

Kammergericht

Az.: 5 U 154/18

15 O 223/20 LG Berlin



Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

voxenergie GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer, Zimmerstraße 78, 10117 Berlin
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertreten durch den Vorstand Wolfgang
Schuldzinski, Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf
- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

hat das Kammergericht - 5. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht
[REDACTED] den Richter am Landgericht [REDACTED] und den Richter am Kammergericht [REDACTED]
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 01.06.2021 für Recht erkannt:

I.

Das Versäumnisurteil des Senats vom 13. April 2021 wird aufrecht erhalten, soweit dort die Berufung hinsichtlich des vom Landgericht im angefochtenen Teilurteil vom 04. Juli 2018 – ergangen zum Aktenzeichen 15 O 170/17 – unter 1.a) und 2. Zugesprochenen zurückgewiesen worden ist.

Hinsichtlich des vom Landgericht im Teilurteil vom 04. Juli 2018 unter 1.b) Zugesprochenen wird – insoweit unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Senats vom 13. April 2021 – auf die Beru-

fung der Beklagten das Teilurteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

II.

Die durch die Säumnis der Beklagten bedingten Kosten trägt die Beklagte. Im Übrigen werden die Kosten des Berufungsverfahrens gegeneinander aufgehoben.

III.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angegriffenen Urteil des Landgerichts Bezug mit folgenden Korrekturen und Ergänzungen genommen.

Der Kläger macht gegen die Beklagte drei Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit Werbung für und Vertrieb von Stromlieferungsverträgen via Telefon sowie einen Anspruch auf Kostenersatz für eine Abmahnung geltend.

Das Landgericht hat die Beklagte im angefochtenen Teilurteil vom 04. Juli 2018 zum damaligen Geschäftszeichen 15 O 170/17 antragsgemäß hinsichtlich zwei von drei Unterlassungsansprüchen (Anträge zu I.1 und I.3) und zum Ersatz der Kosten der Abmahnung verurteilt. Über den Unterlassungsantrag zu I.2 hat das Landgericht nicht entschieden und mit Beschluss vom 20. März 2020 den durch Teilurteil entschiedenen Verfahrensteil abgetrennt (neues Geschäftszeichen des abgetrennten Verfahrensteils: 15 O 223/20). Mit Schlussurteil vom 04. Mai 2020 hat das Landgericht im vorliegenden Verfahren 15 O 223/20 der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Gegen die Verurteilung im Teilurteil vom 04. Juli 2018 richtet sich die Berufung der Beklagten. Das Schlussurteil ist von keiner Partei angefochten worden.

Die Beklagte rügt:

Das Landgericht habe ihren unter Beweis gestellten Vortrag zu einer Einwilligung, die die von der [REDACTED] angerufenen Verbraucher erteilt hätten, nicht zur Kenntnis genommen. Die Beklagte behauptet in diesem Zusammenhang, die angerufenen Verbraucher hätten die Zustimmung, zu Werbezwecken angerufen zu werden, bereits vor den streitgegenständlichen Telefonaten gegenüber „Geschäftspartnern“ der Beklagten erteilt. Wann und in welcher Form diese Einwilligungen erteilt worden seien, wisse die Beklagte nicht, die Erteilung der Einwilligung werde ihr aber von ihren „Geschäftspartnern“ vertraglich zugesichert. Die genauen Umstände der Einwilligung könnten von der Beklagten nur durch aufwändige Recherchen bei „Lieferanten“ in Erfahrung gebracht werden. Dass eine Einwilligung gegenüber den „Geschäftspartnern“ erteilt worden sei, lasse die Beklagte durch sogenannte Verifizierungsanrufe „von den beauftragten Unternehmen“ telefonisch überprüfen. Im Rahmen dieser Verifizierungsanrufe seien keine Leistungen beworben und auch keine Angebote unterbreitet oder Verträge geschlossen worden; es sei lediglich gefragt worden, ob die Verbraucher die früher erteilte Einwilligung in Werbeanrufe durch die Beklagte bestätigen könnten und ob die Verbraucher diese Einwilligung auch aufrechterhalten wollten. Wo und wann diese („ursprüngliche“) Einwilligung erteilt worden sei, sei ohne Belang, wenn und soweit der Verbraucher deren (vorherige) Erteilung später ausdrücklich bestätige. Nur Verbraucher, die die Erteilung ihrer Einwilligung bestätigten, würden später zu Werbezwecken angerufen werden. Zudem sei auch in den streitgegenständlichen Werbeanrufen noch einmal gefragt worden, ob die angerufenen Verbraucher vorher ihre Einwilligung erteilt hätten, was diese auch jeweils bestätigt hätten.

Der Senat hat am 13. April 2021 im Wege des Versäumnisurteils die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Landgerichts Berlin vom 04. Juli 2018 – ergangen zum Aktenzeichen 15 O 170/17 – zurückgewiesen.

Gegen das der Beklagten am 20. April 2021 zugestellte Versäumnisurteil hat sie Einspruch eingelegt, der am 04. Mai 2021 beim Kammergericht eingegangen ist.

Die Beklagte beantragt,

das Versäumnisurteil aufzuheben und die Klage unter Abänderung des Teilurteils des Landgerichts Berlin vom 04. Juli 2018 – ergangen zum Aktenzeichen 15 O 170/17 – abzuweisen.

Der Kläger hat in zweiter Instanz seinen erstinstanzlichen Antrag zu I.3 zunächst dahin geändert (vgl. Schriftsatz vom 10. April 2021, Bl. III/37 d. A.), die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern zu unterlassen, einen bestehenden Stromlieferungsvertrag privater Endverbraucher:innen zu kündigen ohne hierzu in gesetzlicher Weise bevollmächtigt zu sein, um Endverbraucher:innen im Rahmen eines Anbieterwechsels selbst zu beliefern.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 01. Juni 2021 hat der Kläger diesen Antrag nochmals geändert.

Der Kläger beantragt zuletzt,

das Versäumnisurteil mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verurteilt wird, es im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern zu unterlassen, einen bestehenden Stromlieferungsvertrag privater Endverbraucher:innen zu kündigen, ohne eine Einwilligung in Kenntnis der konkreten Sachlage des Endverbrauchers/der Endverbraucherin zu haben, um diese im Rahmen eines Anbieterwechsels selbst zu beliefern.

Er verteidigt das angefochtene Teilurteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die in zweiter Instanz eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 13. April 2021 sowie vom 01. Juni 2021 Bezug genommen.

II.

A.

Der gem. §§ 339 Abs. 1, 340 Abs. 1 ZPO form- und fristgerechte Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil des Senats vom 13. April 2021 hat den Rechtsstreit in den Stand vor Eintritt der Säumnis der Beklagten zurückversetzt, §§ 342, 539 Abs. 3 ZPO.

B.

Die Berufung ist gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt, mit einer Begründung versehen und auch im Übrigen zulässig.

Die Berufung genügt auch § 520 Abs. 3 Nr. 2, Nr. 3 ZPO. Eine Berufungsbegründung muss auf den zur Entscheidung stehenden Streitfall zugeschnitten sein und erkennen lassen, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das angefochtene Urteil unrichtig sei (Heßler in Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 520 Rn. 35; BGH, Beschluss vom 26. Juli 2004 – VIII ZB 29/04 –, Rn. 5, juris, auch zur weiteren Aktualität der noch zu § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO in der vor dem 01. Januar 2002 geltenden Fassung ergangenen Entscheidungen). Indes sind weder Schlüssigkeit noch auch nur Vertretbarkeit der Berufungsbegründung Zulässigkeitsvoraussetzungen (BGH, Beschluss vom 27. Januar 2015 – VI ZB 40/14 –, Rn. 7, juris; Heßler, a. a. O., § 520 Rdnr. 34). Vorliegend setzt sich die Berufung durch die Rüge, entgegen der Auffassung des Landgerichts sei der Textform genügt, hinreichend konkret mit dem Teilurteil des Landgerichts auseinander, das die gegenteilige Auffassung vertritt. Zudem bemängelt die Berufung, es fehle an der wettbewerbsrechtlichen Relevanz des etwaigen Verstoßes. Dass diese Rüge im Hinblick auf einen Verstoß gegen das UKlaG un schlüssig ist, begründet nicht die Unzulässigkeit der Berufung.

C.

In der Sache hat die Berufung teilweise Erfolg. Der mit dem Antrag zu I.1 geltend gemachten Unterlassungsanspruch ist ebenso zulässig und begründet wie der Zahlungsanspruch (Antrag zu II.). Der Antrag zu I.3 hingegen ist hingegen bereits unzulässig. Dem entsprechend ist das Versäumnisurteil des Senats hinsichtlich der Berufungszurückweisung betreffend die Aussprüche des Landgerichts zu 1a und 2. aufrechtzuerhalten (§ 343 Satz 1 ZPO) und betreffend den Anspruch des Landgerichts zu 1b aufzuheben (§ 343 Satz 2 ZPO).

1. Antrag zu I.1 (Ausspruch des Landgerichts zu 1a)

Der Kläger kann von der Beklagten Unterlassung der in dem Antrag zu I.1. näher beschriebenen Wettbewerbshandlung gem. §§ 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 3 UWG verlangen. Denn die Beklagte hat jedenfalls die Verbraucher [REDACTED] (nachfolgend auch nur: „angerufene Verbraucher“) ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung, zu Werbezwecken angerufen zu werden, angerufen und damit gegen § 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG verstoßen.

a) Nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG stellt Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung stets eine unzumutbare Belästigung

dar.

b) Diese Vorschrift des UWG dient der Umsetzung des Art. 13 Abs. 3 und 5 Satz 1 der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation. Der Begriff der "Einwilligung" ist daher richtlinienkonform zu bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – I ZR 169/10 –, Rn. 23, juris - *Einwilligung in Werbeanrufe II*). Art. 2 Satz 2 Buchst. f der Richtlinie 2002/58/EG verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr. Danach ist eine Einwilligung jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt.

c) Da es sich bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG um ein Verbot mit Einwilligungsvorbehalt handelt, trägt der Werbende die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung (BGH, Urteil vom 11. März 2004 – I ZR 81/01 –, Rn. 39, juris – *E-Mail-Werbung I*; Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 7 Rn. 154). Sie muss jeweils konkret in der Person des Angerufenen vorliegen (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 164/09 –, Rn. 30, juris - *Double-opt-in-Verfahren*). Für den Nachweis des Einverständnisses ist es erforderlich, dass der Werbende die konkrete Einverständniserklärung jedes einzelnen Verbrauchers vollständig dokumentiert. Im Fall einer elektronisch übermittelten Einverständniserklärung setzt das deren Speicherung und die jederzeitige Möglichkeit voraus, sie auszudrucken. Die Speicherung ist dem Werbenden ohne weiteres möglich und zumutbar. Verfahren, bei denen unklar ist, ob eine Einverständniserklärung tatsächlich von dem angerufenen Verbraucher stammt, sind für den erforderlichen Nachweis ungeeignet (BGH, aaO, Rn. 31, juris).

d) Unter Anlegung dieser Maßstäbe liegt keine wirksame Einwilligung der angerufenen Verbraucher vor, deren Vorliegen vom Kläger ohnehin bestritten wird. Die Beklagte hat noch nicht einmal dargelegt, dass die angerufenen Verbraucher eine wirksame Einwilligung iSd. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erteilt hätten. Daher ist auch den von ihr insoweit unterbreiteten Beweisangeboten nicht nachzugehen. Darüber hinaus wäre die Beklagte auch beweisfällig geblieben.

aa) Die Beklagte behauptet in diesem Zusammenhang, ein mehrstufiges Verfahren anzuwenden. Die angerufenen Verbraucher hätten die Zustimmung, zu Werbezwecken angerufen zu werden, bereits vor den streitgegenständlichen Telefonaten gegenüber „Geschäftspartnern“ der Beklagten erteilt („erste Stufe“). Dass eine Einwilligung gegenüber den „Geschäftspartnern“ erteilt worden

sei, lasse die Beklagte durch sogenannte Verifizierungsanrufe „von den beauftragten Unternehmen“ telefonisch überprüfen („zweite Stufe“). Im Rahmen der hier streitgegenständlichen Anrufe seien die Verbraucher noch einmal gefragt worden, ob sie eine vorher erteilte Einwilligung bestätigen könnten, was alle angerufenen Verbraucher bejaht hätten. Dieser Vortrag ist schon nicht geeignet, die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung iSd. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG - „jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt“ - darzulegen.

bb) Hinsichtlich der angeblich gegenüber den „Geschäftspartnern“ erteilten Einwilligung („erste Stufe“) trägt die Beklagte nichts vor.

cc) Auch der Vortrag hinsichtlich der (auf der „zweiten Stufe“) im Rahmen der „Verifizierungsanrufe“ angeblich erteilten Bestätigung der (auf der „ersten Stufe“) gegenüber den „Geschäftspartnern“ erteilten Einwilligung ist nicht geeignet, die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung iSd. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG darzulegen.

(1) Selbst wenn ein Verbraucher im Rahmen eines solchen „Verifizierungsanrufes“ eine früher – gegenüber den „Geschäftspartnern“ der Beklagten - erteilte Einwilligung in Werbeanrufe bestätigen würde, sagt dies nichts darüber aus, ob eine wirksame Einwilligung vorliegt. Denn Voraussetzung hierfür wäre, dass die auf der „ersten Stufe“ erteilte Einwilligung wirksam gewesen ist. Um dies beurteilen zu können, müsste die Beklagte die ursprüngliche Einwilligung aber kennen. Nur dann könnte die Beklagte prüfen, ob der Verbraucher, als er die ursprüngliche Einwilligung erklärt hat, gewusst hat, dass seine Erklärung ein Einverständnis darstellt und worauf sie sich bezieht (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – I ZR 7/16 –, Rn. 31, juris - *Cookie-Einwilligung II*). Nur dann könnte beurteilt werden, ob der Verbraucher die ursprüngliche Einwilligung „für den konkreten Fall“ erteilt hat. Diese Voraussetzung wäre nur erfüllt, wenn sich aus der auf der „ersten Stufe“ erklärten Einwilligung klar ergäbe, auf welche Waren oder Dienstleistungen welcher Unternehmen sie sich bezieht (vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 – I ZR 169/10 –, Rn. 24, juris - *Einwilligung in Werbeanrufe II*). Womöglich ließ die ursprüngliche Einwilligungserklärung zudem nicht erkennen, auf welche Werbemaßnahmen sich die Einwilligung erstrecken soll, und war deswegen unwirksam. Dies wäre beispielsweise anzunehmen, wenn der Verbraucher bei der Erteilung der Einwilligung mit einem aufwändigen Verfahren der Abwahl von in einer Liste aufgeführten Partnerunternehmen konfrontiert wird, das ihn bei wertender Betrachtung dazu veranlassen soll, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen dem Unternehmer die Wahl der Werbepartner zu überlassen (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – I ZR 7/16 –,

Rn. 32 f., juris - *Cookie-Einwilligung II*). Nur wenn die ursprüngliche Einwilligung bekannt wäre, könnte geprüft werden, in welcher Form die ursprüngliche Einwilligung erteilt wurde, denn diese muss gesondert erklärt werden und darf beispielsweise nicht in Textpassagen enthalten sein, die auch andere Erklärungen oder Hinweise enthalten (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 14. April 2011 – I ZR 50/09 –, Rn. 22, juris - *Einwilligung in Werbeanrufe I*). Zudem könnte ohne Kenntnis der ursprünglichen Einwilligungserklärung nicht beurteilt werden, ob diese im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erteilt wurde. Wenn dies der Fall wäre, müsste geprüft werden, ob und inwieweit die Anforderungen der §§ 305 ff. BGB eingehalten sein müssen und ggf. eingehalten sind (vgl. zu dieser Problematik Köhler in: Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 39. Aufl. § 7 Rn. 151 ff.). Die demnach zu klärenden Rechtsfragen können aber weder vom Verbraucher noch vom Callcenter-Agent beurteilt, geschweige denn beantwortet werden, schon gar nicht im Rahmen eines „Verifizierungsanrufes“.

(2) Aus den obigen Ausführungen ergibt sich auch, dass die Beklagte selbst bei einer „Bestätigung“ der ursprünglichen Einwilligung durch den Verbraucher im „Verifizierungsanruf“ nicht davon ausgehen könnte, dass eine wirksame Einwilligung vorliegt. Wenn die ursprüngliche Einwilligung unwirksam war, könnte diese nicht dadurch wirksam werden, dass der Verbraucher in einem „Verifizierungsanruf“ auf eine entsprechende Frage lediglich erklärt, er bestätige seine ursprüngliche Einwilligung und halte sie aufrecht.

(3) Aus den eben genannten Gründen ist auch den insoweit unterbreiteten Beweisangeboten der Beklagten nicht nachzugehen. Darüber hinaus wäre die Beklagte hinsichtlich eines Teils dessen, was sie beweisen müsste, beweisfällig geblieben. Die von der Beklagten angebotenen Zeugen können nach dem Vorbringen der Beklagten nur bekunden, dass die angerufenen Verbraucher im Rahmen eines „Verifizierungsanrufes“ erklärt hätten, sie hätten zuvor in Werbeanrufe eingewilligt und würden ihre ursprüngliche Einwilligung bestätigen. Da dieser Umstand aber, wie dargelegt, unerheblich ist, ist der angebotene Beweis nicht zu erheben. Die ursprüngliche Einwilligung, auf die es entscheidend ankommt, kennen weder die Beklagte noch die von ihr benannten Zeugen. Da der Kläger bestritten hat, dass die angerufenen Verbraucher überhaupt eine Einwilligung erteilt haben, ist die insoweit belastete Beklagte beweisfällig geblieben. Denn es ist Sache der Beklagten, für eine ausreichende Dokumentation des Einverständnisses von Verbrauchern mit Werbeanrufen Sorge zu tragen. Tätigt sie Werbeanrufe, für die ein Einverständnis der Verbraucher nicht oder nicht ausreichend dokumentiert ist, hat sie die sich daraus ergebenden rechtlichen Folgen zu tragen (BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 164/09 –, Rn. 34, juris - *Double-opt-in-Verfahren*).

(4) Selbst wenn die Beklagte sich darauf berufen wollte, der Verbraucher erteile im Rahmen des „Verifizierungsanrufes“ (erstmalig) eine Einwilligung in Werbeanrufe, könnte ihr dies nicht zum Erfolg verhelfen.

Denn eine solche im Rahmen des „Verifizierungsanrufes“ eingeholte Einwilligung wäre unwirksam, da es am Erfordernis der Freiwilligkeit („ohne Zwang“) fehlte. Der Verbraucher könnte nämlich in dieser Situation nicht in Ruhe abwägen, ob und in welchem Umfang er eine Einwilligung erteilen will, die zudem nicht „in Kenntnis der Sachlage“ erfolgen würde (Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 7 Rn. 154a; Pahlow in: Peifer, UWG, 3. Aufl., § 7 Rn. 179). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als die Verbraucher nach dem Vortrag der Beklagten im Rahmen des „Verifizierungsanrufes“ gefragt werden, ob sie eine bereits erteilte Einwilligung „bestätigen“ und aufrechterhalten wollten. Dadurch werden die Verbraucher überrumpelt, da sie sich regelmäßig nicht spontan daran erinnern werden, ob und in welchem Rahmen sie (jemals) eine Einwilligung in Telefonwerbung erteilt haben. Es besteht zudem die Gefahr, dass gerade ältere Verbraucher alleine deshalb eine Einwilligungserklärung und deren Aufrechterhaltung bestätigen werden, um nicht den Eindruck zu erwecken, ihr Erinnerungsvermögen sei beeinträchtigt.

dd) Auch dem Vortrag der Beklagten zum Inhalt der hier streitgegenständlichen Telefonate ist keine Einwilligung zu entnehmen, die diese Anrufe gerechtfertigt hätte.

(1) Selbst wenn die Verbraucher im Rahmen der streitgegenständlichen Anrufe eine auf der ersten Stufe erteilte Einwilligung bestätigt hätten, könnte aus den oben genannten Gründen nicht vom Vorliegen einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden. Ganz abgesehen davon kann der Senat den als Anlagen KPW 1 bis KPW 4 eingereichten Protokollen der Telefonate mit den Verbrauchern [REDACTED] nicht entnehmen, dass die Verbraucher eine bereits erteilte Einwilligung hätten bestätigen wollen.

(2) Eine während der streitgegenständlichen Telefonate erteilte Einwilligung wäre ohnehin nicht ausreichend, da es sich nicht um eine „vorherige“ Einwilligung iSd. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG handeln würde (vgl. nur Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 7 Rn. 144).

e) Wiederholungsfahr besteht wegen der Verletzungshandlung der Beklagten und der von ihr nicht abgegebenen vertragsstrafbewehrten Unterlassungserklärung.

2. Antrag zu I.3 (Ausspruch des Landgerichts zu 1b)

Der Antrag zu I.3 ist unzulässig. Die Klage ist daher insoweit unter Abänderung des Urteils des Landgerichts abzuweisen.

a) Der Kläger hat zunächst beantragt, die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

einen bestehenden Stromlieferungsvertrag eines privaten Endverbrauchers zu kündigen, ohne dass der Endverbraucher hierfür eine entsprechende Vollmacht zur Kündigung in Textform erteilt hat.

Diesem Klageantrag hat das Landgericht stattgegeben.

Sodann hat er in der Berufungsinstanz seinen Antrag geändert (vgl. Schriftsatz vom 10. April 2021, Bl. III/37 d. A.) und - im Termin zur mündlichen Verhandlung am 01. Juni 2021 zunächst - beantragt, die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

es im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern zu unterlassen, einen bestehenden Stromlieferungsvertrag privater Endverbraucher:innen zu kündigen ohne hierzu in gesetzlicher Weise bevollmächtigt zu sein, um Endverbraucher:innen im Rahmen eines Anbieterwechsels selbst zu beliefern.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 01. Juni 2021 hat der Kläger dann zuletzt beantragt, die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

es im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern zu unterlassen, einen bestehenden Stromlieferungsvertrag privater Endverbraucher:innen zu kündigen, ohne eine Einwilligung in Kenntnis der konkreten Sachlage des Endverbrauchers/der Endverbraucherin zu haben, um diese im Rahmen eines Anbieterwechsels selbst zu beliefern.

b) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag - und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung - nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegen-

stand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, letztlich dem Vollstreckungsgericht überlassen bleibt (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 – I ZR 267/15 –, Rn. 23, juris – *Cordoba II*). Eine hinreichende Bestimmtheit ist für gewöhnlich gegeben, wenn eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung erfolgt oder die konkret angegriffene Verletzungsform antragsgegenständlich ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 21/12 –, Rn. 12, juris – *Einkaufswagen III*) und der Klageantrag zumindest unter Heranziehung des Klagevortrags unzweideutig erkennen lässt, in welchen Merkmalen des angegriffenen Verhaltens die Grundlage und der Anknüpfungspunkt für den Wettbewerbsverstoß und damit das Unterlassungsgebot liegen soll (vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Urteil vom 22. März 2018 – I ZR 118/16 –, Rn. 16, juris – *Hohlfasermembranspinnanlage II*). Demgegenüber sind Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen. Abweichendes kann gelten, wenn entweder bereits der gesetzliche Verbotstatbestand selbst entsprechend eindeutig und konkret gefasst oder der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt ist sowie auch dann, wenn der Kläger hinreichend deutlich macht, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert (vgl. nur BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 – I ZR 183/13 –, Rn. 13, juris – *Erfolgsprämie für die Kundengewinnung*). Die Bestimmtheit des Unterlassungsantrags setzt in solchen Fällen allerdings grundsätzlich voraus, dass sich das mit dem selbst nicht hinreichend klaren Antrag Begehrte im Tatsächlichen durch Auslegung und Heranziehung des Sachvortrags des Klägers eindeutig ergibt und die betreffende tatsächliche Gestaltung zwischen den Parteien nicht in Frage gestellt ist, sondern sich der Streit der Parteien ausschließlich auf die rechtliche Qualifizierung der angegriffenen Verhaltensweise beschränkt. Eine auslegungsbedürftige Antragsformulierung kann im Übrigen hinzunehmen sein, wenn eine weitergehende Konkretisierung nicht möglich und die gewählte Antragsformulierung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes erforderlich ist (ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Urteil vom 08. November 2018 – I ZR 108/17 –, Rn. 15 - 16, juris – *Deutschland-Kombi*).

bb) Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist der Antrag zu I.3 nicht hinreichend bestimmt.

(a) Eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung oder die konkret angegriffene Verletzungsform enthält der ursprünglich gestellte Antrag nicht. Vielmehr wiederholt er nur die hier relevanten Tatbestandsmerkmale des § 312h BGB, wobei lediglich der Begriff „Dauerschuldverhält-

nis" durch den Begriff „Stromlieferungsvertrag" ersetzt ist, was aber keine ausreichende Konkretisierung des Antrages zur Folge hat.

Der Antrag ist auch nicht ausnahmsweise zulässig: Weder ist § 312h BGB eindeutig und konkret gefasst, noch ist dessen Anwendungsbereich durch eine gefestigte Auslegung geklärt. Aus dem Sachvortrag des Klägers ergibt sich auch nicht eindeutig, dass er nicht ein Verbot im Umfang des Gesetzeswortlauts beansprucht, sondern sich mit seinem Unterlassungsbegehren an der konkreten Verletzungshandlung orientiert. Auf den auf diese Bedenken aufmerksam machenden Hinweis des Senates vom 22. Februar 2021 hat er zudem gerade nicht Bezug auf die konkrete Verletzungsform genommen. Auch besteht zwischen den Parteien Streit über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Textform" im Rahmen des § 312h BGB. Schließlich wäre dem Kläger auch eine weitere Konkretisierung ohne weiteres möglich, indem auf die konkrete Verletzungshandlung Bezug genommen wird, worauf der Senat den Kläger hingewiesen hat.

(b) Was den zulässig anstelle des zweitinstanzlich nicht mehr verfolgten ursprünglichen Antrags eingebrachten Antrag aus dem Schriftsatz vom 10. April 2021 angeht, fehlt wiederum die Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung oder die konkret angegriffene Verletzungsform. Zwar wiederholt der Antrag in dieser Fassung nicht den Gesetzeswortlaut, ist aber gleichwohl unzulässig. Denn Hintergrund der Unzulässigkeit eines gesetzeswiederholenden Wortlauts eines Antrags ist, dass ein Antrag, nach dem nur das verboten werden soll, was nach dem Gesetz verboten ist, den Streit über die Rechtmäßigkeit des konkreten Handelns des Anspruchsgegners in das Vollstreckungsverfahren verlagert. Mit dem Antrag aus dem Schriftsatz vom 10. April 2021, einen bestehenden Stromlieferungsvertrag privater Endverbraucher zu kündigen „ohne hierzu in gesetzlicher Weise bevollmächtigt zu sein", begehrt der Kläger den Erlass eines Unterlassungstitels mit dem Inhalt, dass verboten werden soll, was nach dem Gesetz nicht erlaubt ist. Damit aber würde die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob denn das konkrete Verhalten des Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen und nicht vom Gericht des Erkenntnisverfahrens geklärt. Dies ist, wie oben dargestellt, nicht zulässig.

(c) Auch der im Termin zur mündlichen Verhandlung am 01. Juni 2021 zuletzt gestellte Antrag kann dem Kläger nicht zum Erfolg verhelfen.

(aa) Klageanträge sind anhand der Klagebegründung oder des sonstigen Sachvortrags auszulegen (vgl. nur Greger in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 253 ZPO, Rn. 13b m. weit. Nachw.). Dem Sachvortrag des Klägers lässt sich eindeutig entnehmen (vgl. S. 18 der Klageschrift, Bl. I/18 d. A.; S. 6

f. des Schriftsatzes vom 18. September 2017, Bl. I/80 f. d. A.), dass er seinen Unterlassungsantrag mit einem Verstoß der Beklagten gegen § 312h BGB begründet, da die Vollmachten der Verbraucher nicht der Textform entsprächen. Da sich an diesem Sachvortrag nichts geändert hat, geht der Senat davon aus, dass auch das Klageziel des Klägers unverändert geblieben ist. Daher gelten die obigen Ausführungen zur Unzulässigkeit für den - nunmehr zudem noch das Klageziel unklar ausdrückenden - Klageantrag in dieser Fassung entsprechend.

(bb) Sollte der Kläger – entgegen seines bisherigen ausdrücklichen Vorbringens – mit dem nochmals geänderten Klageantrag beabsichtigen, nunmehr nicht mehr (nur) zu rügen, die Verbraucher hätten keine Vollmacht in Textform erteilt, würde dies eine Klageänderung in der Berufungsinstanz darstellen. Diese Klageänderung wäre gem. § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig, da sie nicht auf Tatsachen gestützt werden könnte, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hätte. Folge der unzulässigen Klageänderung wäre, dass, da keine Klagerücknahme hinsichtlich des Antrages aus dem Schriftsatz vom 10. April 2021 angenommen werden kann, über letzteren Antrag zu entscheiden ist.

d) Vor dem Hintergrund des Vorstehenden brauchte dem Kläger, welcher ohnehin einerseits seinen Antrag auf Schriftsatznachlass auf keinen konkreten Umstand bezogen und andererseits seinen Klageantrag zu I.3 nach Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 01. Juni 2021 nochmals umformuliert hat, kein Schriftsatznachlass gewährt zu werden.

3. Antrag zu II (Ausspruch des Landgerichts zu 2.)

Der Kläger hat zudem gegen die Beklagte einen Anspruch auf Erstattung einer – ungekürzten (vgl. nur Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl., § 13 Rn. 122) - Kostenpauschale in Höhe von 260,00 € nebst Zinsen in der vom Landgericht zuerkannten Höhe gem. § 5 UKlaG a. F., § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG a. F., §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

D.

1.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens hat ihre Grundlage in §§ 92, 97 Abs. 1, 344 ZPO.

2.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO in Verbindung mit § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

3.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Die Entscheidung beruht – in Anwendung der ausreichend ergangenen, auch höchst-richterlichen Rechtsprechung auf den vorliegenden Einzelfall – auf den besonderen Umständen des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts.


Vorsitzender Richter
am Kammergericht


Richter
am Landgericht


Richter
am Kammergericht

Verkündet am 29.06.2021


als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, 30.06.2021


Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt
- ohne Unterschrift gültig