Bestimmung benachteilige die Verbraucher unangemessen. Sie weiche von wesentlichen Grundgedanken des § 57 Abs. 4 TKG ab, der nicht vorsehe, dass Verbraucher, die sich im Rahmen ihres Wahlrechts zunächst für die Minderung entschieden haben, nicht mehr auf das Sonderkündigungsrecht wechseln könnten.

Der Kläger beantragt, 11

die Beklagte zu verurteilen, 12

1. 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 ihren Geschäftsführern, 13

a) zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, die aufgrund einer erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichung der vertraglich vereinbarten Internetgeschwindigkeit von ihrem gesetzlichen Minderungsrecht Gebrauch machen, das Sonderkündigungsrecht auszuschließen, wenn dies geschieht wie in Anlage K1 abgebildet. 14

b) in Bezug auf Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen, gegenüber Verbrauchern die Verwendung der folgenden oder einer dieser inhaltsgleichen Allgemeinen Geschäftsbedingung zu unterlassen: 15

„Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag.“ 16

2. an den Kläger 260,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen. 17

Die Beklagte beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie ist der Auffassung, aus § 57 Abs. 4 TKG ergebe sich kein Recht auf kumulative Ausübung der dort normierten alternativen Gestaltungsrechte. Im vorliegenden Fall habe der Verbraucher sein Wahlrecht ausgeübt und könne daher die andere Alternative, das Sonderkündigungsrecht, nicht mehr wählen. 20

Der Verbraucher habe hier das Sonderkündigungsrecht nicht ausgeübt. Erst recht habe die Beklagte auch die Ausübung des Kündigungsrechts nicht verweigert. 21

Die einzelfallbezogene Minderung gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG diene dazu, das gestörte Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung wiederherzustellen. Ein von dem Kläger angenommenes „fortdauerndes“ oder sogar „rückwirkendes“ Kündigungsrecht sei damit nicht vereinbar. Durch die Minderung werde das Äquivalenzverhältnis wieder hergestellt, sodass mit der Umsetzung der Minderung keine Schlechtleistung mehr bestehe. Die Auffassung des Klägers würde nach Auffassung der Beklagten bedeuten, dass das Sonderkündigungsrecht des Kunden nicht mehr als Reaktion auf eine konkrete Schlechtleistung geltend gemacht wird, sondern willkürlich und jederzeit auch aus gänzlich sachfremden Erwägungen als Option von dem Kunden gezogen werden könnte. Der Kunde habe nach dem Gesetz jedoch vielmehr eine einmalige Wahlmöglichkeit. 22

Die streitgegenständliche Formulierung sei daher nicht irreführend. Es handle sich dabei nicht um AGB, vielmehr um eine Information oder, falls sie als eine vertragsgestaltende Regelung 23

bewertet werden sollte, um eine individualvertragliche Vereinbarung.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Es sei davon auszugehen, dass der Kunde das Schreiben am 28.12.2021 erhalten und noch am gleichen Tag an den Kläger weitergeleitet habe. 24

Die Klageschrift ist am 29.06.2022 beim Landgericht Köln eingegangen. Auf die Vorschussrechnung vom 08.07.2022 hat der Kläger am 14.07.2022 (Wertstellungsdatum) den Kostenvorschuss eingezahlt. Nach einer Sachstandsanfrage des Klägers am 16.11.2022 hat das Gericht den Zahlungseingang geprüft und die auf den 15.07.2022 datierte Zahlungsmittelung der Zahlstelle ist am 06.12.2022 zur Akte gelangt. Die Klage ist der Beklagten mit der Terminverfügung vom 07.12.2022 am 29.12.2022 zugestellt worden. 25

Entscheidungsgründe: 26

Die zulässige Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet, im Übrigen unbegründet. 27

I. Das Landgericht Köln ist sachlich gemäß § 14 Abs. 1 UWG und örtlich gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 i.V.m. der Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit zur Entscheidung in Wettbewerbsstreitsachen (Konzentrations-VO Wettbewerbsstreitsachen) vom 1. Oktober 2021 zuständig, weil der Sitz der Beklagten im Bezirk des Oberlandesgerichts Köln liegt. 28

II. Die Klage ist im Hinblick auf den Klageantrag zu 1 a) und den Abmahnkosten-Erstattungsanspruch (Antrag zu 2) begründet. Der Antrag zu 1 b), welcher das Schreiben des Klägers unter dem Gesichtspunkt des AGB-Rechts angreift, ist hingegen unbegründet. 29

1. Der gemäß Klageantrag zu 1 a) geltend gemachte Unterlassungsanspruch bezüglich des Ausschlusses des Sonderkündigungsrechts ist begründet. 30

a) Der Anspruch ergibt sich aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 7 UWG. 31

aa) Nach § 5 Abs. 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Irreführend ist eine geschäftliche Handlung gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 7 UWG, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche auf Grund von Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen, enthält. 32

bb) Bei dem in Anlage K 1 wiedergegebenen Schreiben der Beklagten an den Verbraucher handelt es um eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG, weil es mit der Durchführung eines Vertrags über Dienstleistungen unmittelbar und objektiv zusammenhängt. 33

cc) Das Schreiben enthält unwahre Angaben über die Rechte des Verbrauchers. 34

(1) Dem Schreiben der Beklagten vom 28.12.2021 ging die Ausübung des Minderungsrechts aus § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG durch den Verbraucher voraus. Gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 TKG ist der Verbraucher im Falle von erheblichen, kontinuierlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Abweichungen bei der Geschwindigkeit oder bei anderen Dienstleistungsparametern zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste 35

und der vom Anbieter der Internetzugangsdienste angegebenen Leistung, die durch einen von der Bundesnetzagentur bereitgestellten oder von ihr oder einem von ihr beauftragten Dritten zertifizierten Überwachungsmechanismus ermittelt wurden, unbeschadet sonstiger Rechtsbehelfe berechtigt, das vertraglich vereinbarte Entgelt zu mindern oder den Vertrag außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen.

(2) Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, welcher der angegriffenen Aussage die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (zu diesem Maßstab vgl. Köhler/Bornkamm/Feddersen/ Bornkamm/Feddersen, 41. Aufl. 2023, UWG § 5 Rn. 0.71 m.w.N.), wird die angegriffene Angabe: „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ im Kontext des gesamten Inhalts des Schreibens vom 28.12.2021 und der vorangegangenen Anzeige der Leistungsstörung so verstehen, dass im Hinblick auf die geltend gemachte Leistungsstörung, nämlich die zu geringe Datenübertragungsrate, ein Sonderkündigungsrecht nicht mehr bestehe. 36

Unter Zugrundelegung dieser naheliegenden Auslegung ist die Angabe unzutreffend. Denn wegen der gleichen Leistungsstörung kann, wenn sie fort dauert und/oder sich die weiteren Umstände ändern, trotz erfolgter Minderung auch ein Kündigungsrecht bestehen. 37

Mit der Einführung von § 57 Abs. 4 TKG hat der Gesetzgeber den Zweck verfolgt, dem Verbraucher die Möglichkeit zu gewähren, „sich gegen vertragliche Schlechtleistungen zu wehren“ (BT-Drs. 10/26108, S. 290). Dies hat der Gesetzgeber dadurch umgesetzt, dass er ein Minderungsrecht und ein Sonderkündigungsrecht eingeführt hat. Zum Verhältnis hat der Gesetzgeber ausgeführt: „Verbraucher haben nun die Wahl, entweder den Preis zu mindern, oder – bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 314 BGB – den Vertrag oder bei Angebotspaketen den betroffenen Paketbestandteil oder das gesamte Angebotspaket zu kündigen“ (BT-Drs., a.a.O.). 38

Daraus ist aber nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, dass der Gesetzgeber dem Verbraucher die Möglichkeit verschließen wollte, nach Erklärung der Minderung unter Umständen, insbesondere im Falle fort dauernder Leistungsstörung, doch noch den Vertrag zu kündigen. Der Gesetzesbegründung ist vielmehr die Zielsetzung zu entnehmen, dass mit der Regelung in § 57 Abs. 4 TKG Verbraucherrechte gestärkt werden sollen. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn Kündigungsrecht und Minderungsrecht im Falle des § 57 Abs. 4 TKG restriktiv ausgelegt würden. 39

(3) Zwar ergibt sich nicht bereits aus dem fehlenden Verweis aus § 57 Abs. 4 ZPO auf § 314 Abs. 3 BGB, dass eine Kündigung neben der Minderung möglich ist. § 314 Abs. 3 BGB bestimmt, dass der Berechtigte nur innerhalb einer angemessenen Frist kündigen kann, nachdem er vom Kündigungsgrund Kenntnis erlangt hat. § 57 Abs. 4 Satz 5 TKG verweist lediglich auf § 314 Abs. 2 BGB, nicht auf § 314 Abs. 3 BGB. Dem Kläger ist darin zuzustimmen, dass der fehlende Verweis auf § 314 Abs. 3 BGB dafür spricht, dass der Gesetzgeber für die Kündigung gemäß § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG keine Kündigungsfrist für den Verbraucher einführen wollte. Dies sagt jedoch nichts darüber aus, ob der Gesetzgeber das Ziel verfolgt hat, dass der Verbraucher nach der Erklärung der Minderung in Bezug auf die gleiche Leistungsstörung auch noch die Kündigung erklären kann. 40

(4) Jedoch ergibt sich aus dem oben umrissenen Gesetzeszweck des § 57 Abs. 4 TKG und den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, dass eine Kündigung aus wichtigem Grund auch nach Erklärung einer Minderung möglich sein muss. 41

Der Gesetzeszweck der Gestaltungsrechte aus § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG, der darin besteht, dass der Verbraucher sich gegen vertragliche Schlechtleistungen wehren können soll, erfordert es, dass sich der Verbraucher nicht mit der nicht vertragsgemäßen Übertragungsrate begnügen muss. Die verringerte Leistung wird nicht aufgrund der Minderung zu einer vertragsgemäßen Leistung. Daher muss der Verbraucher auch nach einer Minderung die Möglichkeit haben, bei fortgesetzt mangelhafter Leistung den Vertrag zu kündigen. Diese Möglichkeit muss insbesondere in solchen Fällen bestehen, in denen sich die Bedürfnisse des Kunden ändern, etwa weil er sein Nutzungsverhalten ändert und die höhere Bandbreite nun dringender benötigt.

Gegen eine restriktive Auslegung des § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG spricht auch die zur allgemeinen Vorschrift zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen in § 314 BGB ergangene Rechtsprechung. Nach § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB können Dauerschuldverhältnisse von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Zwar ist bei Dauerschuldverhältnissen, wenn der Vertragspartner entweder einen kündigungsrelevanten Dauerzustand – etwa durch das Unterlassen einer vertraglich gebotenen Handlung – schafft oder zwar sein unmittelbar kündigungsrelevantes Verhalten beendet, damit aber den begangenen Pflichtverstoß nicht vollständig ausräumt, für den Beginn der Kündigungsfrist nach § 314 Abs. 3 BGB auf die Kenntniserlangung des Kündigungsgrundes abzustellen (vgl. BGH NZM 2007, 400, 401 für einen Sachverhalt im Gewerbemietrecht). Jedoch kann unter veränderten Umständen ein neuer Kündigungstatbestand im Sinne von § 314 BGB entstehen; dazu kann insbesondere genügen, dass die vertraglich geschuldete, über einen längeren Zeitraum nicht erbrachte Leistung nun angemahnt wird und auch daraufhin nicht ordnungsgemäß geleistet wird (BGH NZM 2007, 400, 401: Aufforderung zur Zahlung der seit drei Jahren überfälligen Kautions; dazu Guhling/Günter/Alberts, 2. Aufl. 2019, BGB § 543 Rn. 77).

43

Die Auslegung der spezifischen Gestaltungsrechte des § 57 Abs. 4 Satz 1 TKG darf zu keinem geringeren Schutzniveau führen, da sie dem Verbraucherschutz dienen. Dies führt zu der weiten Auslegung, nach der eine Kündigung auch nach einer Minderung noch möglich sein muss.

44

dd) Der Begründetheit des Unterlassungsanspruchs gemäß Ziffer 1 a) der Klage schadet unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitserfordernisses aus § 253 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht, dass der Antrag sich darauf richtet, dass der Beklagten untersagt wird, „das Sonderkündigungsrecht auszuschließen“. Zwar tritt bei alleiniger Betrachtung dieser Antragsformulierung nicht klar hervor, dass das Schreiben der Beklagten unter dem Aspekt der Irreführung angegriffen werden soll. Jedoch ist der Antrag nicht isoliert, sondern zusammen mit der Klageschrift auszulegen, in welcher zum Aspekt der Irreführung ausgeführt wird. Es ist damit klargestellt, dass der Klageantrag auch auf eine Irreführung gestützt wird.

45

b) Der Anspruch aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 3 UWG i.V.m. § 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 7 UWG ist nicht verjährt. Die Verjährungsfrist des Anspruchs beträgt 6 Monate (§ 11 Abs. 1 UWG). Die Verjährungsfrist beginnt, wenn der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 11 Abs. 2 UWG).

46

aa) Der Unterlassungsanspruch des Klägers entstand mit dem durch das angegriffene Schreiben vom 28.12.2021 begangenen Wettbewerbsverstoß der Beklagten. Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass das Schreiben vom 28.12.2021 dem Kunden am gleichen Tag zugegangen ist. Der Kläger hat eine gegenläufige Behauptung nicht aufgestellt.

47

- Der 28.12.2021 markiert folglich den frühestmöglichen Tag des Verjährungsbeginns. Wäre dieser Tag ausschlaggebend, wäre die Verjährung ohne Hemmung oder Neubeginn am 28.06.2022 um 24 Uhr abgelaufen (§§ 187 Abs. 1, 188 BGB). 48
- Es kann jedoch nicht zugunsten der Beklagten angenommen werden, dass der Kläger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners bereits am gleichen Tag, dem 28.12.2021, Kenntnis erlangt hat. Die Beklagte ist für ihre diesbezügliche Behauptung beweisfällig geblieben. 49
- Die Beklagte ist hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen der Verjährung darlegungs- und beweisbelastet (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schulz, 5. Aufl. 2021, UWG § 11 Rn. 128 m.N.). Soweit es um Umstände aus der Sphäre des Gläubigers geht, hat dieser an der Sachaufklärung mitzuwirken und erforderlichenfalls darzulegen, was er zur Ermittlung der Voraussetzungen seiner Ansprüche und der Person des Schuldners getan hat (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schulz a.a.O.; vgl. BGH NJW 2017, 248 Rn. 12). Denn der Gegner der primär behauptungs- und beweisbelasteten Partei trägt dann gemäß § 138 Abs. 1 bis 3 ZPO eine sekundäre Darlegungslast, wenn die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufes steht, keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner die Kenntnis hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (vgl. MüKoZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, ZPO § 138 Rn. 24 m.w.N.). 50
- Gemessen an diesem Maßstab oblag es dem Kläger nicht, bis zur mündlichen Verhandlung näher dazu vorzutragen, wann er Kenntnis von dem Schreiben vom 28.12.2021 erlangt hat. Denn die Beklagte hat in der Klageerwiderung zunächst lediglich vorgetragen, dass sie davon ausgehe, dass der Kläger mindestens 2-3 Wochen vor der Abmahnung Kenntnis gehabt habe. Hierin lag (noch) keine substantiierte Behauptung, der Kläger habe die Kenntnis bereits am 28.12.2021 erlangt. 51
- Erst im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.04.2023 hat die Beklagte vorgetragen, dass davon auszugehen sei, dass der Kläger bereits am 28.12.2021 Kenntnis von dem maßgeblichen Schreiben gehabt habe. Für diese Behauptung hat die Beklagte jedoch den fälligen Beweis nicht angeboten. Die Beklagte kann sich insoweit nicht darauf zurückziehen, dass es dem Kläger nach obigen Grundsätzen gemäß § 138 Abs. 1 bis 3 ZPO obliege, konkret zu erklären, wann er Kenntnis vom maßgeblichen Schreiben erhalten habe. Auch nach dem Sachstand, wie er sich unter Berücksichtigung der nachgelassenen Schriftsätze der Parteien darstellt, kann die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger bereits am 28.12.2021 Kenntnis von dem maßgeblichen Schreiben gehabt habe, nicht gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig behandelt werden. Bereits in der Replik hatte der Kläger vorgetragen, dass er in der Lage sei, Beweis für das Nichtvorliegen des von der Beklagten behaupteten Verjährungseintritts zu erbringen. Hierin liegt ein konkludentes Bestreiten der Behauptung, dass die Kenntnis bereits am 28.12.2021 erlangt worden sei. 52
- Ein konkreteres Bestreiten durch den Kläger ist aufgrund des späten Zeitpunkts, zu dem eine konkrete Behauptung der Beklagten überhaupt aufgestellt wurde, und aufgrund der weiteren besonderen Umstände des Einzelfalles nicht erforderlich. Denn der nicht beweislasteten Partei braucht kein Beitrag abverlangt zu werden, wenn die beweisbelastete Partei von sich aus zu substantiiertem Vorbringen in der Lage ist; erst wenn sie dazu außer Stande ist, dann obliegt es dem Gegner, die Lücke zu schließen (MüKoZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, ZPO § 138 Rn. 25). Die Beklagte war hier zu substantiiertem Vortrag in der Lage, denn eine Verjährung wäre gemäß § 11 Abs. 1, 2 UWG i.V.m. §§ 187, 188 BGB zum Zeitpunkt der Klageerhebung nur in dem Fall bereits eingetreten, wenn der Kläger am 28.12.2021 Kenntnis 53

vom streitgegenständlichen Schreiben erhalten hätte. Um dies zu behaupten, benötigte die Beklagte keine ergänzenden Informationen des Klägers. Im nachgelassenen Schriftsatz hat die Beklagte eine solche, den Verjährungstatbestand ausfüllende Behauptung erstmals formuliert, jedoch den fälligen Beweis nicht angeboten.

bb) Die Klageerhebung am 29.12.2022 (§ 253 ZPO) hat die Verjährung rechtzeitig gehemmt, § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Zustellung wirkt auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung am 29.06.2022 zurück, weil die Zustellung demnächst im Sinne von § 167 ZPO erfolgt ist. 54

(1) Dabei ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Begriff „demnächst“ im Sinne dieser Vorschrift im Wege einer wertenden Betrachtung auszulegen (BGH Urt. v. 21.03.2022 – VIa ZR 275/21, NJW 2022, 2196 Rn. 17). Der Partei sind solche nicht nur geringfügigen Verzögerungen zurechenbar, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter (§ 85 Abs. 2 ZPO) bei gewissenhafter Prozessführung hätten vermeiden können (BGH a.a.O., Rn. 18). 55

Der Kläger darf zunächst den Zugang der Gerichtskostenrechnung abwarten (BGH Urt. v. 10.12.2019 – II ZR 281/18, BeckRS 2019, 35241 Rn. 10). Anschließend ist dem Kläger nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bewirkung der Einzahlung in der Regel eine Erledigungsfrist von einer Woche zuzugestehen (BGH Urt. v. 10.12.2019 – II ZR 281/18, BeckRS 2019, 35241 Rn. 11 m.w.N.; BGH Urt. v. 01.10.2019 – II ZR 169/18, BeckRS 2019, 36050 Rn. 9). 56

Demnach ist im vorliegenden Fall bei der Einzahlung des Kostenvorschusses keine dem Kläger zuzurechnende Verzögerung eingetreten, weil die Vorschussrechnung auf den 08.07.2022 datiert und der Klägervertreter den Gerichtskostenvorschuss bereits am 13.07.2022 mit Wertstellung am 14.07.2022 eingezahlt hat. 57

(2) Die nach Zahlungseingang eingetretene Verzögerung im Zustellungsverfahren ist dem Kläger nicht zurechenbar und hindert die „demnächst“ erfolgte Zustellung im Sinne von § 167 ZPO nicht. 58

Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht worden sind, hindern nicht die Annahme, die Klage sei noch „demnächst“ zugestellt worden. Hat der Kläger alle von ihm geforderten Mitwirkungshandlungen für eine ordnungsgemäße Klagezustellung erbracht, insbesondere den Gerichtskostenvorschuss eingezahlt, sind er und sein Prozessbevollmächtigter im Weiteren grundsätzlich nicht mehr gehalten, das gerichtliche Vorgehen zu kontrollieren und durch Nachfragen auf die beschleunigte Zustellung hinzuwirken (BGH Beschl. v. 07.04.2022 – V ZR 165/21, NJW-RR 2022, 1167 Rn. 6; BGH Urt. v. 21.03.2022 – VIa ZR 275/21, NJW 2022, 2196 Rn. 21; BGH Urt. v. 01.10.2019 – II ZR 169/18, BeckRS 2019, 36050 Rn. 10). 59

Die Verzögerung zwischen dem Eingang des Gerichtskostenvorschusses am 14.07.2021 und der erst am 29.12.2022 erfolgten Zustellung lag in der Sphäre des Gerichts. Die Zahlungsmittelüberweisung ist von der Zahlstelle zunächst nicht an die Kammer weitergeleitet worden, jedenfalls ist sie dort zunächst nicht eingetroffen. Der Kläger war auch nicht gehalten, früher als hier geschehen nach dem Sachstand zu fragen. Zwischen der Einzahlung des Vorschusses und seiner Sachstandsanfrage vom 16.11.2022 sind vier Monate vergangen. Der Bundesgerichtshof hat es insoweit als unschädlich betrachtet, dass zwischen dem Eingang des Kostenvorschusses und der ersten Sachstandsanfrage rund 4 Monate (Urt. v. 1.10.2019 – II ZR 169/18, BeckRS 2019, 36050 Rn. 10), rund 6 Monate (Beschl. v. 07.04.2022 – V ZR 165/21, NJW-RR 2022, 1167 Rn. 6) oder sogar rund 8 Monate 60

(Urt. v. 21.03.2022 – VIa ZR 275/21, NJW 2022, 2196 Rn. 21) vergangen sind. Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des I. Zivilsenats (BGH, Urt. v. 27.04.2006 - I ZR 237/03, NJW-RR 1436 Rn. 11) war aufgrund der dort vor der Zustellung erhobenen Beanstandung des Mahngerichts anders gelagert (so auch BGH Urt. v. 1.10.2019 – II ZR 169/18, BeckRS 2019, 36050 Rn. 10; BGH, Urt. v. 12.07.2006 - IV ZR 23/05, NJW 2006, 3206 Rn. 25). Vergleichbare Umstände, die Anlass zu einer früheren Sachstandsanfrage hätten geben können, sind hier nicht ersichtlich.

Auch unter Zugrundelegung der in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach besonders kurze Fristen – zu denen § 11 Abs. 1 UWG gehören dürfte – den Adressaten regelmäßig in besonderer Weise schützten, weshalb sie bei der Interessenabwägung ein höheres Gewicht haben könnten als etwa die regelmäßige Verjährungsfrist (MüKoZPO/Häublein/Müller, 6. Aufl. 2020, ZPO § 167 Rn. 16), erscheint der Kammer ein Zuwarten von vier Monaten bis zur ersten Sachstandsanfrage noch nicht als schuldhafte Verzögerung. In der oben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 07.04.2022, in welcher eine Sachstandsanfrage nach 6 Monaten gestellt war, ging es um die Einhaltung der einmonatigen Frist zur Beschlussanfechtung in WEG-Sachen, also um eine noch deutlich kürzere Frist als die hier in Rede stehende Frist aus § 11 Abs. 1 UWG. 61

2. Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkostenpauschale gemäß Klageantrag zu 2) folgt aus § 5 UKlaG, § 13 Abs. 3 UWG. Die Höhe der Forderung ist nicht zu beanstanden. Die Kostenpauschale ist auch dann in voller Höhe geschuldet, wenn die Abmahnung – wie hier – nur teilweise berechtigt war (BGH GRUR 2009, 413, 416; MüKoUWG/Ottöffling, 3. Aufl. 2022, UWG § 13 Rn. 287). 62

3. Der gemäß Klageantrag zu 1 b) geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist weder aus §§ 8 Abs. 1, 3a UWG oder § 1 UKlaG i.V.m. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, § 57 Abs. 4 TKG, noch aus einer anderen Rechtsgrundlage berechtigt. 63

Bei der angegriffenen Angabe „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ handelt es sich nicht um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. 64

Vertragsbedingungen haben die Ausgestaltung eines Rechtsverhältnisses zum Gegenstand, d.h. die Begründung von Rechten und Pflichten der Parteien, die ohne die betreffende Klausel nicht oder in anderer Weise bestünden. Dieser konstitutive Charakter unterscheidet die Vertragsbedingungen von bloßen Informationen über tatsächliche Umstände oder künftiges Verhalten, sowie von Hinweisen zur Rechtslage (MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 12). 65

Die angegriffene Formulierung ist in ihrem Kontext nicht so zu verstehen, dass die Beklagte damit Rechte und Pflichten begründen will, die nicht ohnehin schon bestehen. Der Verbraucher wird bei Kenntnissnahme der Formulierung im Rahmen des Schreibens gemäß Anlage K 1 nicht annehmen, dass die Beklagte hiermit das bestehende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien ausgestalten will, hier konkret ein Sonderkündigungsrecht durch Vereinbarung ausschließen will. 66

Denn AGB müssten vereinbart werden, das heißt der Verbraucher müsste dieser Klausel ausdrücklich oder konkludent zustimmen. In der oben zitierten Definition in § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB heißt es, dass AGB „Vertragsbedingungen“ sind, die „bei Abschluss eines Vertrags“ 67

gestellt werden. Die hier in Rede stehende Kommunikation der Beklagten mit dem Verbraucher ist nicht darauf ausgelegt, dass der Verbraucher dem Schreiben in Anlage K 1 nochmals zustimmt und somit eventuellen Vertragsbedingungen, welche die Beklagte in dem Schreiben gemäß Anlage K 1 stellt, seinerseits zustimmt. Der Verbraucher wird die Formulierung „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ nicht als eine Vertragsbedingung verstehen, welcher er seinerseits zustimmen muss. Eine solche Ausgestaltung wäre in der Form denkbar, dass die Beklagte in ihrem Schreiben den Verbraucher selbst nochmals zur Zustimmung auffordert. Solches geschieht hier aber nicht. Vielmehr heißt es eingangs des Schreibens, „Gern bestätigen wir Ihnen die gebuchten Leistungen“ (Anl. K 1). Somit wird der Verbraucher nicht annehmen, dass sich in dem Schreiben nochmals AGB befinden, die bisher nicht vereinbart wurden und denen er zustimmen soll.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit auf §§ 709 S. 1, 2, 708 Nr. 11, 711 ZPO. 68

Streitwert: 17.500 € 69

Antrag zu 1 a) 15.000 €; Antrag zu 1 b) 2.500 € 70

71