



11-15<117

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Beglaubigte Abschrift

Aktenzeichen: 6 U 2084/18

33 O 5550/17 Landgericht München I

Verkündet am 23.1.2020

Die Urkundsbeamtin:

[REDACTED]

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

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

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

PST Europe Sales GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED] Arnulfstraße 19, 80335 München

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] sowie [REDACTED] am Oberlandesgericht [REDACTED] und Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 31.10.2019

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I – 33 O 5550/17 – abgeändert und wie folgt gefasst:

I. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen werdenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,-, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollziehen an ihrem Geschäftsführer, zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen

1. private Endverbraucher ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung zum Zweck der Werbung und/oder der Anbahnung von Geschäftsabschlüssen im Bereich von Energieversorgungsverträgen im privaten Bereich anzurufen oder anrufen zu lassen

und/oder

2. privaten Endverbrauchern den Abschluss eines Energielieferungsvertrages zu bestätigen, wenn sie ihre (angebliche) Vertragserklärung fristgemäß widerrufen haben

und/oder

3. die Kündigung eines zwischen einem privaten Endverbraucher und einem anderen Stromlieferanten bestehenden Stromlieferungsvertrages zu veranlassen, ohne dass der betreffende Verbraucher hierzu einen entsprechenden Auftrag in Textform erteilt hat.

II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 260,- Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 26.04.2017 zu zahlen.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Verfahrens 1. Instanz haben der Kläger 17% und die Beklagte 83% zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3 zu tragen.
4. Das Urteil des Landgerichts (Tenor III.) und das vorliegende Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung hinsichtlich des Ausspruchs unter III. des landgerichtlichen Urteils durch Sicherheitsleistung in Höhe von € 7.000,- abwenden, wenn der Kläger nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Parteien können die Vollstreckung hinsichtlich der Kosten jeweils durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

und beschlossen:

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf € 10.000,- festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit von Werbeanrufen der Beklagten mit dem Ziel, Kunden von Mitbewerbern zum Zwecke der Belieferung von Endverbrauchern mit Strom und Gas abzuwerben.

Mit Urteil vom 08.05.2018, auf das Bezug genommen wird, hat das Landgericht auf Antrag des Klägers die Beklagte, welche vornehmlich im Fernabsatz Endverbraucher mit Strom und Gas beliefert und unter www.pst-energie.de einen Telemediendienst betreibt, verurteilt,

I. es bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel zu unterlassen, im Rahmen geschäftlicher Handlungen

1. private Endverbraucher ohne deren vorherige ausdrückliche Einwilligung zum Zweck der Werbung und/oder der Anbahnung von Geschäftsabschlüssen im Bereich von Energieversorgungsverträgen im privaten Bereich anzurufen oder anrufen zu lassen

und/oder

2. privaten Endverbrauchern den Abschluss eines Energielieferungsvertrages zu bestätigen, wenn diese einem solchen Vertrag tatsächlich nicht vorab zugestimmt haben oder wenn sie ihre (angebliche) Vertragserklärung fristgemäß widerrufen haben

und/oder

3. die Kündigung eines zwischen einem privaten Endverbraucher und einem anderen Stromlieferanten bestehenden Stromlieferungsvertrages zu veranlassen, ohne dass der betreffende Verbraucher hierzu einen entsprechenden Auftrag in Textform erteilt hat.

II. an den Kläger 260,- Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus ab dem 26.04.2017 zu zahlen.

Zur Begründung ist im Ersturteil – soweit für das Berufungsverfahren im Hinblick auf die Beschränkung der Berufungsanträge auf die zu Ziff. I.2., 1. Alt. und I.3. ausgesprochene Verurteilung noch von Relevanz - ausgeführt:

Mit der Zusendung der als Anl. K 7 vorgelegten „Auftragsbestätigung“ vom 02.02.2016 habe die Beklagte dem Verbraucher [REDACTED] das Zustandekommen eines wirksamen Energielieferungsvertrages in irreführender Weise gemäß § 5 Abs. 1 Sätze 1 und 2 Nr. 3 UWG vorgespiegelt. Unter Zugrundelegung des von der Beklagten vorgelegten und von ihr für das Zustandekommen eines Vertrages für maßgeblich erachteten Gesprächsmitschnitts sei ein solcher zwischen ihr und dem Verbraucher [REDACTED] nicht zustande gekommen. Da sich der Verbraucher zu Beginn dieses Mitschnitts mit der Aufzeichnung einverstanden erklärt habe, sei dieser verwertbar. Die Kammer habe den Mitschnitt als unstreitigen Sachverhalt in zulässiger Weise in der mündlichen Verhandlung vom 06.03.2018 in Augenschein genommen. Hieraus habe sich ergeben, dass der Verbraucher [REDACTED] das Angebot der Beklagten auf Abschluss eines Energieversorgungsvertrages nicht angenommen habe. Es fehle insoweit an einem Rechtsbindungswillen auf Seiten [REDACTED] welcher erkennbar nicht in der Lage gewesen sei, den in völlig unangemessener Geschwindigkeit mit starkem Akzent getätigten Ausführungen des Telefonwerbers der Beklagten zu folgen. Derartiges sei unter anderem belegt durch eine Vielzahl von Nachfragen während der knapp fünf Minuten dauernden Gesprächsaufzeichnung sowie durch die Bitte des angerufenen Verbrauchers, nicht so schnell zu sprechen (*wird näher ausgeführt, LGUS. 15/16*). Da der für den behaupteten Vertragsschluss maßgebliche Gesprächsinhalt zwischen den Parteien unstreitig und durch die als Anlage B 1 vorgelegte Gesprächsaufzeichnung dokumentiert sei, sei die Einvernahme des Verbrauchers zum (weiteren) Inhalt des Telefonats nicht veranlasst.

Eine Annahmeerklärung des Verbrauchers [REDACTED] sei auch nicht in dessen als Anlagenkonvolut B 3 vorgelegter E-Mail vom 28.11.2016 zu sehen, weil diese nicht gegenüber der Beklagten, sondern einer Premio Energie gegenüber erklärt worden sei, bei der es sich der Darstellung der Beklagten zufolge um deren Vertriebsbeauftragte handle. Dass diese zugleich Empfangsvertreterin oder Empfangsbotin der Beklagten sei, sei nicht vorgetragen. Unabhängig davon dokumentiere Anlage B 3 selbst keinen Vertragsschluss, welcher ohnehin nach dem Vorbringen der Beklagten telefonisch erfolgt sei, was allerdings nicht der Fall sei.

Dass die Auftragsbestätigung der Beklagten an den Verbraucher [REDACTED] geeignet sei, diesen zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte, liege auf der Hand.

Ob die Beklagte im Sinne von Klageantrag zu I.2., 1. Alt. den Verbrauchern [REDACTED] den Abschluss eines Energielieferungsvertrages bestätigt habe, könne dahinstehen, da nur über einen einheitlichen Streitgegenstand zu befinden sei.

Der mit Klageantrag zu I.3. verfolgte Unterlassungsanspruch des Klägers – bei dem es sich um eine qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 4 UKlaG handle - folge aus § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 und 2 Nr. 1 b) UKlaG i.V.m. § 312h Nr. 2 BGB.

Die vom Kläger beanstandete Praxis der Beklagten, die Kündigung eines zwischen einem privaten Endverbraucher und einem anderen Stromlieferanten bestehenden Stromlieferungsvertrages zu veranlassen, ohne dass der Verbraucher hierzu einen Auftrag in Textform erteilt habe, verstoße gegen § 312h Nr. 2 BGB. Die von der Beklagten als Anlagenkonvolut B 3 vorgelegten E-Mails bzw. SMS-Nachrichten leisteten dem Formerfordernis des § 312h BGB nicht genüge, da diese Erklärungen nicht an die Beklagte gerichtet seien, sondern an eine „Premio Energie GmbH“, betreffend eine nicht näher bezeichnete „PST“ bzw. an eine „PST Energie“. In keinem Falle liege damit eine ausreichende Bevollmächtigung der Beklagten in Textform vor. Im Falle des Verbrauchers [REDACTED] sei darüber hinaus wohl das Vertragsverhältnis der Beklagten mit Frau [REDACTED] betroffen.

Der zu Klageantrag I.3. festgestellte Verstoß reiche in seinem Gewicht und seiner Bedeutung über den Einzelfall hinaus und lasse eine generelle Klärung geboten erscheinen.

Die Erstattungsfähigkeit der klägerseits geltend gemachten, der Höhe nach unstrittigen vorgerichtlichen Abmahnkosten folge aus § 12 Abs.1 Satz 2 UWG i.V.m. § 5 UKlaG.

Gegen diese in Ziff. I.2, 1. Alt und Ziff. I.3. im Ersturteil ausgesprochene Verurteilung richtet sich die Berufung der Beklagten, welche diese wie folgt begründet:

Das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft davon abgesehen, eine (weitere) Beweisaufnahme durchzuführen. Eine Beweisaufnahme zu einem unstreitigen Sachverhalt, wie vor dem Landgericht im Hinblick auf die Durchführung eines Augenscheins erfolgt, sei nach den Bestimmungen der ZPO nicht statthaft. Ohnehin sei der Sachverhalt, über den das Ausgangsgericht Beweis erhoben habe, nicht unstreitig gewesen. Das Landgericht – welches im Tatbestand des angegriffenen Endurteils zu erkennen gegeben habe, dass der Sachverhalt streitig sei, diese zutreffende Feststellung aber im Widerspruch zu den Entscheidungsgründen stehe - hätte über die zwischen den Parteien strittige Frage, ob der Verbraucher [REDACTED] der Beklagten einen Auftrag zur Stromlieferung erteilt habe, Zeugenbeweis [REDACTED] erheben müssen und nicht die Erhebung eines Gegenbeweises durch die Durchführung einer Augenscheins anordnen dürfen. Lediglich vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass die Würdigung des durchgeführten Augenscheins durch das Landgericht einseitig sei und wesentliche Umstände, welche für eine Auftragserteilung durch Herrn [REDACTED] sprächen, außer Acht lasse. Im Ersturteil werde nicht gewürdigt, dass der Verbraucher [REDACTED] unstreitig vor Beginn der Gesprächsaufzeichnung längere Zeit mit dem Anrufer gesprochen und diesem verschiedene personen- und lieferbezogene Daten (Stromverbrauch, Vorversorger, Zählnummer, E-Mail-Adresse, Bankdaten) mitgeteilt habe. Solches ergäbe keinen Sinn, wenn Herr [REDACTED] der Beklagten keinen Auftrag zur Stromlieferung hätte erteilen wollen. Außerdem habe der Anrufer Herrn [REDACTED] zu Beginn der Gesprächsaufzeichnung darauf hingewiesen, dass diese dazu diene, den Auftrag fertigzustellen. Dies habe Herr [REDACTED] zweifelsfrei verstanden und bestätigt. Auch habe sich das Landgericht nicht damit befasst, dass Herr [REDACTED] dem Anrufer seine E-Mail-Adresse mitgeteilt und die E-Mail zum Auftrag bestätigt habe. Ferner sei die Würdigung des Gesprächsmitschnitts selbst durch das Landgericht von Widersprüchen, Auslassungen und bewussten Fehldeutungen geprägt.

Abweichend von den Ausführungen des Landgerichts im angegriffenen Urteil habe die Beklagte auf Nachfrage ausgeführt, dass die Premio Energie GmbH von der Beklagten mit dem Vertrieb ihrer Energielieferprodukte beauftragt sei und in deren Namen auch die Bestätigungen zu den Vollmachten (per SMS oder E-Mail) versende.

Die verfahrensfehlerhafte, auf eine Vorwegnahme des Beweisergebnisses hinauslaufende Vorgehensweise des Landgerichts verletze das Recht der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs und auf ein faires Verfahren. Der Beklagten sei die Möglichkeit genommen worden, Fragen an Herrn [REDACTED] zu Inhalt und Ergebnis des mit dem Telefonwerber geführten Inhalts zu richten und diesem die Gesprächsaufzeichnung vorzuhalten.

Die Stattgabe des Klageantrags zu I.3. sei überraschend gewesen und unter Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO erfolgt. Auch insoweit liege eine Gehörsverletzung vor. Auf Hinweis des Erstgerichts habe die Beklagte vorgetragen, dass es sich bei der Premio Energie GmbH um eine Beauftragte der Beklagten handle und jene mit dem Vertrieb von Energielieferprodukten der Beklagten beauftragt sei. Das Landgericht habe hierauf zu erkennen gegeben, dass es den Vortrag der Beklagten zu Klageantrag I.3. für ausreichend erachte. Obwohl der Kläger diesen Vortrag nicht bestritten habe und ohne die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen, habe das Landgericht unter Bezugnahme auf seine ursprünglichen Bedenken gegen die Schlüssigkeit des Verteidigungsvorbringens der Beklagten Klageantrag I.3. stattgegeben.

Hätte das Erstgericht Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, hätte die Beklagte ergänzend vorgetragen. Das Verständnis der Verbraucher, wem sie die Vollmacht zur Aufkündigung des „Altvertrages“ mit dem Mitbewerber der Beklagten erteilten, richte sich nicht allein nach dem Inhalt der als Anl. B 3 vorgelegten Dokumente. Die Firma der Beklagten bzw. deren Abkürzung „PST“ oder „PST Energie“ bzw. „PST Europe Sales“ als neue Energieversorgerin sei nämlich den Verbrauchern gegenüber während der Dauer der geführten Telefonate – auch in unmittelbarem Bezug mit der Vollmachterteilung - mehrfach genannt worden. Zeitlich unmittelbar nach den Telefonaten seien die Auftragsbestätigungen, welche sämtlich die Firma der Beklagten vollständig auswiesen, an die angerufenen Personen versandt worden. Bei dieser Sachlage bestehe kein Zweifel, dass die Verbraucher die während oder unmittelbar nach den Telefonaten bei ihnen eingegangenen E-Mails oder SMS-Nachrichten dahingehend verstanden hätten, dass sie der Beklagten eine Vollmacht erteilten. Dies gelte auch für Herrn [REDACTED]

Die fraglichen E-Mails und SMS-Nachrichten erfüllten auch die Anforderungen an die Textform im Sinne von § 312h BGB, nachdem sie den Absender und den Empfänger erkennen ließen sowie lesbar und dauerhaft speicherbar seien. Alle Verbraucher hätten sich zudem in den Telefonaten mit der Übermittlung der E-Mails bzw. der SMS-Nachrichten einverstanden erklärt.

Hätte das Ausgangsgericht der Beklagten ausreichend rechtliches Gehör gewährt, hätte es die vorgenannten Umstände bei seiner Würdigung berücksichtigen können und wäre zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vollmachten der Textform entsprächen und wirksam seien bzw. hätte Beweis hierüber erhoben.

Die Beklagte beantragt,

das angegriffene landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klageanträge zu I.2., Alt. 1 und I.3. abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das Ersturteil und führt ergänzend hierzu aus:

Die Durchführung eines Augenscheins durch das Erstgericht sei zulässig gewesen, nachdem beide Parteien erklärt hätten, dass der Mitschnitt des Gesprächsinhalts des zwischen dem Telefonwerber und dem Verbraucher [REDACTED] die Grundlage für die Beurteilung des Zustandekommens eines Vertragsabschlusses bilde. Da die äußeren Umstände des betreffenden Telefonats wie das Sprechtempo des Anrufers, eine verwaschene oder holprige Sprache, ein herber ausländischer Akzent sowie die individuelle Reaktion des angerufenen Gesprächsteilnehmers in einer Gesprächsabschrift nicht wiedergegeben werden könnten, sei das Landgericht gehalten gewesen, die Gesprächsmitschrift zum Gegenstand eines Augenscheins zu machen. Die Worte „unstreitiger Sachverhalt“ im Ersturteil seien lediglich dahingehend zu verstehen, dass die von der Beklagten vorgelegten Telefonmitschnitte die Grundlage für einen behaupteten Vertragsschluss darstellten; allein dies hätten die Parteien unstrittig gestellt. Ob sich aus dem Gesprächsmitschnitt tatsächlich ein Vertragsschluss herleiten lasse, stehe zwischen den Parteien im Streit.

Vor diesem Hintergrund habe das Landgericht zu Recht davon abgesehen, den Verbraucher [REDACTED] zunächst hauptbeweislich als Zeugen zu vernehmen. Dies führte dazu, dass der Kläger einen Negativbeweis führen müsste. Folglich hätte ohnehin der Telefonmitschnitt zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden müssen. Da beide Parteien übereinstimmend erklärten, dass der Mitschnitt „echt“ sei, habe der Inaugenscheinnahme prozessual nichts im Wege gestanden.

Der Inhalt des vorangegangenen Telefonats sei, da insoweit weder Inhalt, noch Dauer bekannt seien, in die Würdigung der Gesamtumstände nicht miteinzubeziehen.

Die mit Anlage B 3 vorgelegte E-Mail vom 28.11.2016 sei nicht gegenüber der Beklagten abgegeben worden. Es werde bestritten, dass die Empfängerin „Premio Energie“ als Empfangsvertreterin bzw. Empfangsbotin der Beklagten agiert habe. Es fehle im Streitfall unbeschadet dessen, ob die „Premio Energie“ Vertriebsbeauftragte der Beklagten sei, an einer wirksamen Vollmachtserteilung zur Kündigung von „Altverträgen“. Da der Bevollmächtigte in der Vollmacht nicht vollständig bezeichnet worden sei, sei das Formerfordernis des § 312h BGB nicht eingehalten. Dies gelte im Streitfall umso mehr, als in Deutschland mehr als 50 Unternehmen unter der Bezeichnung „PST“ firmieren. Aus Gründen des Verbraucherschutzes könne daher auf eine vollständige Bezeichnung der Beklagten in der Vollmacht nicht verzichtet werden.

Der Senat hat am 11.04.2019 einen Beweisbeschluss mit der Anordnung der Vernehmung der Zeugen [REDACTED] erlassen (Bl. 151/153 d.A.). Mit Schriftsatz vom 16.7.2019 hat der Kläger auf die Einvernahme der Zeugen verzichtet und sich zum Beweis dafür, dass es bei den Telefonaten nicht zu einem Vertragsschluss gekommen sei, auf die von der Beklagten vorgelegten Telefonmitschnitte bezogen. Mit Beschluss vom 22.7.2019 (Bl. 168 f. d.A.) wurde der Beweisbeschluss vom 11.4.2019 aufgehoben.

Die Beklagte ist der Auffassung, das Beweisangebot des Klägers gemäß Schriftsatz vom 16.7.2019 sei untauglich, da es im Widerspruch zu seinem Vortrag stehe, wonach die Aufzeichnungen ohne Einverständnis der Angerufenen erfolgt seien und daher einem Verwertungsverbot unterlägen. Zudem sei das Beweisangebot auf eine Ausforschung gerichtet.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 31.10.2019 wurden die von der Beklagten vorgelegten Audiodateien (Anlag B 1) betreffend die Kunden [REDACTED] angehört.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze und auf das Protokoll der Termine vom 28.02.2019 (Bl. 147/149 d.A.) und vom 31.10.2019 (Bl. 177/179 d.A.) Bezug genommen.

II.

Die statthafte und zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils im Umfang des Ausspruchs unter I.2 Alt. 1 (privaten Endverbrauchern den Abschluss eines Energieliefervertrages zu bestätigen, wenn diese einen solchen Vertrag tatsächlich nicht vorab zugestimmt haben) und zur Abweisung der Klage. Im Übrigen (Ausspruch unter I.3: die Kündigung eines zwischen einem privaten Endverbraucher und einem anderen Stromlieferanten bestehenden Stromliefervertrages zu veranlassen, ohne dass der betreffende Verbraucher hierzu einen entsprechenden Auftrag in Textform erteilt hat) ist die Berufung unbegründet.

1. Dem gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG prozessführungsbefugten und aktivlegitimierten Kläger steht ein Anspruch auf Unterlassung (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) wegen Irreführung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 UWG) wegen der Versendung der Auftragsbestätigungen an die Herren [REDACTED] nicht zu. Der für die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Irreführung darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat nicht den Nachweis erbracht, dass zumindest bei einem der Telefonate zwischen diesen drei Angerufenen und Mitarbeitern des mit der Kundenwerbung per Telefon von der Beklagten beauftragten Unternehmens kein mündlicher Vertrag zustande gekommen ist.

a. Der Kläger hat nicht den Nachweis erbracht, dass bei dem Telefonat mit Herrn [REDACTED] kein mündlicher Vertrag abgeschlossen wurde.

aa. Soweit das Landgericht in Bezug auf Herrn [REDACTED] aufgrund der Inaugenscheinnahme des von der Beklagten vorgelegten Telefonmitschnitts des Gesprächs zu der Beurteilung gelangt ist, dass kein Vertrag zustande gekommen ist, ist der Senat an diese Feststellung nicht gemäß § 529 Abs. 1 ZPO gebunden. Dies folgt allerdings nicht bereits daraus, dass der Gesprächsmitschnitt einem Verwertungsverbot unterliegt, wie das Landgericht im angefochtenen Urteil (Seite 13 f. unter II.3.a) unter Verweis auf das von dem Angerufenen erteilte Einverständnis zutreffend ausgeführt hat. Für eine Inaugenscheinnahme des Mitschnitts bestand jedoch, wie mit der Berufung gerügt wurde (§ 529 Abs. 2 ZPO), in 1. Instanz keine Veranlassung, denn der beweispflichtige Kläger hatte in erster Instanz nicht die Inaugenscheinnahme des Mitschnitts für seine Behauptung, es sei kein mündlicher Vertrag zustande gekommen, als Beweis angeboten, son-

dem hatte die Herren [REDACTED] als Zeugen benannt. Eine Inaugenschein-
nahme unstreitigen Sachverhaltes ist nicht veranlasst, da nur über streitige Tatsachen Beweis zu
erheben ist.

bb. Der Inhalt des (teilweise) aufgezeichneten Telefonats mit Herrn [REDACTED] ergibt sich aus der
von der Beklagten vorgelegten Mitschrift (Anlage B 5), auf die Bezug genommen wird. Dass
diese Mitschrift mit der vorlegten Audioaufnahme (Anlage B 1) übereinstimmt, wurde vom
Senat im Termin vom 31.10.2019 festgestellt. Diesem aufgezeichneten Teil des Telefonats ist
ein Vorgespräch vorausgegangen, in dem verschiedene Daten des Angerufenen abgefragt wur-
den, die sodann in dem aufgezeichneten Teil des Telefonats nochmals zum Zwecke der Auf-
zeichnung des Gesprächs abgefragt wurden. Dementsprechend wird auch in der Aufzeichnung
auf diesen Beweiszeck der Aufnahme hingewiesen: „Damit wir den Vertrag vereinbaren kön-
nen, müssen wir den nun folgenden Teil mit den Vertragsdetails aufzeichnen...“

Davon, dass Herr [REDACTED] nicht in der Lage war, die Ausführungen seines Gesprächspartners
als Angebot auf Abschluss eines Energieliefervertrages zu verstehen bzw. er mit seinen Ant-
worten, insbesondere der Wiederholung seiner persönlichen Daten einschließlich Kontoverbin-
dung sowie der Bestätigung des Wechsels des Energielieferanten einschließlich der Vollmacht
zur Kündigung des bestehenden Vertrages, dieses Angebot nicht annehmen wollte, vermag sich
der Senat nicht zu überzeugen. Auch wenn das Landgericht zutreffend darauf abgestellt hat,
dass der Gesprächspartner des Herrn [REDACTED] mit Akzent und teilweise sehr schnell gesprochen
hat und der zum damaligen Zeitpunkt 84jährige Herr [REDACTED] teilweise Probleme hatte, dem zu
folgen, wie durch verschiedene Nachfragen und die Bitte, langsamer zu sprechen, belegt wird,
kann daraus noch nicht gefolgert werden, dass Herr [REDACTED] nicht in der Lage war, den Gegen-
stand des Telefonats im Sinne eines von seinem Gesprächspartner erstrebten Abschlusses eines
neuen Energieliefervertrages einzuordnen bzw. dass er dem Angebot nicht entsprechen wollte.
Dies wäre auch mit seiner Reaktion auf die ihm am 23.11.2016 um 09:37 Uhr übersandte E-
Mail (Anlage B 3)

„Sehr geehrter Herr [REDACTED]

für die Durchführung des soeben am Telefon besprochenen Auftrages, brauchen wir
noch ihre schriftliche Einwilligung:

Hiermit bestätige ich, [REDACTED] geboren am [REDACTED], dass ich die PST mit der
Strom/Gas-Belieferung beauftrage und die PST bevollmächtigt, alle erforderlichen Lie-

ferantenwechsel-Formalitäten und die Kündigung meines bisherigen Energieliefervertrages bei meinem alten Lieferanten in meinem Namen vorzunehmen.

Wenn Sie damit einverstanden sind antworten Sie bitte auf diese Email mit: Ja, [REDACTED]

Oder klicken Sie [hier](#) und schicken Sie die Email ab.

Ihre Premio Energie

schwerlich in Einklang zu bringen, wenn Herr [REDACTED] am 28.11.2016 um 13.28 Uhr entsprechend der Anforderung einer „schriftlichen Einwilligung“ diese fünf Tage später erteilt („Ja, [REDACTED]“). Ob diese Erklärung gegenüber der Beauftragten der Beklagten, die nach deren Vortrag auch zur Entgegennahme entsprechender Erklärungen bevollmächtigt ist, geeignet wäre, einen Vertragsschluss zu dokumentieren, ist entgegen der Auffassung des Landgerichts (LGU, Seite 16 unter d)) nicht entscheidend, da sie jedenfalls belegt, dass Herr [REDACTED] auch fünf Tage nach dem Telefonat sich entsprechend dem von der Beklagten behaupteten mündlichen Vertragsschluss verhalten hat und die erbetene Vollmacht für die Kündigung seines bestehenden Energieversorgungsvertrags erteilt hat. Wenn er den Gegenstand des Telefonats nicht erfasst hätte – wie der Kläger im Hinblick auf die schnelle Sprechweise und den Akzent des Gesprächspartners geltend macht – bzw. wenn er das Angebot auf Abschluss eines neuen Energieliefervertrages mit einem anderen Unternehmen nicht hätte annehmen wollen und, wie der Kläger meint, jeweils nur „brav reagiert“ hat, ist nicht dargetan oder sonst ersichtlich, inwiefern diese besondere, die Wahrnehmung bzw. die Artikulation von Herrn [REDACTED] beeinträchtigende Situation auch bei Reaktion auf die E-Mail noch vorhanden war oder fortwirkte. Wenn Herr [REDACTED] gar nicht verstanden haben sollte, dass ihm ein Wechsel seines Vertragspartners angeboten wurde bzw. er jedenfalls das Angebot nicht annehmen wollte, wäre keine oder eine andere Reaktion als die Erteilung der Kündigungsvollmacht zu erwarten gewesen.

b. Auch in Bezug auf das Telefonat mit Herrn [REDACTED] hat der Kläger nicht den Nachweis erbracht, dass bei dem Telefonat mit einer Mitarbeiterin der Beauftragten der Beklagten kein mündlicher Vertrag abgeschlossen wurde.

Wegen des Inhalts des Telefonats wird auf die Mitschrift des Telefonats gemäß der Anlage B 5 Bezug genommen, die nach den Feststellungen des Senats im Termin vom 31.10.2019 mit dem als Anlage B 1 vorgelegten Gesprächsmitschnitt übereinstimmt (mit Ausnahme der Schreibweise [REDACTED] statt richtig [REDACTED]). Unter Berücksichtigung des Umstands, dass auch diesem – mit Einverständnis von Herrn [REDACTED] - aufgezeichneten Teil des Gesprächs ein Vorgespräch im

vorstehend erörterten Sinne vorausgegangen ist, kann allein aufgrund der Sprechgeschwindigkeit, wie der Kläger meint („wie ein Maschinengewehr“), nicht gefolgert werden, dass Herr [REDACTED] den Gegenstand des Gesprächs nicht erfasst hat bzw. jedenfalls das Angebot auf Abschluss eines Energieliefervertrages nicht annehmen wollte.

c. Da der Kläger in Bezug auf das Telefonat mit Herrn [REDACTED] im Anschluss an die Inaugenscheinnahme der – mit Zustimmung des Herrn [REDACTED] erfolgten – Tonaufnahme, die mit der vorgelegten Mitschrift gemäß Anlage B 5 übereinstimmt, im Termin vor dem Senat keine Umstände dargetan hat, die entgegen den sich aus der Aufnahme und der Mitschrift ergebenden Erklärungen gegen den Abschluss eines mündlichen Vertrages sprechen könnten, sind insoweit keine weiteren Ausführungen veranlasst.

2. Dem Kläger steht als qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 4 UKlaG ein Unterlassungsanspruch gemäß Nr. I.3 des landgerichtlichen Urteils zu (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 b UKlaG, § 312h Nr. 2 BGB). Insoweit war die Berufung zurückzuweisen.

a. Wird zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher wie hier im Wege des Fernabsatzes ein Dauerschuldverhältnis begründet, das ein zwischen dem Verbraucher und einem anderen Unternehmen bestehendes Dauerschuldverhältnis ersetzen soll, und wird anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses der Unternehmer oder ein von ihm beauftragter Dritter zur Erklärung der Kündigung gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers bevollmächtigt, bedarf die Vollmacht zur Kündigung der Textform (§ 312h Nr. 2 Alt. 2 BGB). Dabei handelt es sich um eine Verbraucherschutzvorschrift im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 1 b UKlaG. Mit dem Textformerfordernis soll das „Unterschieben“ von Verträgen erschwert und den Verbrauchern deutlicher als bisher vor Augen geführt werden (Warnfunktion), dass sie bei Widerruf des neu abgeschlossenen Vertrages an die Kündigung des bestehenden Dauerschuldverhältnisses gebunden bleiben, sie also weder den alten noch den neuen Vertrag haben (vgl. Begründung RegE BT-Drs. 16/10734, Seite 12; BeckOKG/Busch, Stand 15.4.2019, BGB § 312h Rn. 2 ff.; MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl., § 312h Rn. 2; Palandt/Grüneberg, 78. Aufl., § 312h Rn. 1). Anlass für die Einfügung der neuen Vorschrift war, dass sich Verbraucher teilweise aggressiver Telefonwerbung ausgesetzt sahen, bei der ihnen häufig nicht hinreichend bewusst war, dass sie tatsächlich einen neuen Vertrag geschlossen und anlässlich der Begründung des Dauerschuldverhältnisses die Kündigung des bestehenden Vertrages veranlasst haben. Da die Kündigung des alten Vertrages mit deren Zugang wirksam wird, besteht im Falle des Wi-

derrufs des neuen Vertrages ein vertragsloser Zustand, sodass sich deswegen Verbraucher veranlasst sehen können, von ihrem Widerrufsrecht keinen Gebrauch zu machen. Das Textformerfordernis soll daher sicherstellen, dass sich Verbraucher bei Abgabe ihrer Willenserklärung der Reichweite gerade der Kündigungserklärung bewusst sind (BT-Drs. 16/10734, Seite 12).

b. Dass der Kläger als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 UKlaG, § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG aktivlegitimiert ist und sich die Beklagte das Verhalten des von ihr beauftragten Unternehmens gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 UKlaG zurechnen lassen muss, wird von der Berufung nicht in Zweifel gezogen, sodass hierzu keine weiteren Ausführungen veranlasst sind.

c. Der Berufung ist zwar darin zu folgen, dass mit der vom Landgericht gegebenen Begründung (LGU, Seite 19 unter 2.) ein Verstoß gegen § 312h Nr. 2 Alt. 2 BGB nicht begründet werden kann. Dies verhilft der Berufung jedoch nicht zum Erfolg. Denn auch wenn mit dem Vortrag der Beklagten davon ausgegangen wird, dass die Vollmachten zur Kündigung der bestehenden Verträge mit den bisherigen Energieversorgungsunternehmen der neu geworbenen Kunden gegenüber der Beklagten erteilt wurden, entsprechen die vorlegten Vollmachten nicht sämtlich den Anforderungen der Textform gemäß § 126b BGB.

aa. Die Einhaltung der in § 312h BGB vorgeschriebenen Textform erfordert gemäß § 126b BGB das Vorliegen einer lesbaren Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss (Satz 2). Als dauerhafter Datenträger ist jedes Medium anzusehen, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und die geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

Die Textform setzt nach Satz 1 die Abgabe einer lesbaren Erklärung auf einem Datenträger voraus, d.h. eine Erklärung, die in Schriftzeichen lesbar abgegeben wird (Wendtland, BeckOK § 126b Rn. 3), worunter handschriftliche, gedruckte oder elektronisch gespeicherte Erklärungen fallen, und dem Empfänger in dieser Form auch zugehen (Spindler, in Spindler/Schuster, Recht der elektronische Medien, 4. Aufl., § 126 Rn. 5; Wendtland aaO Rn. 4). Dabei ist die Übersendung eines Datenträgers nicht erforderlich, sondern die Textform ist auch gewahrt, wenn die Erklärung z.B. per E-Mail übermittelt und anschließend auf einem geeigneten Datenträger gespeichert wird (Spindler aaO).

bb. Hiervon ausgehend genügen die von den Kunden [REDACTED] (Anlage B 3, 2. Blatt), [REDACTED] (Anlage B 3, 3. und 4. Blatt), [REDACTED] (Anlage B 3, 6. Blatt) und [REDACTED] (Anlage B 3, letztes Blatt) abgegebenen Erklärungen nicht dem Textformerfordernis, da es sich um keine in Schriftzeichen lesbar abgegebene und dem Empfänger so übermittelte Erklärungen handelt. Die Bestätigungsantwort des jeweiligen Kunden ist durch das Anklicken des ihnen jeweils per E-Mail übersandten Bestätigungslinks in der „Bestätigungsanfrage“ generiert worden. Die „Bestätigungsantwort“ lautet jeweils:

Empfängerkennung: (es folgt die E-Mail-Adresse des jeweiligen Kunden)

Bestätigungsdatum: (es folgt das jeweilige Datum und die Uhrzeit)

Bestätigungstext: Automatische Bestätigung per Link

Von dem jeweiligen Kunden wird im Falle der Betätigung eines Links - anders als in den Fällen, in den die Kunden mit „Ja, [REDACTED]“, „Ja, [REDACTED]“, „Ja, [REDACTED]“, „Ja“ auf die Bestätigungsanfrage geantwortet haben - keine Erklärung in Schriftzeichen lesbar abgegeben. Der in den vorgelegten Vollmachten der Kunden [REDACTED] ausgewiesene Text „Automatische Bestätigung per Link“ stammt nicht von diesen Kunden, sondern wurde von dem System der Beklagten aufgrund der Betätigung des vorgegebenen Links generiert. Dementsprechend hat der Senat im Urteil vom 28.2.2019 – 6 U 914/18, BeckRS 2019, 3274 (rechtskräftig nach Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde mit Beschluss des BGH vom 28.11.2019 – I ZR 75/19) sowie im Urteil vom 31.10.2019 – 6 U 2664/19 jeweils die Einhaltung der Textform bei bloßer Betätigung eines Links verneint. Soweit die Beklagte dem entgegenhält, auch bei Betätigung eines Links sei die Einhaltung der Schriftform (§ 312h Nr. 2, § 126b BGB) gewahrt (Schriftsatz vom 23.10.2019, Seite 4 f.), da es nicht darauf ankomme, ob der Verbraucher seine Vollmacht dauerhaft aufbewahren und speichern könne, sondern maßgeblich sei, ob dies auf die Beklagte als Empfänger der Vollmacht zutreffe, greift dies nicht durch. Dass die Bestätigungsantwort bei der Beklagten dauerhaft speicherbar ist und auch ausgedruckt werden kann, genügt nicht den Anforderungen an die Erfüllung der Textform. Es kann auch dahinstehen, inwieweit die Kunden auf die Internetseite der Beklagten gelangen können und so den Hinweis zur Kenntnis nehmen, dass sie die Kündigungsbestätigung ausdrucken können. Denn es fehlt, wie vorstehend ausgeführt, bei der bloßen Betätigung eines Links an einer in Schriftzeichen abgegebenen lesbaren Erklärung. Ebenso wenig kommt es für die Erfül-

lung des Schriftformerfordernisses darauf an, ob in der Betätigung des Links eine Willenserklärung zu sehen ist, wie die Beklagte meint (Schriftsatz vom 13.12.2019, Seite 3).

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen.

Eine Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), wenn eine klärungsbedürftige Rechtsfrage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt wird. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage, wenn zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt (vgl. Zöller/Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 543 Rn. 11 mwN). Inwiefern letztere Voraussetzung gegeben ist, vermag auch die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 13.12.2019 nicht aufzuzeigen. Dass die Parteien hinsichtlich der Anforderungen an die Erfüllung des Schriftformerfordernisses unterschiedlicher Auffassung sind, ist hierfür nicht maßgeblich. Dass in der Literatur oder in der Rechtsprechung zur Frage der Erfüllung des Formerfordernisses – Vorliegen einer lesbaren Erklärung – unterschiedliche Auffassung vertreten werden, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Es ist auch nicht dargetan oder sonst ersichtlich, inwiefern die Zulassung der Revision geboten wäre, um dem Revisionsgericht in Bezug auf die Anforderungen an die Schriftform des § 126b BGB Gelegenheit zu geben, Leitsätze für die Auslegung dieser Bestimmung aufzustellen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

4. Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 GKG.

██████████

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

██████████

Richterin
am Oberlandesgericht

██████████

Richterin
am Oberlandesgericht



Für die Richtigkeit der Abschrift
Oberlandesgericht München, den 23.1.2020

██████████

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle