
Datum: 31.03.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 6 U 10/20
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0331.6U10.20.00

Tenor:

Die Beklagte wird darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das am 10.12.2019 verkündete Urteil der 31. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 31 O 164/19 – nach § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 15.000,00 € festgesetzt.

-
- I. 1
- Die Berufung der Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 ZPO). 2
- Das Landgericht ist mit Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass die Klägerin einen Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte hat und ihr auch ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten zusteht. Zur Begründung kann auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen werden. Im Hinblick auf die Berufungsbegründung ist folgendes zu ergänzen: 3
1. Entgegen der Ansicht der Beklagten stellt das verspätete Versenden der Abrechnung eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar. 4

- Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung im Sinne dieses Gesetzes jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Von einer geschäftlichen Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG kann nur ausgegangen werden, wenn die Handlung bei der gebotenen objektiven Betrachtung dem Ziel der Förderung des Absatzes oder Bezugs von Waren oder Dienstleistungen dient (vgl. BGH, Urteil vom 31.03.2016 – I ZR 160/14, GRUR 2016, 710 – Im Immobiliensumpf, mwN). Da das Tatbestandsmerkmal der geschäftlichen Handlung dazu dient, das Lauterkeitsrecht von dem Deliktsrecht abzugrenzen, muss funktional ein objektiver Zusammenhang zwischen der Handlung und einer geschäftlichen Entscheidung eines Verbrauchers bestehen oder die Handlung darauf gerichtet sein, den Absatz von Dienstleistungen des eigenen oder fremden Unternehmens zu fördern (vgl. BGH, Urteil vom 10.01.2013 – I ZR 190/11, GRUR 2013, 945 – Standardisierte Mandatsbearbeitung).
- Die geschäftliche Handlung erfasst auch die kommerzielle Mitteilung. Die kommerzielle Mitteilung umfasst alle Formen der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes dienen oder das Erscheinungsbild des Unternehmens betreffen. Insoweit kann bei Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern - eine solche liegt hier vor – auch auf die Definition von Art. 2 lit. d der UGP-RL abgestellt werden (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 38. Aufl., § 2 Rn. 14).
- Nach Art. 2 lit. d UGP-RL bezeichnen „Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern“ jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt. Unter diesen Begriff fallen auch solche Handlungen, die nach Abschluss des Vertrages erfolgen (vgl. EuGH, Urteil vom 16.04.2015 – C-388/13, GRUR 2015, 600 – UPC). Entsprechendes hat der EuGH für die Mitteilung angenommen, wie lange ein Vertrag noch läuft.
- Auch die Unterlassung stellt eine geschäftliche Handlung dar, wenn die Verpflichtung zur Handlung besteht (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 2 Rn. 12).
- Nach diesen Grundsätzen liegt eine geschäftliche Handlung vor. Denn es bestand eine Verpflichtung zur Handlung – hier die Übersendung der Schlussrechnung – aus § 40 Abs. 4 EnWG. Weiter ist das Unterlassen der fristgerechten Abrechnung geeignet, eine geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen. Eine geschäftliche Handlung kann auch in einem Verhalten liegen, das sich auf die geschäftliche Entscheidung von Verbrauchern im Rahmen eines bereits bestehenden Vertragsverhältnisses auswirkt (vgl. BGH, Urteil vom 06.06.2019 – I ZR 216/17, GRUR 2019, 1202 – Identitätsdiebstahl, mwN). So liegt der Fall hier. Denn durch das Unterlassen kann der Verbraucher möglicherweise bestehende Ansprüche nicht geltend machen, was eine geschäftliche Entscheidung darstellt.
- Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung spricht ferner, dass – wie dargelegt werden wird (s.u.) – die Vorschrift des § 40 Abs. 4 UWG dazu dient, dem Verbraucher einen möglichst leichten Wechsel des Stromlieferanten zu ermöglichen, so dass das dem Antrag zugrundeliegende Nichtversenden der Abschlussrechnung auch insoweit Einfluss auf eine geschäftliche Entscheidung des Kunden haben kann.
- Auf die Frage, aus welcher Rechtsgrundlage sich der Anspruch der Verbraucher auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Beträge ergibt, kommt es daher nicht an.

2. Mit Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht auch angenommen, dass es sich bei der Vorschrift des § 40 Abs. 4 EnWG um eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 3a UWG handelt. 12
- Eine Norm regelt das Marktverhalten im vorgenannten Sinn im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer, wenn sie einen Wettbewerbsbezug in der Form aufweist, dass sie die wettbewerblichen Belange der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommenden Personen schützt. Eine Vorschrift, die dem Schutz von Rechten, Rechtsgütern oder sonstigen Interessen von Marktteilnehmern dient, ist eine Marktverhaltensregelung, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme, also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird. Nicht erforderlich ist eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne, dass die Regelung die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützt. Die Vorschrift muss jedoch – zumindest auch – den Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer bezwecken; lediglich reflexartige Auswirkungen zu deren Gunsten genügen daher nicht (vgl. BGH, Urteil vom 08.10.2015 – I ZR 225/13, GRUR 2016, 513 – Eizellspende, mwN). Daher ist auch zu prüfen, ob der Schutz Zweck des Gesetzes oder nur dessen Folge ist (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 3a Rn. 1.66). 13
- Nach § 40 Abs. 4 EnWG müssen Lieferanten sicherstellen, dass der Letztverbraucher die Abrechnung spätestens sechs Wochen nach Beendigung des Lieferverhältnisses erhält. § 40 Abs. 4 EnWG begründet – schon nach seinem Wortlaut – eine echte Pflicht und ist nicht lediglich eine Obliegenheit (vgl. Heinlein/Weitenberg in Danner/Theobald, Energierecht, Stand: 103. EL, Oktober 2019, § 40 EnWG Rn. 48; Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl., § 40 EnWG Rn. 39). Dies ergibt sich auch daraus, dass mit der Einführung des § 40 Abs. 4 EnWG die Vorgabe des Anhang I Abs. 1 Buchst. j der Stromrichtlinie (RL 2009/72/EG im Folgenden StromRL) umgesetzt wird (vgl. Bt.-Drucks. 17/6072, S. 84). 14
- Nach Art. 3 Abs. 7 der StromRL stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass zugelassene Kunden tatsächlich leicht zu einem neuen Lieferanten wechseln können. Dies schließt bei Verbrauchern auch Maßnahmen nach Anhang I der StromRL ein. Nach Anhang I soll mit den in Artikel 3 genannten Maßnahmen sichergestellt werden, dass die Kunden spätestens nach sechs Wochen nach einem Wechsel des Stromversorgers eine Abschlussrechnung erhalten. 15
- Auch aus der StromRL ergibt sich daher die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die Abrechnung in dem genannten Zeitraum sicherzustellen. Durch die Einführung einer Obliegenheit wäre die Verpflichtung nicht erfüllt. 16
3. Auf ein Verschulden kommt es für den Unterlassungsanspruch nicht an (vgl. statt aller: Bornkamm in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 8 Rn. 1.2). Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um ein Naturereignis, bei dem – wie die Beklagte meint – ein fehlendes Verschulden den Anspruch ausschließen würde, oder um einen einem Naturereignis auch nur annähernd vergleichbaren Sachverhalt. Denn die Beklagte muss – wie dargelegt – sicherstellen, dass alle Abrechnungen in der Frist des § 40 Abs. 4 EnWG erfolgen, unabhängig von der Zahl ihrer Kunden. Dieser Verpflichtung ist sie nicht nachgekommen, was sich daran zeigt, dass jedenfalls in zwei Fällen eine erhebliche Überschreitung dieser Frist unstreitig erfolgte. 17
4. Die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr ist ebenfalls anzunehmen. Sie wird aufgrund der Zuwiderhandlung vermutet. 18

Soweit Köhler (in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO, § 2 Rn. 86) davon ausgeht, die Wiederholungsgefahr könne nicht vermutet werden, wenn es zu einem einmaligen Fehlverhalten des Unternehmens gekommen ist, etwa durch das Bestreiten eines Gewährleistungsanspruchs, kann offenbleiben, ob dem beizutreten ist (verneinend: Franzke in Büscher, UWG, 1. Aufl., § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 63, Fn. 126). Denn auch nach der Ansicht Köhlers ist von einer Wiederholungsgefahr auszugehen, wenn das konkrete Handeln des Unternehmers seiner Art nach wiederholbar ist. So liegt der Fall hier, weil es sich um das Nichtzusenden der Abschlussrechnung handelt. Darüber hinaus liegt auch kein einmaliges Fehlverhalten vor, nachdem unstreitig jedenfalls zwei Kunden die Abschlussrechnung nicht in der vorgeschriebenen Frist übersandt wurde. 19

II. 20

Die Beklagte erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis binnen drei Wochen ab Zugang dieses Beschlusses Stellung zu nehmen (Eingang bei Gericht). Auf die Möglichkeit der Rücknahme der Berufung zum Zweck der Ersparnis eines Teils der im zweiten Rechtszug anfallenden Gerichtsgebühren (statt 4 fallen nur 2 Gerichtsgebühren an - Nr. 1222 KV zu § 3 II GKG) wird ausdrücklich hingewiesen. 21