
Datum: 24.11.2023
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 76/23
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2023:1124.6U76.23.00

Tenor:

Die Berufungen des Klägers und der Beklagten gegen das am 04.05.2023 verkündete Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 33 O 315/22 – werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 14 % dem Kläger und zu 86 % der Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil und das des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der klagende Verbraucherverband nimmt die beklagte Telekommunikationsdienstleisterin nach erfolgloser Abmahnung auf Unterlassung und Zahlung einer Abmahnkostenpauschale in Anspruch. Hintergrund ist, dass ein Kunde der Beklagten von dieser wegen Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Anschluss-Geschwindigkeit Minderung des monatlichen Entgeltes verlangt hatte. Die Beklagte gewährte eine Minderung von 5,00 € im Monat und bestätigte dies mit folgendem Schreiben vom 28.12.2021 (Anlage k1):

„Bild Darstellung wurde entfernt“

„Bild Darstellung wurde entfernt“

„Bild Darstellung wurde entfernt“

1

2

3

4

5

6

7

Der Kläger hat in der auf Seite 2 des Schreibens enthaltenen Äußerung „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ einen Verstoß gegen § 57 Abs. 4 TKG, eine Irreführung der Verbraucher über die ihnen zustehenden Rechte und eine den Verbraucher unangemessen benachteiligende Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) i.S.d. § 305 BGB gesehen.	
Der Kläger hat sinngemäß beantragt,	8
die Beklagte zu verurteilen,	9
1. es bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel	10
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,	11
wenn dies geschieht wie in Anlage k1 abgebildet.	12
b) in Bezug auf Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen, gegenüber Verbrauchern die Verwendung der folgenden oder einer dieser inhaltsgleichen Allgemeinen Geschäftsbedingung zu unterlassen:	13
„Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag.“	14
2. an ihn 260,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.	15
Die Beklagte hat beantragt,	16
die Klage abzuweisen.	17
Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben. Außerdem hat sie vorgetragen, dass § 57 Abs. 4 TKG kein Recht auf kumulative Ausübung der dort normierten alternativen Gestaltungsrechte vorsehe. Durch die Minderung werde das Äquivalenzverhältnis wiederhergestellt, so dass keine Schlechtleistung mehr bestehe. Die streitgegenständliche Formulierung sei daher nicht irreführend. Es handele sich auch nicht um AGB, sondern um eine Information oder allenfalls eine individualvertragliche Vereinbarung.	18
Mit Urteil vom 04.05.2023, auf das wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht unter Abweisung der weitergehenden Klage dem Unterlassungsantrag zu Ziff. 1.a) und dem Zahlungsantrag zu Ziff. 2 stattgegeben. Bei dem mit dem Klageantrag zu Ziff. 1.b) angegriffenen Satz handele es sich nicht um AGB. Demgegenüber enthalte das angegriffene Schreiben gemäß dem Klageantrag zu Ziff. 1.a) unwahre Angaben über die Rechte des Verbrauchers, da § 57 Abs. 4 TKG nach Sinn und Zweck nicht nach Ausübung des Minderungsrechts auf Dauer die Möglichkeit einer Kündigung ausschließe. Der Unterlassungsanspruch sei nicht verjährt; die Zustellung der Klage wirke nach § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurück, weil die Verzögerung im Zustellungsverfahren nicht im Verantwortungsbereich des Klägers gelegen habe. Die als Pauschale eingeklagten Abmahnkosten seien in voller Höhe zu erstatten, auch wenn die Abmahnung nur teilweise berechtigt gewesen sei.	19
Gegen diese Entscheidung haben beide Parteien Berufung eingelegt.	20

Der Kläger wendet ein, dass das Landgericht § 305 BGB falsch angewendet und es zudem unterlassen habe, das Umgehungsverbot des § 306a BGB zu prüfen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 10.07.2023 Bezug genommen.	21
Der Kläger beantragt,	22
1. das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.05.2023 zum Aktenzeichen 33 O 315/22 im Tenor zu den Ziffern 3. und 4. aufzuheben	23
und	24
2. die Beklagte entsprechend dem Antrag zur Ziffer 1. b) der Klageschrift vom 29.06.2022 zu verurteilen,	25
es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an ihren Geschäftsführern, in Bezug auf Verträge über Telekommunikationsdienstleistungen, gegenüber Verbrauchern die Verwendung der folgenden oder einer dieser inhaltsgleichen Allgemeinen Geschäftsbedingung zu unterlassen:	26
„Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag.“	27
Die Beklagte beantragt,	28
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.	29
und	30
das Urteil des Landgerichts Köln vom 04.05.2023, Az. 33 O 315/22, teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	31
Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung, soweit diese für sie günstig ist. Auf die Berufungserwiderung vom 16.10.2023 wird Bezug genommen.	32
Hinsichtlich des eigenen Rechtsmittels rügt die Beklagte eine fehlerhafte Tatsachenfeststellung bezüglich des Verjährungseinwandes und allgemein eine fehlerhafte Rechtsanwendung. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungsbegründung vom 03.08.2023 und den Schriftsatz vom 17.11.2023 Bezug genommen.	33
Der Kläger beantragt,	34
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.	35
Er verteidigt die angefochtene Entscheidung, soweit diese für ihn günstig ist. Auf die Berufungserwiderung vom 16.10.2023 wird Bezug genommen.	36
II.	37
Die zulässigen Berufungen haben in der Sache keinen Erfolg.	38
1. Das Landgericht hat den Klageantrag zu Ziff. 1. b), der auf die Unterlassung der Verwendung des Satzes „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ als AGB gerichtet ist, zu Recht zurückgewiesen.	39

a. Bei dem angegriffenen Satz handelt es sich nicht um AGB. AGB sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch vor dem Hintergrund, dass die Formulierung „bei Abschluss des Vertrages“ einen weiten Anwendungsbereich eröffnen mag, kann der Ansicht des Klägers, die Erklärung könne nur so verstanden werden, dass die Beklagte bezwecke, das auch nach Erklärung der Minderung fortbestehende Recht zur Sonderkündigung einseitig auszuschließen, nicht beigetreten werden. Der in diesem Zusammenhang erhobene Vorwurf des Klägers, die angegriffene Entscheidung sei bezüglich der Argumentation zur Bejahung des Anspruchs zu Ziff. 1. a) und Verneinung des Anspruchs zu Ziff. 1. b) in sich widersprüchlich, geht fehl. Die Feststellung, dass das Schreiben unwahre Angaben über die Rechte der Verbraucher enthalte (weil der Verbraucher die angegriffene Formulierung dahin verstehe, dass ein Sonderkündigungsrecht nicht mehr bestehen solle, eine Minderung nach § 57 Abs. 4 TKG unter veränderten Umständen aber nicht das Sonderkündigungsrecht nach § 314 BGB ausschließe, LGU Seite 6 ff.) stehen vielmehr in Einklang mit der Feststellung, dass es sich bei dem Satz „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ um eine unrichtige und insoweit irreführende Information über die bestehende Rechtslage handelt und nicht um AGB.

Die Äußerung „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ erfolgte 41 nach Ausübung des Minderungsrechtes durch den Kläger unter Bezugnahme auf das Gestaltungsrecht und damit gerade nicht bei Abschluss eines Vertrages. Die Minderung ist kein durch § 57 Abs. 4 TKG eröffnetes besonderes Recht auf Vertragsanpassung, sondern eines der üblichen Mängelgewährleistungsrechte, die insbesondere auch das im BGB geregelte Schuldrecht vorsieht, z.B. in §§ 437, 441 BGB (Kauf), § 536 BGB (Miete), § 638 BGB (Werkvertrag). Die Minderung ist eine empfangsbedürftige einseitige rechtsgestaltende Willenserklärung und kein Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrages über die „schlechte“ Leistung zu neuen, geringeren Konditionen. Mit dem Zugang der Willenserklärung wird die Gegenleistung um den angemessenen Betrag herabgesetzt, ohne dass es der Zustimmung des Vertragspartners bedarf (vgl. z.B. Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 82. Auf., § 437 Rn. 28 ff., § 536 Rn. 1, 31 ff., Retzlaff in Grüneberg, a.a.O., § 638 Rn. 3, 7). Insoweit sind sowohl die Überschrift des Schreibens vom 28.12.2021 „Auftragsbestätigung“ als auch der erste Satz „vielen Dank für Ihren Auftrag und Ihr Vertrauen. Gern bestätigen wir Ihnen die gebuchten Leistungen“ inhaltlich unrichtig (und die Ausführungen auf Seite 3 des Schreibens zum Widerrufsrecht überflüssig), wobei diese Angaben ihrerseits in Widerspruch stehen zu der späteren Äußerung der Beklagte „Die Vereinbarung gilt nur für den derzeit gültigen Vertrag und entfällt, sobald wir Ihnen mitteilen, dass wir wieder die vereinbarte Internet-Geschwindigkeit erbringen“. Die Beklagte bringt mit diesem unmittelbar vor der angegriffenen Äußerung stehenden Satz eindeutig zum Ausdruck, dass sie – zutreffend – vom Fortbestand des bereits geschlossenen Vertrages ausgeht und nicht von der Vereinbarung eines neuen, angepassten Vertrages. Ihr ist für den Empfänger des Schreibens erkennbar bewusst, dass ihr bei Erfüllung des vertraglich Vereinbarten wieder ein Anspruch auf vollständige Zahlung der Gegenleistung zusteht, und folglich mit der Minderung auch nicht der Anspruch des Verbrauchers auf vertragsgerechte Erfüllung beseitigt wird.

Allein schon insoweit bestand aus der objektiven Sicht des angesprochenen Verbrauchers 42 keine Veranlassung für die Annahme, die Beklagte wolle mit dem Satz „Mit der Minderung ...“ AGB in einen (neuen) Vertrag einbringen. Die Beklagte bestimmte damit gerade nicht den Inhalt eines vertraglichen Rechtsverhältnisses, sondern gab lediglich eine Erklärung über die ihrer Ansicht nach bestehende Rechtslage ab. Dem Verbraucher war bei Erhalt des Schreibens klar, dass durch sein zuvor ausgeübtes Minderungsrecht kein neuer Vertrag geschlossen werden sollte, sondern es nur noch um die Höhe des Minderungsbetrages ging,

auf den die Parteien sich zuvor geeinigt hatten, und der durch das Schreiben vom 28.12.2021 bestätigt wurde.

Außerdem hatte die Beklagte auf Seite 1 des Schreibens unter der fett hervorgehobenen Überschrift „Noch ein rechtlicher Hinweis für Sie“ die Geltung ihrer AGB betont und auf die entsprechenden Fundstellen verwiesen. Auch insoweit hatte der angesprochene Verbraucher keine Veranlassung für die Annahme, der angegriffene Satz auf Seite 2 des Schreibens „Mit der Minderung ...“ enthalte eine weitere AGB-Klausel, zusätzlich zu den auf Seite 1 angeführten AGB, zumal sich aus dem Schreiben nicht ergibt, dass der angeschriebene Verbraucher seinerseits noch in irgendeiner Form rechtsgeschäftlich tätig werden solle. 43

Schließlich ist weder schlüssig dargetan noch mit geeigneten Mitteln unter Beweis gestellt, dass die Beklagte die angegriffene Passage tatsächlich für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und nicht nur einmalig in dem konkreten Schreiben vom 28.12.2021 verwendet hat. 44

b. Entgegen der Rüge des Klägers hat das Landgericht es nicht fehlerhaft unterlassen, sich mit § 306a BGB auseinanderzusetzen. Der Kläger hatte sich in erster Instanz nicht auf das Umgehungsverbot berufen, wobei bereits fraglich ist, ob die aus § 306a BGB folgenden Ansprüche überhaupt noch durch die Formulierung des Antrags zu Ziff. 1. b), die Verwendung von „AGB“ zu unterlassen, gedeckt sind. In jedem Fall geht es vorliegend nicht darum, ob eine vom Gesetzgeber verbotene Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die objektiv nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen (zu dieser Voraussetzung des § 306a BGB s. z.B. BGH, Urteil vom 13.04.2016, XII ZR 146/14, juris, Tz. 14), sondern schlicht um die im Wege der Auslegung zu beantwortenden Frage, ob es sich bei dem angegriffenen Satz um AGB oder die Äußerung einer Rechtsansicht handelt. Die Auslegung ergibt, dass die Parteien gerade keine „Vereinbarung“ getroffen haben, sondern die Beklagte den angeschriebenen Verbraucher über die Reichweite des gesetzlichen Sonderkündigungsrechts nach § 54 Abs. 4 TKG informiert hat. Das lauterkeitsrechtliche Unrecht, das in der Unrichtigkeit der Information und der insoweit begründeten Irreführungsgefahr liegt (s.u.), wird über den Klageantrag zu 1. a) abgedeckt. 45

2. Die zulässige Berufung der Beklagten ist ebenfalls unbegründet. 46

a. Der Verjährungseinwand greift nicht. 47

aa. Der Kläger hat nunmehr detailliert vorgetragen und durch die mit der Berufungserwiderung vom 16.10.2023 eingereichte Anlage bk1 auch belegt, dass er (erst) am 15.03.2022 Kenntnis von dem Auftragsbestätigungsschreiben der Beklagten vom 28.12.2021 erhalten hat. 48

Im Übrigen liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des Verjährungseinwandes bei der Beklagten, die vor dem Hintergrund ihrer ursprünglichen Vermutung, der Kläger habe mindestens zwei bis drei Wochen vor der Abmahnung Kenntnis erlangt, im nachgelassenen Schriftsatz vom 20.04.2023 ersichtlich ins Blaue hinein vorgetragen hat, es sei davon auszugehen, dass der Kläger bereits am 28.12.2021 Kenntnis von dem Schreiben erhalten habe. Die Ansicht der Beklagten, sie könne sich keine nähere Kenntnis darüber verschaffen, wann der Kunde dem Kläger das Schreiben vorgelegt habe, ist nicht nachvollziehbar. Die Beklagte hätte bei ihrem eigenen Vertragspartner nachfragen können, wann dieser den Kläger über den streitbefangenen Sachverhalt informiert hatte. Dafür, dass dies bereits am 28.12.2021 geschehen war, bestanden keine konkreten 49

Anhaltspunkte. Eine sekundäre Darlegungslast des Klägers käme erst dann in Betracht, wenn der Kunde der Beklagten sich als Empfänger der Auftragsbestätigung vom 28.12.2022 geweigert hätte, der Beklagten die für die Beurteilung der Verjährungsfrage notwendigen Informationen zu geben, oder zumindest eine entsprechende Anfrage der Beklagten unbeantwortet gelassen hätte.

bb. Die Einreichung der Klageschrift am 29.06.2022 erfolgte innerhalb der in § 11 Abs. 1 UWG vorgesehenen Verjährungsfrist von sechs Monaten. Dass die Klage der Beklagten erst am 29.12.2022 zugestellt wurde, ist ohne Belang. Die Wirkung der Zustellung trat bereits mit dem Eingang der Klageschrift ein, da die Zustellung i.S.d. § 167 ZPO „demnächst“ erfolgte. Die Verzögerung im Zustellungsverfahren lag nicht im Risikobereich des Klägers – der auf die Vorschussrechnung vom 08.07.2022 am 14.07.2022 den Kostenvorschuss eingezahlt hatte –, sondern ausschließlich in der Sphäre des Gerichts. Die Zahlungsstelle hatte die Zahlungsmittel zunächst nicht an die Kammer weitergeleitet bzw. die Mitteilung ist dort zunächst nicht eingetroffen. Auf die umfangreiche Begründung der Kammer in der angefochtenen Entscheidung wird Bezug genommen. Soweit die Beklagte sich darauf beruft, dass bei besonders kurzen Fristen wie der des § 11 Abs. 1 UWG ein Zuwarten von 4 Monaten bis zur Nachfrage nach dem Sachstand eine schuldhaftige Verzögerung darstelle, ist ihr mit dem Landgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entgegenzuhalten, nach der selbst bei einer noch kürzeren Frist ein Zuwarten von sogar sechs Monaten als unschädlich angesehen worden ist (s. BGH, Beschluss vom 07.04.2022, V ZR 165/21, juris, Tz. 6 ff.):

a) Das Berufungsgericht legt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde, nach der Verzögerungen im Zustellungsverfahren, die - wie hier - durch eine fehlerhafte Sachbehandlung des Gerichts verursacht sind, dem Kläger grundsätzlich nicht zuzurechnen sind. Hat er alle von ihm geforderten Mitwirkungshandlungen für eine ordnungsgemäße Klagezustellung erbracht, insbesondere den Gerichtskostenvorschuss eingezahlt, so sind er und sein Prozessbevollmächtigter im Weiteren nicht mehr gehalten, das gerichtliche Vorgehen zu kontrollieren und durch Nachfragen auf die beschleunigte Zustellung hinzuwirken (grundlegend BGH, Urteil vom 12. Juli 2006 - IV ZR 23/05, BGHZ 168, 306 Rn. 20 ff.; im Anschluss daran BGH, Urteil vom 22. September 2009 - XI ZR 230/08, BGHZ 182, 284 Rn. 16; Urteil vom 1. Oktober 2019 - II ZR 169/18, juris Rn. 11; Urteil vom 25. Februar 2021 - IX ZR 156/19, NJW 2021, 1598 Rn. 45; Urteil vom 21. März 2022 - VIa ZR 275/21, WM 2022, 745 Rn. 20 f.).

b) Mit dieser Rechtsprechung ist der von dem Berufungsgericht allgemein für richtig erachtete Rechtsverlust nach Ablauf einer (mit der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses beginnenden) Frist von sechs Monaten allerdings unvereinbar. Insbesondere ergibt sich eine derartige Frist nicht aus § 204 Abs. 2 Satz 2 BGB (gemeint ist wohl Satz 3). Diese Norm betrifft die Hemmung der Verjährung und damit anders gelagerte materiell-rechtliche Fragen. Eine allgemeine Frist von (nur) sechs Monaten wäre zudem unpassend. Da der Kläger darauf vertrauen darf, dass das Gericht seine Aufgaben wahrnimmt, ist er zu einer Kontrolle des Gerichts und Nachfragen grundsätzlich nicht gehalten, zumal die Zustellung auch deshalb unterbleiben kann, weil gerichtsinterne Gründe einen Terminierungsrückstand zur Folge haben. Hat der Rechtssuchende alles getan, was das Gesetz ihm auferlegt, kann ein Rechtsverlust aufgrund von Fehlern des Gerichts allenfalls in besonderen Ausnahmefällen dann in Betracht kommen, wenn für die Partei klar und eindeutig erkennbar ist, dass sie eine Mitwirkungsobliegenheit trifft; gerade in Fristfragen muss schon aus verfassungsrechtlichen Gründen für den Rechtssuchenden klar erkennbar sein, was er zu tun hat, um einen Rechtsverlust zu vermeiden (BVerfG, NJW 2005, 3346, 3347; NJW 1991, 2076).

c) Der Rechtsfehler hat sich aber nicht ausgewirkt, weil das Berufungsgericht die Klagefristen als gewahrt angesehen hat. Deshalb besteht kein Anlass zur Klärung der Frage, ob die Treuepflicht der Wohnungseigentümer in wohnungseigentumsrechtlichen Beschlussanfechtungsverfahren mit Blick auf den Zweck der Klagefrist nach einer längeren Zeit - etwa unter Heranziehung der einjährigen Wiedereinsetzungsfrist (§ 45 Satz 2 WEG i.V.m. § 234 Abs. 3 ZPO) - eine Pflicht zur Sachstandsanfrage begründet (vgl. OLG Düsseldorf, ZWE 2008, 142 ff.: Zustellung einer Beschlussanfechtungsklage erst nach zwei Jahren).

Die Beklagte hat sich in der Berufungsbegründung vom 03.08.2023 mit dieser Rechtsprechung nicht auseinandergesetzt.

cc. Die unter Verweis auf die „Tiegelgröße“-Entscheidung des BGH (Urteil vom 11.10.2017, I ZR 78/16, juris, Tz. 16) vertretene Ansicht der Beklagten, der Verjährungseinwand greife jedenfalls für den erstmals mit der Replik vorgetragenen Irreführungsaspekt, auf den die Kammer abgestellt habe, nämlich dass bei fortdauernder (gleichbleibender) Schlechtleistung nicht gekündigt werden könne, ist schon im Ansatz nicht nachvollziehbar. Zum einen hatte sich der Kläger in der Klageschrift auch auf diesen Irreführungsaspekt berufen. So hatte er zunächst auf die Abmahnung vom 07.07.2022 Bezug genommen, in der ihrerseits angeführt ist:

Im vorliegenden Fall hat sich der Verbraucher zunächst für das Minderungsrecht entschieden. Laut Ihrer Mitteilung soll in Folge dessen jedoch das Kündigungsrecht entfallen. Damit ist dem Verbraucher verwehrt, auch noch zu einem späteren Zeitpunkt von seinem Sonderkündigungsrecht Gebrauch zu machen, und zwar auch dann, wenn die Leistungsabweichung bzgl. der Internetgeschwindigkeit anhält.

Der Ausschluss des Sonderkündigungsrecht führt also dazu, dass Verbraucher für einen unbestimmten Zeitraum die Minderung akzeptieren müssen, also auch dann, wenn eine Verbesserung der Internetleistung nicht mehr zu erwarten ist. Sie sollen in einem solchen Fall gerade nicht mehr auf das Sonderkündigungsrecht wechseln können.

...

Durch die fehlerhafte Wiedergabe der Rechtslage werden Verbraucher davon abgehalten, auch noch zu einem späteren Zeitpunkt von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch zu machen, insbesondere dann, wenn die Abweichung von der Internetleistung auf unbestimmte Zeit anhält und auch die Minderung nicht dazu beiträgt, dass Sie die vertraglich vereinbarte Leistung doch noch erbringen.

und anschließend detailliert zu der im Gegensatz zum Kaufvertrag dynamischen Situation vorgetragen, die nach seiner Ansicht die Möglichkeit einer erneuten Minderung oder fristlosen Kündigung im Falle weiterer Schlechtleistung erfordere. Nur in dieser Auslegung sei die Vorschrift des § 57 Abs. 4 TKG zum Schutz von Verbrauchern auch in denjenigen Fällen geeignet, in denen sich während der Vertragsdauer weitere Leistungseinbußen ergäben, die so gravierend seien, dass die Inanspruchnahme der gesamten Leistung für den Verbraucher sinnlos werde. Der Kläger führt dann als Beispiel an, dass der Verbraucher wegen des Erreichens von nur 90 % der vertraglich vereinbarten Geschwindigkeit zunächst eine Minderung geltend macht, die Geschwindigkeit dann aber dauerhaft auf nur noch 20 % absinkt. Auf diesen Aspekt ist der Kläger in der Klageschrift auch später nochmals eingegangen. Insoweit hat der Kläger bereits in der Klageschrift zu den beiden Irreführungsaspekten vorgetragen, die nach Ansicht der Beklagten differenziert zu betrachten

sind.

Zum anderen hat das Landgericht die Irreführung nicht nur auf den Aspekt abgestellt, dass dem Verbraucher suggeriert werde, er könne bei fortdauernder (gleichbleibender) Schlechtleistung nicht kündigen. Die Kammer stellt vielmehr auf beide Aspekte ab, wenn sie auf Seite 7 der angefochtenen Entscheidung ausführt: „...wegen der gleichen Leistungsstörung kann, wenn sie fort dauert und/oder sich die weiteren Umstände ändern, trotz erfolgter Minderung auch ein Kündigungsrecht bestehen“.

Im Übrigen ist gerade der vom Kläger in der Klageschrift detailliert vorgetragene Irreführungsaspekt - Ausschlusses des Sonderkündigungsrechts selbst bei einer erneuten, weiteren Verschlechterung - überzeugend (s.u.) und die Klage allein schon aus diese Aspekt begründet. Dass das streitbefangene Schreiben bei einer erstmaligen Schlechtleistung übersandt worden ist, ist für die als solche ausreichende Irreführungsgefahr ohne Belang. Die Ansicht der Beklagten, nur aus einem entsprechenden weiteren Schreiben könne sich die Irreführung hinsichtlich einer zweiten, weiteren Verschlechterung ergeben, geht fehl.

b. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass der Einwand der Beklagten bezüglich der Bestimmtheit des Klageantrages in Bezug auf die „Tiegelgröße“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs ebenfalls fehlgeht. Auch sonst bestehen keine Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des auf die konkrete Verletzungsform (Anlage k1) Bezug nehmenden Antrags.

c. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht eine Irreführung des angesprochenen Verbrauchers festgestellt und insoweit einen Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 UWG zugesprochen. Dass der Kläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG aktivlegitimiert ist, es sich bei der Versendung des streitbefangenen Schreibens um eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 3 UWG handelt und eine solche nach § 5 UWG wegen Irreführung unzulässig ist, wenn sie unwahre oder sonstige zur Täuschung über die Rechte des Verbrauchers, insbesondere die Gewährleistungsrechte bei Leistungsstörungen enthält, steht außer Frage.

aa. Der angesprochene Verbraucher kann das beanstandete Schreiben dahin verstehen, dass bis zur Beendigung des „derzeit gültigen Vertrages“ ein Sonderkündigungsrecht entfällt, und zwar generell, selbst dann, wenn die vertraglich vereinbarte Internet-Geschwindigkeit gegenüber der Schlechtleistung, die der bereits geltend gemachten Minderung zugrunde liegt, noch weiter reduziert wird. Die apodiktische Behauptung „Mit der Minderung entfällt ein Sonderkündigungsrecht für den Vertrag“ wird ohne jede Differenzierung aufgestellt, so dass die Gefahr besteht, dass der Verbraucher auch bei veränderter Sachlage davon ausgeht, den Vertrag nicht mehr kündigen zu können.

Die Behauptung ist falsch. Jedenfalls für den Fall, dass sich nach Ausspruch der Minderung die Schlechtleistung noch weiter verschärft – wie in der Klageschrift als Beispiel angeführt – stehen dem Verbraucher erneut Gewährleistungsrechte zu. Dass in einem solchen Fall die Ausübung des Minderungsrechts nach § 57 Abs. 4 TKG eine weitere Minderung und/oder das in § 314 BGB für alle Dauerschuldverhältnisse vorgesehenen Sonderkündigungsrechts aus wichtigem Grund ausschließt, kann weder dem Wortlaut des § 57 TKG entnommen werden noch seinem Sinn und Zweck. Die Formulierung „ist der Verbraucher ... berechtigt, das vertraglich vereinbarte Entgelt zu mindern oder den Vertrag ... zu kündigen“ entspricht inhaltlich z.B. der Regelung in §§ 634, 638 BGB für den Werkvertrag („Ist das Werk mangelhaft, kann der Besteller ... von dem Vertrag zurücktreten oder ... die Vergütung mindern“; „Statt zurückzutreten kann der Besteller die Vergütung ... mindern“). Auch beim Werkvertrag kann der Besteller alternativ entweder mindern oder das Vertragsverhältnis beenden. Gleichwohl steht außer Frage, dass der Besteller wegen eines anderen, z.B. später

auftretenden Mangels erneut mindern kann. Im Übrigen hat die Beklagte selbst in erster Instanz nicht in Abrede gestellt, dass der Kunde sich bei jeder neuen Schlechtleistungssituation erneut entscheiden kann. Die Beklagte meint lediglich, aus dem Schreiben vom 28.12.2021 könne nicht gefolgert werden, dass das Sonderkündigungsrecht ab sofort für immer und unabhängig von sämtlichen möglichen Veränderungen in der Sachlage ausgeschlossen ist und bleibt. Dies überzeugt nicht. Die Beklagte stellt in dem angegriffenen Schreiben bezüglich des Entfallens des Sonderkündigungsrechts nicht (nur) auf die konkrete Schlechterfüllungssituation ab, sondern allgemein auf den Vertrag als solchen.

Die Erklärung der Beklagten zum Entfallen des Sonderkündigungsrechtes ist aber auch insoweit unrichtig und mithin irreführend, als selbst bei fortdauernder, gleichbleibender Schlechtleistung es dem Verbraucher im Einzelfall unzumutbar sein kann, weiter am Vertrag festzuhalten. Das Minderungsrecht dient zwar der Wiederherstellung des Äquivalenzinteresses (Sassenberg/Mantz/Kiparski, Entwicklungen im zivilrechtlichen Telekommunikationsrecht im Jahr 2021, K&R 2022, 318), gleichwohl wird entgegen der Ansicht der Beklagten die verminderte Leistung nicht für die Dauer der Vertragsstörung zur vertragsgemäßen Leistung. Sie ist und bleibt mangelhaft. Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung zu § 57 TKG (BT-Drs. 19/26964, Seite 289 f., Hervorhebung nur hier):

67

Zu § 57 (Vertragsänderung, Minderung und außerordentliche Kündigung)

68

Zu Absatz 1 ...

69

Zu Absatz 4

70

*Absatz 4 konkretisiert Artikel 4 Absatz 4 Verordnung (EU) 2015/2120 sowie Artikel 105 Absatz 5 Richtlinie (EU) 2018/1972. Nach Artikel 4 Absatz 4 Verordnung (EU) 2015/2120 gilt jede erhebliche, kontinuierliche oder regelmäßig wiederkehrende Abweichung bei der Geschwindigkeit oder bei anderen Dienstqualitätsparametern zwischen der tatsächlichen Leistung der Internetzugangsdienste und der vom Anbieter der Internetzugangsdienste gemäß Artikel 4 Absatz 1 lit. a – d angegebenen Leistung für die Auslösung der Rechtsbehelfe, die dem Verbraucher nach nationalem Recht zustehen, als nicht vertragskonforme Leistung, sofern die rechtserheblichen Tatsachen durch einen von der nationalen Regulierungsbehörde zertifizierten Überwachungsmechanismus festgestellt wurden. Absatz 4 enthält ein proportionales Minderungsrecht für Fälle nicht vertragskonformer Leistung sowie eine Rechtsfolgenverweisung auf § 314 BGB. Nach beiden Regelungen stehen dem Verbraucher bei Abweichungen zwischen der tatsächlichen und der im Vertrag angegebenen Leistung elektronischer Kommunikationsdienste die Rechtsbehelfe des nationalen Rechts einschließlich der kostenfreien Vertragskündigung zur Verfügung. Absatz 4 stellt klar, dass ein wichtiger Grund im Sinne des § 314 BGB vorliegt, wenn die Abweichungen nach Nummer 1 durch das Messtool der Bundesnetzagentur oder ein von ihr bzw. von einem von der Bundesnetzagentur beauftragten Dritten zertifiziertes Messtool ermittelt wurden. Entsprechend der zu der Verordnung (EU) 2015/2120 erlassenen GEREK-Leitlinien gilt ein Überwachungsmechanismus, den eine nationale Regulierungsbehörde zur Verfügung stellt und der für diesen Zweck eingeführt wurde, als zertifizierter Überwachungsmechanismus. Die Bundesnetzagentur hat aber auch die Möglichkeit, einen Dritten mit der Bereitstellung des Überwachungsmechanismus zu beauftragen. **Bei Abweichungen der tatsächlich zur Verfügung gestellten Leistung von der vertraglich versprochenen Leistung hatten Verbraucher bisher lediglich die Möglichkeit, mit dem Anbieter eine Vertragsanpassung zu vereinbaren oder den Vertrag zu kündigen. Wenn***

71

der Anbieter eine freiwillige Vertragsanpassung ablehnt und kein alternativer Anbieter zur Verfügung steht, haben Verbraucher daher häufig keine Möglichkeit, sich gegen vertragliche Schlechtleistungen zu wehren. Mit der Einführung eines Minderungsrechts wird der vielfachen Forderung von Verbrauchern und Verbraucherverbänden sowie der Länder Rechnung getragen. 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. Nimmt ein Verbraucher eine Entschädigung für einen vollständigen Ausfall eines Dienstes nach § 56 Absatz 2 in Anspruch, ist diese auf die Minderung anzurechnen.

Zu Absatz 5 ...).

72

Insoweit ist es denkbar, dass die Schlechtleistung der Beklagten für den Verbraucher zwar zunächst noch hinnehmbar war, der Verbraucher insoweit von einer Kündigung des Vertrages abgesehen und Minderung geltend gemacht hat, er aber später aufgrund veränderter Umstände die volle – vertraglich geschuldete – Internet-Geschwindigkeit benötigt, um die Dienstleistung der Beklagten für seine Zwecke sinnvoll nutzen zu können. Auch in diesem Fall muss ihm die in § 314 BGB vorgesehene Kündigung des Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund erhalten bleiben, zumal die Minderung dazu dienen soll, den Vertragspartner zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Vertrages anzuhalten. Andernfalls würden Sinn und Zweck des § 57 TKG – Stärkung des Verbraucherschutzes (s.o. und § 2 Abs. 2 Nr. 3 des Entwurfs, BT-Drs. 19/26964, Seite 19) – unterlaufen.

73

d. Die Ausführungen des Landgerichts dazu, dass der Kläger die als solche nicht zu beanstandende Abmahnkostenpauschale auch bei einer nur teilweise begründeten Abmahnung in voller Höhe verlangen kann, greift die Beklagte mit der Berufung nicht an.

74

III.

75

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

76

Das Urteil betrifft die tatrichterliche Übertragung allgemein anerkannter Auslegungs- und Rechtsanwendungsgrundsätze auf einen Einzelfall, so dass kein Anlass besteht, gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen.

77

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Weder hat die Rechtssache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO). Eine Abweichung von der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Koblenz ist nicht gegeben.

78

Gegenstandswert für das Berufungsverfahren: 17.500 € (2.500 € Berufung des Klägers, 15.000 € Berufung der Beklagten).

79