

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 10 U 27/13

312 O 43/13

LG Hamburg



## Beschluss

In der Sache

**Verbraucherzentrale NRW Landesarbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V.**,  
vertreten durch d. Vorstand Klaus Müller, Mitropstraße 27, 40215 Düsseldorf

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Michael Peter**, Manfred-Von-Richthofe 9, 12101 Berlin,

Gz.: 215/12-MP

gegen

**Tchibo GmbH**, vertreten durch die Geschäftsführer Holger Bellmann, Dr. Markus Conrad, Yves  
Müller, Peter Rikowski und Wioletta Rosolowska, Überseering 18, 22297 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

Gz.: 414 sko C2001.15049

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 10. Zivilsenat - [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

am 12.10.2015:

1. Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22.10.2013 (Az 312 O 43/13) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

2. Die Parteien erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 3 Wochen.

## Gründe:

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 4, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 UKlaG i.V.m. § 40 Abs. 4 EnWG bzw. aus §§ 4, 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 2 UKlaG i.V.m. §§ 3, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 3, § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 40 Abs. 4 EnWG zu.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die geltend gemachten Ansprüche des Klägers im Ergebnis bejaht. Wegen Verstoßes gegen § 40 Abs. 4 EnWG besteht sowohl nach dem UWG (I.) als auch nach dem UKlaG (II.) ein Unterlassungsanspruch.

Im Übrigen wäre hier auch – unabhängig von der umstrittenen Europarechtskonformität des § 40 Abs. 4 EnWG – die unmittelbar aus der RL 2009/73/EG und RL 2009/72/EG fließende Informationspflicht in Anhang I, Absatz 1, lit. i) nicht gewahrt, so dass auch aus diesem Grund Unterlassungsansprüche nach dem UWG und dem UKlaG bestünden (III.).

(I.)

Für einen Anspruch nach § 8 UWG ist vorliegend zunächst von entscheidender Bedeutung, ob die turnusmäßige Abrechnung über die Energiekosten und den Energieverbrauch eine „geschäftliche Handlung“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist. Es geht um die Frage, ob durch eine (verspätete) turnusmäßige Abrechnung die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers beeinträchtigt wird.

Entgegen der Auffassung der Beklagten, die dies mit Verweis auf eine Entscheidung des BGH v. 10.01.2013 (I ZR 190/11), wonach die standardisierte Mandatsbearbeitung einer Anwaltskanzlei gegenüber einer abmahnenden Anwaltskanzlei keine „geschäftliche Handlung“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sei, verneint, geht auch der Senat – ebenso wie das Landgericht – von dem Vorliegen einer „geschäftlichen Handlung“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG aus. Der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung unterliegen alle „geschäftlichen Handlungen“, die vor, bei und nach Vertragsschluss ausgeübt werden. Abgedeckt wird der gesamte Zeitraum vom Abschluss des Vertrages bis zur Beendigung (Keller, in Harte-Bevendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Auflage 2013, Rn. 37).

Ferner muss die Handlung mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags „objektiv zusammenhängen“. Ein solcher Zusammenhang bzw. ein funktionaler Bezug ist bei verbraucherbezogenen vertraglichen Handlungen zu bejahen, wenn das Verhalten im Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers in Bezug auf den Vertragsab-

schluss oder die Lieferung von Produkten steht (vgl. Erwägungsgrund 7 und Art. 3 Abs. 1 UGP-RL (RL 2005/29/EG)). Das Verhalten muss also gemäß Art. 2 UGP-RL die Entscheidung des Verbrauchers darüber beeinflussen, „ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen.“ (Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Auflage 2013, § 2 UWG, Rn. 37).

Demnach stehen auch solche Handlungen in objektivem Zusammenhang mit der Beeinflussung des Verbrauchers, die seine Entscheidung über die Zahlung betreffen und die Frage, ob er an dem Vertrag festhalten will. Eine turnusmäßige Abrechnung erfüllt diese Voraussetzungen des objektiven Zusammenhangs. Denn der Sinn einer Abrechnung besteht gerade darin, über die Abnahmemenge, die Kosten und etwaige Preisänderungen zu informieren. Auf dieser Grundlage kann der Verbraucher eine Entscheidung über künftige Energieeinsparungen oder einen etwaigen Anbieterwechsel treffen. Ob sich der Verbraucher auch auf andere Weise die erforderlichen Informationen beschaffen kann, ist – entgegen der Ansicht der Beklagten – unerheblich. Eine Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers ist auch dann anzunehmen, wenn der Verbraucher auf anderem Wege Informationen über Preise etc. einholen kann. Allgemein zugängliche Informationen über Preissteigerungen bzw. ein generelles Bewusstsein über die Notwendigkeit des Energiesparens sind kein adäquater Ersatz für eine individuelle Abrechnung durch den Anbieter. Denn der Zweck der Abrechnung besteht gerade darin, den individuellen Energieverbrauch nachvollziehen, den künftigen Verbrauch danach ausrichten und ggf. einen Anbieterwechsel vornehmen zu können.

Nichts anderes ergibt sich auch aus der von der Beklagten zitierten Entscheidung des BGH vom 10.01.2013 (I ZR 190/11). Der BGH hat entschieden, dass die automatischen Antwortschreiben, welche die Beklagte des der Entscheidung zugrunde liegenden Verfahrens für ihre Mandanten an die Klägerin gesendet hatte, keine „geschäftliche Handlung“ i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG darstellen. Diese Entscheidung ist auf die vorliegende Konstellation nicht übertragbar, weil der Entscheidung des BGH eine einmalige Leistungserbringung ggü. den Mandanten zu Grunde lag, während es vorliegend um einen Sukzessivlieferungsvertrag geht. Folglich handelt es sich hier nicht um eine Endabrechnung, sondern eine turnusmäßige Abrechnung im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages. Eine solche Abrechnung hat Relevanz für die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers – nämlich das Festhalten am Vertrag bzw. einen Anbieterwechsel. Im Übrigen betont auch der BGH, dass eine „geschäftliche Handlung“ die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers im unmittelbaren Zusammenhang mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lie-

ferung beeinflussen muss. Wie soeben dargestellt, trifft dies auf die turnusmäßige Abrechnung zu, weil sie Einfluss auf den weiteren Energieverbrauch im Rahmen des bestehenden Vertragsverhältnisses und auf einen etwaigen Anbieterwechsel haben kann.

Damit handelt es sich bei § 40 Abs. 4 EnWG auch um eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG, d.h. diese Norm regelt im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten (vgl. BGH vom 15.01.2009 – I ZR 141/06). Marktteilnehmer sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG sowohl Verbraucher als auch Mitbewerber. Aus den soeben dargestellten Gründen dient § 40 Abs. 4 EnWG dem Verbraucherschutz, d.h. dem Schutz der Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des Energieverbrauchs, der damit einhergehenden Energiekosten und eines eventuellen Anbieterwechsels. Auf die Frage, ob auch das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber unmittelbar geschützt wird, kommt es folglich nicht an.

Der Senat folgt auch nicht der Ansicht der Beklagten, dass die starre Sechswochenfrist des § 40 Abs. 4 EnWG mit der RL 2009/73/EG unvereinbar, die Vorschrift daher europarechtswidrig und folglich unanwendbar sei.

Vielmehr kann § 40 Abs. 4 EnWG durchaus einen Unlauterkeitstatbestand begründen. Tatsächlich handelt es sich bei der Sechswochenfrist in § 40 Abs. 4 EnWG um eine europarechtskonforme Richtlinienumsetzung. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht im Erst-Recht-Schluss eine Auslegung vorgenommen, wonach die Sechswochenfrist eine Obergrenze darstellt. Denn die Sechswochenfrist, die sogar im Falle eines Versorgerwechsels gilt, muss erst recht im fortbestehenden Vertragsverhältnis gelten. Eine solche Auslegung ist auch durch die Ziele der Richtlinie geboten, die Transparenz und eine Stärkung der Verbraucherrechte schaffen will. Ob diese Sechswochenfrist tatsächlich praxistauglich ist, ist eine andere Frage. Dies ist hier aber nicht entscheidungserheblich; denn die Sechswochenfrist beruht auf einer Wertentscheidung des Unionsgesetzgebers, die der nationale Gesetzgeber entsprechend umgesetzt hat. Diese Entscheidung ist hinzunehmen. § 40 Abs. 4 EnWG ist jedenfalls unionsrechtskonform.

Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht eine Übertragbarkeit der Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. vom 12.04.2011 (11 U 5/11) abgelehnt. In der von der Beklagten zitierten Entscheidung ging es um die Vereinbarkeit des § 42 EnWG mit der Elektrizitäts-RL. Diese Frage ist vorliegend jedoch nicht entscheidungserheblich.

(II.)

Es bestehen weiterhin auch Ansprüche nach § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG

Aus den bereits angeführten Gründen handelt es sich bei § 40 Abs. 4 EnWG um ein Verbraucherschutzgesetz nach § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG. Nach der Legaldefinition sind Verbraucherschutzgesetze Vorschriften, die dem Schutz der Verbraucher dienen. Andere als die in § 2 Abs. 2 UKlaG aufgeführten Gesetze sind Verbraucherschutzgesetze, wenn sie die Verbraucher vor einer Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit schützen (OLG München v. 26.05.2011 – 6 U 3880/10; LG Augsburg v. 19.04.2010 – 8 O 4038/09). So liegt es auch bei § 40 Abs. 4 EnWG (s.o.).

Es tritt auch kein Wertungswiderspruch zwischen UWG und UKlaG auf, da § 40 Abs. 4 EnWG – wie dargestellt – europarechtskonform ist.

(III.)

Selbst wenn man § 40 Abs. 4 EnWG für europarechtswidrig hielte, hätte die Beklagte jedenfalls gegen die in der RL 2009/73/EG (und RL 2009/72/EG) aufgestellte Informationspflicht verstoßen; denn die hier fast 4 Monate nach Beendigung des Abrechnungszeitraums erteilte Abrechnung ist unter den gegebenen Umständen nicht mehr als „häufig genug“ im Sinne der Richtlinie zu bewerten.

Wäre § 40 Abs. 4 EnWG als europarechtswidrig unanwendbar, wäre stattdessen Anhang I, Absatz 1, lit. i) der RL 2009/73/EG unmittelbar anwendbar mit der Maßgabe, dass der Unternehmer den Verbraucher „häufig genug in angemessener Form“ über den Energieverbrauch informieren müsste.

Die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien sind hier erfüllt: 1. Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie ist abgelaufen und die Richtlinienbestimmung wurde nicht oder nicht korrekt umgesetzt. 2. Die betreffende Richtlinienbestimmung ist inhaltlich unbedingt und hinreichend genau gefasst. 3. Die Richtlinienbestimmung dient dem Schutz der Verbraucher, so dass die Frage dahinstehen kann, ob die Richtlinienbestimmung subjektive Rechte verleihen oder dem Schutz Dritter dienen muss (Neitzel, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage 2011, Rn. 12 ff.)

Wann eine Information „häufig genug in angemessener Form“ i.S.d. Anhang I, Absatz 1, lit. i) ist, bedarf der Auslegung. Diese Voraussetzungen dürften hier fast 4 Monate nach Ende des Abrechnungszeitraums und nach mehrmaliger Aufforderung durch den Verbraucher (am 02.08.2012 und am 18.08.2012) jedoch nicht mehr erfüllt sein. Eine „angemessene Form“ der Informationserteilung, die eine Regulierung des eigenen Gasverbrauchs ermöglichen soll, ist hier nicht mehr gegeben. Damit ließe sich ein Unterlassungsanspruch nach dem UWG und dem UKlaG schon bei un-

mittelbarem Rückgriff auf die Richtlinienbestimmung bejahen.

Die Berufung der Beklagten hat nach alledem offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Die Rechtssache hat auch weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts.

Aus den vorgenannten Gründen rät der Senat zur Rücknahme der Berufung.

Präsidentin  
des Hanseatischen Oberlan-  
desgerichts

Richterin  
am Oberlandesgericht

Richterin  
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, 16.11.2015

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt  
- ohne Unterschrift gültig