

# Oberlandesgericht Schleswig

Urteil vom 26. März 2013, 2 U 7/12

## Gründe

### A.

(Von der Darstellung des Sachverhalts wurde abgesehen)

### B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet, die gemäß § 524 ZPO zulässige Anschlussberufung der Beklagten unbegründet.

I. und II.

(Von der Darstellung der AGB-rechtlichen Problematik wurde abgesehen.)

III. Berufungsantrag zu 3. (Zahlung beziffelter Zinsen von 24,58 €)

1. Der Übergang von der erstinstanzlichen Feststellungsklage auf eine bezifferte Zahlungsklage ist keine Klageänderung gemäß § 263 ZPO, sondern eine zulässige Klageweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO, weil der Klagegrund identisch geblieben ist (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 263 Rn. 8).

Der Kläger konnte im ersten Rechtszug nur einen Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO stellen, weil der Endzeitpunkt für die geltend gemachte Verzinsung noch nicht bekannt war. Denn dieser ist vom Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht abhängig, ab dem auf Antrag des Kostengläubigers eine Verzinsung im Kostenfestsetzungsbeschluss gemäß § 104 Abs. 1 ZPO in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auszusprechen ist. Nach Abschluss der ersten Instanz ist der Kostenfestsetzungsantrag aber am 8. August 2012 gestellt und am 13. August 2012 bei Gericht eingegangen (Bl. 147 d. A.), so dass der streitgegenständliche Zinszeitraum nunmehr feststeht.

2. In der Sache selbst steht dem Kläger der geltend gemachte Zinsanspruch in Höhe von 4 Prozent für die Zeit ab Überweisung des Gerichtskostenvorschusses

am 28. November 2011 bis zum 12. August 2012 (Tag vor Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht) gemäß §§ 280, 286 BGB zu.

Die Verzinsung des Gerichtskostenvorschusses ab Eingang des Kostenfestsetzungsantrags gemäß § 104 Abs. 1 S. 1 ZPO schließt einen weitergehenden materiellen Kostenerstattungsanspruch, etwa wegen Verzugs, für die Zeit bis Eingang des Kostenfestsetzungsantrags nicht aus (Zöller/Herget, a. a. O., § 104 Rn. 6; Gödicke, JurBüro 2001, 512; Enders, JurBüro 2010, 226; AG Trier JurBüro 2010, 264).

Zum Zeitpunkt der Überweisung des Gerichtskostenvorschusses in Höhe 864 € am 28. November 2011 befand sich die Beklagte mit der Abgabe der Unterlassungserklärung im Verzug. Der Kläger hat sie wegen der Verwendung der Rücklastschriftpauschale von 20,95 € mit Schreiben vom 15. September 2011 abgemahnt und für die Abgabe einer Unterlassungserklärung eine Frist bis zum 23. September 2011 gesetzt. Mit Schreiben vom 28. September 2011 hat die Beklagte die Abgabe der Unterlassungserklärung verweigert, mit der Begründung, dass ihr durchschnittlich ein entsprechender Schaden entstehe, und diese auch auf die nochmalige Aufforderung des Klägers vom 27. Oktober 2011 nicht abgegeben, wodurch Verzug eingetreten ist.

3. Obgleich die Höhe des eingezahlten Gerichtskostenvorschusses, der Zinszeitraum und der Zinssatz feststehen, ist eine endgültige Bezifferung des Zinsschadens erst möglich, wenn die Kostengrundentscheidung des Rechtsstreits fest steht, die dem Schlussurteil im Hinblick auf die noch ausstehende Entscheidung in der zweiten Stufe des im Wege der Stufenklage geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruchs vorbehalten worden ist (siehe dazu nachfolgend IV). Denn für den Fall, dass der Kläger aufgrund der noch ausstehenden Kostenentscheidung an den Kosten des Rechtsstreits zu beteiligen ist, besteht ein Zinsanspruch auf den eingezahlten Gerichtskostenvorschuss nur entsprechend der Kostenquote zu Lasten der Beklagten.

Der Senat ist trotz des im Berufungsrechtszug gestellten Zahlungsantrags nicht wegen der Bindung an die Parteianträge (§ 308 ZPO) an einem Feststellungsausspruch gehindert, weil die Feststellung gegenüber dem Zahlungsausspruch ein Weniger ist und sich im Rahmen des Leistungsbegehrens hält (vgl. dazu Zöller/Vollkommer, a. a. O., § 308 Rn. 4 m. w. N.). Die ausschließlich von der von Amts wegen im Schlussurteil zu treffenden Kostenentscheidung abhängige Bezifferung der Zinsforderung auf der Grundlage des Zinsausspruchs ist dem Schlussurteil vorbehalten.

IV. Berufungsantrag zu 4. (vormals Klagantrag zu 7.)

1. Die Stufenklage ist gemäß § 254 ZPO zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich die Unzulässigkeit der Klage nicht daraus, dass der Stufenantrag nicht schon bei der Einreichung der Klage im November 2011, sondern erst im Laufe des ersten Rechtszugs rechtshängig gemacht worden ist, weil eine Klageerweiterung nicht der Zustimmung des Beklagten bedarf.

2. Die Stufenklage ist auch begründet. Dem Kläger steht der in der ersten Stufe geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB zu, damit er in die Lage versetzt werden kann, den gegen die Beklagte bestehenden Gewinnabschöpfungsanspruch des Bundeshaushalts gemäß § 10 UWG, zu dessen Geltendmachung er berechtigt ist, beziffern zu können.

2.1. Der Kläger ist gemäß § 10 Abs. 1 UWG prozessführungsbefugt, weil er zu den Klageberechtigten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG gehört, nämlich eine qualifizierte Einrichtung ist, die in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragen ist.

2.3. Es ist allgemein anerkannt, dass mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB einhergeht (OLGR Stuttgart 2007, 408; OLGR Frankfurt GRUR-RR 2009, 265).

3. Nach § 10 Abs. 1 UWG entsteht der Gewinnabführungsanspruch gegen denjenigen, der eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt (a), wenn dies vorsätzlich geschieht (b) und er hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt (c). Diese Voraussetzungen liegen vor.

a) Gemäß § 3 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Eine Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG hat die Beklagte durch die Verwendung gemäß § 309 Nr. 5a und b BGB unwirksamer AGB in Bezug auf die Rücklastschriftpauschale und Einbeziehung der sich aus ihren Pauschalen ergebenden Beträge in die ihren Kunden erteilten Rechnungen unter Berufung auf ihre Preislisten begangen. Zu geschäftsähnlichen Handlungen gehört auch die Berufung des Verwenders unwirksamer AGB gegenüber dem Kunden auf seine AGB, um angebliche Rechte durchzusetzen (Köhler in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 30. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 14). Die Unlauterkeit ergibt sich aus § 4 Nr. 11 UWG, weil die Bestimmungen der §§ 307 bis 309 BGB Marktverhaltensregelungen darstellen (Köhler, a. a. O., § 1 UKlaG Rn. 14 und § 4 UWG Rn. 11.156a).

b) Die Beklagte hat den Verstoß auch vorsätzlich begangen. Vorsatz liegt nicht nur vor, wenn der Verwender weiß, dass er den Tatbestand des § 3 UWG verwirklicht, und dies auch will ("Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs"). Für § 10 UWG reicht bedingter Vorsatz aus (OLGR Stuttgart 2007, 408; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6). Es genügt daher, dass er die Verwirklichung für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHZ 133, 246, 250; OLG Frankfurt GRUR 2009, 265, 268; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., 37. Kap. § 10 UWG Rn. 6). Bedingt vorsätzlich handelt, wer sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist (vgl. [zum Vorsatz im Bereicherungsrecht] BGHZ 133, 246, 250 m.w.N.; zum Urheberrecht OLG Hamburg, Urteil v. 8. Februar 2006 - 5 U 78/05 - bei juris Rn. 65). Diese Voraussetzungen hat die Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni 2012, auf den allein sich das Auskunftsverlangen bezieht, erfüllt.

aa) Daran kann, soweit sie im streitgegenständlichen Zeitraum nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10. Oktober 2011 bis zur "unverzöglichen" Reduzierung der Pauschale auf 14,95 € noch für kurze Zeit eine Rücklastschriftpauschale von 20,95 € in ihre Preisliste eingestellt hatte, kein ernsthafter Zweifel bestehen.

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 15. September 2011 (Bl. 19 d. A.) wegen der Verwendung der Pauschale von 20,95 € abgemahnt und dazu geltend gemacht, dass in die Pauschale nur die Bankgebühren eingerechnet werden dürften. Alsdann hat er in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 28. September 2011 dazu detaillierte Angaben gemacht und unter Aufnahme der im Antwortschreiben der Beklagten vom 27. September 2011 angeführten Positionen in seine rechtliche Auseinandersetzung ergänzt, dass neben den Bankgebühren zwischen 3 € und max. 8,11 € durch eine Rücklastschrift allenfalls noch die realen Zusatzkosten in Höhe des Portos für eine ggf. erforderliche Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen der Lastschrift (0,55 €) und in Höhe der Materialaufwendungen für Papier, Briefumschlag und Druck für die Mitteilung (0,10 €) anfielen. Ferner hat er in der 10-seitigen Antragschrift ausführlich und zutreffend ausgeführt, dass die von der Beklagten angeführten Personalkosten nach der Rechtsprechung des BGH in NJW 2009, 3570 nicht in die Pauschale eingerechnet werden könnten, weil sie, wie in der zitierten BGH – Entscheidung, Folge der typischen Angebotsstruktur der Beklagten seien, da sie ihre Kunden mit Ziff. 5.4. ihrer AGB zwingen, am Lastschriftverfahren teilzunehmen, und sie dadurch eine Debitorenbuchhaltung weitgehend einsparen könne. Darüber hinaus seien die nach ihrer Einlassung vom 27. September 2011 in die Pauschale eingestellten Kosten der Boni-

tatsprüfung als Bestandteil eines üblichen, wirtschaftlich geführten Inkassosystems nicht erstattungsfähig.

Eventualvorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Verwender sein Handeln nach einer Abmahnung fortsetzt (OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 482; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6). Soweit die Beklagte meint, die Ausführungen in der Abmahnung zur Berechnung der Pauschale seien nicht substantiiert genug gewesen, kann dies dahinstehen, weil der Kläger auf die Rechtslage jedenfalls in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 17. September 2009 –Xa ZR 40/08 – ausführlich eingegangen ist.

Überdies war auf Antrag des Klägers mit Beschluss des Landgerichts Kiel vom 29. September 2011 – 17 O 200/11 – eine einstweilige Verfügung ergangen, mit der der Beklagten untersagt worden war, die streitgegenständliche Klausel zu verwenden, soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher ihr im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht. Darin war unter Aufnahme der Ausführungen des Klägers und Zitierung der vorgenannten BGH-Entscheidung ausgeführt, dass die Pauschale gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist. Spätestens ab Zustellung dieses Beschlusses durch den Gerichtsvollzieher am 10. Oktober 2011, dem die Antragsschrift beigelegt war, hatte die Beklagte Kenntnis von den Rechtsausführungen des Klägers und den landgerichtlichen Beschlussgründen und musste es für möglich halten, dass die Pauschale gemäß § 309 Abs. 1 Nr. 5a BGB unwirksam ist.

Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass die Beklagte dies auch tatsächlich für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat. Die Beklagte wusste, dass sie bei der Kalkulation der Pauschale folgende Posten berücksichtigt hatte: Bankgebühren 3 bis 8,11 €, für die Benachrichtigung des Kunden entstehende Brief-, Druck und Portokosten 0,40 €, Personalkosten 4,89 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 € und angeblich auch in diesem Rechtsstreit behaupteten entgangenen Gewinn von 18,02 €.

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH, wie sie oben im Einzelnen dargestellt worden ist, insbesondere aufgrund der Germanwings-Entscheidung des BGH vom 17. September 2009 – Xa ZR 40/08 – konnte die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt indes nicht mehr davon ausgehen, dass ihre Personalkosten bei der Pauschale berücksichtigungsfähig waren, weil sie, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, ihr Zahlungssystem auf eine Zahlungsweise durch Lastschrift aufgrund von Einziehungsermächtigung ausgerichtet hatte. Das Urteil des BGH

ist so eindeutig formuliert, dass ihm jeder durchschnittliche Jurist die Rechtsauffassung entnehmen kann, dass Personalkosten nicht als Rücklastschriftkosten erstattungsfähig sind, wenn das Zahlungssystem mit einem automatisierten Verfahren auf eine Teilnahme am Lastschriftverfahren ausgerichtet ist, mit der Folge der Einsparung von Personal für die Debitorenbuchhaltung.

Über die Entscheidung des BGH war in den Medien zeitnah und sogar in den Nachrichten berichtet worden. Die Entscheidung des BGH ist in den einschlägigen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht worden, etwa in NJW 2009, 3570, ZIP 2009, 2247, WRP 2009, 3570 und im BGH-Report 2009, 1237, ebenso in den einschlägigen Rechtsportalen im Internet, wie etwa juris oder beck-online. Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Beklagte, die als der größte Mobilfunkanbieter in Deutschland – ein Großunternehmen mit Milliardenumsatz – über eine eigene qualifiziert besetzte Rechtsabteilung verfügt, die Rechtsprechung beobachtet und für die eigenen Handlungsweisen auswertet und in diesem Zusammenhang auch Kenntnis von der Rechtsprechung des BGH in dem vorgenannten Urteil aus dem Jahre 2009 genommen hat – allerspätestens, nachdem der Kläger und das Landgericht Kiel die Entscheidung zitiert haben, und sie es ab Kenntnisnahme nach juristischer Beratung zumindest für rechtlich möglich gehalten hat, dass die Personalkosten in der Rücklastschrittpauschale nicht berücksichtigungsfähig sein könnten.

Für den Senat steht weiter außer Zweifel, dass ihr aufgrund der eindeutigen Rechtslage, wie sie zu I. ausgeführt ist, auch bewusst war, dass ihr aufgrund der Rücklastschrift kein Gewinn entging, weil ein solcher entgangener Gewinn die Folge ihrer eigenen Entscheidung war, den Kunden zu sperren, und ihr selbstverständlich bestens bekannt war, dass der Kunde nach der Lastschriftabrede vertraglich nicht verpflichtet war, einen bestimmten Umsatz zu erwirtschaften. Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sie nach der Abmahnung in ihrem Antwortschreiben vom 27. September 2011 (Anlage K 11, Bl. 24 der Beiakte 17 O 211/11 LG Kiel) entgangenen Gewinn als einen Schadensposten auch gar nicht angeführt hat, wie es nahegelegen hätte, wenn sie von der Berücksichtigungsfähigkeit dieser Position ausgegangen wäre.

Es ergibt sich weiter daraus, dass sie entgangenen Gewinn in Höhe von 18,02 €, den sie in diesem Rechtsstreit als einen angeblich berücksichtigten Schadensposten bei der Ermittlung der Pauschale behauptet, in Wahrheit in der Pauschale auch gar nicht zugrunde gelegt hat. Unter Einrechnung dieses Postens würde sich nämlich – ausgehend von dem Mittelwert der Bankgebühren von 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, behaupteten Personalkosten 4,89 €, IT-Kosten 0,39 € und angesetzten Refinanzierungskosten von 2,63 € - ein Pauschale von 32,20 € und nicht nur ein Betrag von 20,95 € ergeben. Auf

der Grundlage der Maximalgebühren von 8,11 € (statt 5,87 €) und der nunmehr von ihr angeführten Kosten der Benachrichtigung von 1,50 € (statt 0,40 €) würde sich sogar ein Gesamtbetrag von 35,74 € errechnen. Es ist fernliegend, dass sie eine Pauschale von "nur" 20,95 € erhoben hätte, wenn sie der Rechtsauffassung gewesen wäre 32,20 €, wenn nicht sogar 37,74 € bei der Berechnung der Pauschale zugrundelegen zu dürfen. Dies lässt den Schluss zu, dass es sich bei dem Schadensposten entgangener Gewinn von 18,02 € um ein nachträgliches rechtliches Konstrukt handelt, von dessen Berücksichtigungsfähigkeit sie im fraglichen Zeitraum selbst nicht ausgegangen ist.

Die ohne die Personalkosten und den entgangenen Gewinn verbleibenden Positionen ergeben zusammen – unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt erstattungsfähig sind - aber nur einen Betrag von unter 10 € (Mittelwert Bankgebühren 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 €, zusammen 9,29 €).

Spätestens aufgrund Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10. Oktober 2011 und des Antrags auf einstweilige Verfügung, in denen die Entscheidung des BGH NJW 2009, 3570 zitiert worden ist, konnte die Beklagte sich der Einsicht, dass die Pauschale von 20,95 € gemäß § 309 Nr. 5 a BGB möglicherweise unwirksam war, weil auch in ihrem Fall die Grundsätze, die der BGH in der Germanwings-Entscheidung zur den Personalkosten aufgestellt hatte, anwendbar sein könnten, nicht mehr verschließen.

Am Bestehen des Vorsatzes ab dem streitgegenständlichen Zeitraum ab 10. Oktober 2011 kann auch deshalb kein Zweifel bestehen, weil ihr die Unwirksamkeit der Pauschale senatsbekannt auch schon vor Zustellung der einstweiligen Verfügung anderweitig durch einen anderen Verbraucherschutzverein nachdrücklich vor Augen gehalten worden war.

Mit Schreiben vom 11. August 2011 und 8. September 2011 hatte nämlich die Verbraucherzentrale Berlin e. V. die Beklagte wegen der Rücklastschriftpauschale von 20,95 € abgemahnt und alsdann in dem Rechtsstreit 5 O 229/11 vor dem Landgericht Kiel verklagt, die Verwendung der Pauschale in dieser Höhe zu unterlassen (2 U 3/12 des Senats). Die Klage war der Beklagten am 13. Oktober 2011 – nur 3 Tage nach Zustellung der auf Antrag des hiesigen Klägers erwirkten einstweiligen Verfügung – zugestellt worden.

Ferner hatte senatsbekannt der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. in Berlin die Tochtergesellschaft der Beklagten, die k. GmbH, unmittelbar nach der Germanwings-Entscheidung des BGH mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 u.

a. wegen Verwendung einer Rücklastschriftpauschale von 19,95 € abgemahnt und am 15. September 2010 gegen sie Klage beim Landgericht Kiel erhoben. Mit Versäumnisurteil des Landgerichts Kiel vom 25. Oktober 2010 - 18 O 243/10 – war die k. GmbH antragsgemäß zur Unterlassung u. a. der Verwendung der Rücklastschriftpauschale von 19,85 € verurteilt worden. Auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 2011 hatte das Landgericht Kiel durch am 17. März 2011 verkündetes Urteil das Versäumnisurteil aufrechterhalten (vgl. dazu im Einzelnen den Tatbestand des Senatsurteils vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 - ). Die zur Begründung der Rücklastschriftpauschale geltend gemachten Positionen und Rechtsfragen waren mit denen des vorliegenden Rechtsstreits identisch. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte, die unter derselben Anschrift in Büdelsdorf firmiert wie die k., und die die Cent genaue Übereinstimmung der Höhe der Personalkosten von 4,89 € mit den von der k. in dem genannten Rechtsstreit angeführten Personalkosten von ebenfalls 4,89 € damit begründet, dass sie für die k. die Rücklastschriften mit ihrem Personal bearbeitet habe, dies alles zur Kenntnis genommen hat. Alles andere wäre lebensfremd. Die Beklagte konnte nicht ernsthaft annehmen, dass ihre Rücklastschriftpauschale von 20,95 € wirksam war, wenn ihre Tochtergesellschaft k. sogar zur Unterlassung der Verwendung einer niedrigeren Pauschale von "nur" 19,95 € verurteilt worden war. Letztlich kommt es auf den Prozess gegen die k. für den Vorsatz der Beklagten aber nicht einmal entscheidend an, weil schon die an sie persönlich gerichteten Abmahnungen und Gerichtsverfahren für sich genommen ausreichen, um jedenfalls ihren Eventualvorsatz anzunehmen.

Durch die Weiterverwendung des Preisverzeichnisses mit einer Pauschale von 20,95 € auch noch einige Zeit nach Zustellung der einstweiligen Verfügung, mag die Zeitspanne auch nur kurz gewesen sein, weil die Beklagte unverzüglich die Pauschale reduziert hat, hat sie es billigend in Kauf genommen, dass sie eine unwirksame Pauschale erhob.

bb) Das gilt auch, soweit sie die Pauschale alsbald nach Zustellung der einstweiligen Verfügung auf 14,95 € reduziert hat. Es kann auf Grund der vorstehenden Ausführungen ohne Weiteres zugrunde gelegt werden, dass sie es für möglich hielt, dass die Senkung der Pauschale auf diesen Betrag bei Weitem nicht ausreichte, um nur den Schaden nach § 309 Nr. 5a BGB abzudecken, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten ist, und sie dies zur Maximierung ihres Gewinn in unlauterer Weise gleichwohl billigend in Kauf genommen hat.

Denn wie bereits ausgeführt, ergeben die verbleibenden Positionen – ohne die Personalkosten und den durch die Sperrung der Kunden angeblich entgangenen Gewinn – nur einen Betrag von unter 10 €.



Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Beschlusstenor des Landgerichts Kiel – 17 O 200/11 - vom 29. September 2011 zu unbestimmt gewesen sei, weil ihr untersagt worden ist, die Klausel zu verwenden, soweit in der Preisliste eine Schadenspauschale von 20,95 € "oder ein anderer Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher der Antragsgegnerin im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht". Denn der Gewinnabschöpfungsanspruch setzt nicht voraus, dass gegen den Verwender unwirksamer AGB ein vollstreckungsfähiger Titel in der Hauptsache oder im Wege einer einstweiligen Verfügung ergangen ist. Entscheidend ist allein, dass die Beklagte die Germanwings-Entscheidung des BGH kannte und nicht die Augen davor verschließen konnte, dass die dort aufgestellten Grundsätze auch in ihrem Fall Anwendung finden konnten. Das war ihr, wie ausgeführt, nicht nur durch die Abmahnung des Klägers vom 5. September 2011 und den Beschluss des Landgerichts vom 29. September 2011 in dem Verfügungsverfahren 17 O 200/11, in dem das BGH-Urteil zitiert worden war, sondern auch durch die genannte Abmahnung der Verbraucherzentrale Berlin und deren Klage gegen sie im Rechtsstreit 5 O 229/11 LG Kiel (2 U 3/12) durch die rechtlichen Erörterungen der Prozessbevollmächtigten der Verbraucherschutzverbände senatsbekannt nachhaltig vor Augen geführt worden, ebenso, dass die Position entgangener Gewinn nicht berücksichtigungsfähig war, die sie – wie ausgeführt – in der Realität ohnehin nicht angesetzt hatte.

Wenn sie die Pauschale gleichwohl nur auf 14,95 € herabsetzte, muss sie sich vorwerfen lassen, vor den die Unlauterkeit ihres Verhaltens begründeten Tatsachen wider besseres Wissen die Augen verschlossen zu haben.

cc) Aus den genannten Gründen hat die Beklagte auch vorsätzlich gehandelt, soweit sie seit dem 24. Januar 2012 in ihrer Preisliste für die Rücklastschriftpauschale einen Betrag von 10 € festgelegt und sich hierauf gegenüber Verbrauchern berufen hat.

Vor diesem Hintergrund kann sich die Beklagte auch nicht darauf zurückziehen, sie habe dies für zulässig erachtet, weil ihr mit dem im einstweiligen Verfügungsverfahren am 23. Januar 2012 zugestellten Urteil nur untersagt worden ist, die Klausel zu verwenden, soweit in ihrer Preisliste ein Betrag von 20,95 € oder ein 10 € *übersteigender* Betrag festgelegt worden ist. Ihr war bekannt, dass der Kläger durchweg die Auffassung vertreten hatte, dass ihr nur eine Pauschale von deutlich unter 10 € zustand. Es lag auf der Hand, dass die Bezeichnung eines Betrags von über 10 € in dem bis dahin unbestimmten Antrag nur den prozessualen Besonderheiten des Verfügungsverfahrens geschuldet war. Auf die Ausführung zu I. 1. c) wird insoweit Bezug genommen.

Die Beklagte musste unabhängig vom Antragsprogramm des Klägers die Grenzen des § 309 Nr. 5a BGB selbst prüfen, und der Senat hat keinen Zweifel, dass sie dies auch getan hat.

Wie ausgeführt ergeben die ohne die Personalkosten und den entgangenen Gewinn verbleibenden Positionen zusammen – unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt erstattungsfähig sind - nur einen Betrag von unter 10 € (Mittelwert Bankgebühren 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 €, zusammen 9,29 €).

Anderes ergibt sich zugunsten der Beklagten nicht daraus, dass sie im vorliegenden Rechtsstreit mit der Anschlussberufung in ihr Rechenwerk Bankgebühren nicht nur mit dem errechneten Mittelwert, sondern in Höhe von 8,11 € eingestellt wissen will. Unwirksam ist nach dem klaren Wortlaut des § 309 Nr. 5a BGB eine Pauschale, die in den geregelten Fällen den "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge" zu erwartenden Schaden übersteigt. Angesichts des eindeutigen Wortlauts konnte die Beklagte in Bezug auf die Bankgebühren offenkundig nicht mit den Maximalgebühren als worst-case-Szenario operieren. Es kann zugrundegelegt werden, dass ihr aufgrund entsprechender Beratung ihrer Rechtsabteilung und ihres Prozessbevollmächtigten auch bewusst war, dass sich der durchschnittliche Schaden nicht anhand der höchstmöglichen Schadenspositionen als worst-case-Szenario berechnen ließ, und sie es nach entsprechender rechtlicher Beratung jedenfalls für möglich gehalten hat, dass die Pauschale von 10 € unwirksam sein könnte. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten ist dem Vortrag des Klägers, die Beklagte entsprechend beraten zu haben, auch gar nicht entgegen getreten.

Es kommt hinzu, dass der Kläger schon vor Reduzierung der Schadenspauschale auf 10 € in seiner Abmahnung vom 8. September 2011 und ausführlich im Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 28. September 2011 und in der Klagschrift vom 17. November 2011, der Beklagten zugestellt am 13. Dezember 2011, unter Zitierung und Subsumtion der Germanwings-Entscheidung ausgeführt hatte, dass der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende ersatzfähige Schaden unter 10 € liege. Dies alles war der Beklagten, als sie die Pauschale ab dem 24. Januar 2012 nur um 1 Cent niedriger ansetzte, als der Urteilstenor im Verfügungsverfahren lautete, bestens bekannt. Sie musste deshalb damit rechnen, dass die Herabsetzung, gemessen an § 309 Nr. 5a BGB, nicht weit genug war. Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass sie dies im streitgegenständlichen Auskunftszeitraum vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni 2012 für möglich gehalten und bewusst in Kauf genommen hat.

Für die Zeit ab Klageerweiterung gemäß Schriftsatz vom 28. März 2012 (Bl. 56 d. A.) am 3. April 2012 (Bl. 73 d. A.), mit der primär die Unterlassung der Verwendung der Klausel begehrt worden ist, soweit in der gültigen Preisliste eine Rücklastschriftpauschale von 10 € festgelegt ist, ist dies ohnehin offensichtlich.

Der bedingte Vorsatz wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Landgericht Kiel in dem Urteil vom 27. Juli 2012 eine Pauschale von "etwas mehr als 10 €" für gerechtfertigt gehalten hat. Es handelt sich um das Urteil einer Einzelrichterin, so dass die Kollegialgerichtsregel ohnehin nicht greift. Im Übrigen bezieht sich der Zeitraum, für den Auskunft begehrt wird, auf die davor liegende Zeit von der Zustellung des Urteils im Verfügungsverfahren am 10. Oktober 2011 bis zur mündlichen Verhandlung im Hauptsacheverfahren im ersten Rechtszug am 27. Juni 2012. In diesem Zeitraum war der Beklagten das unter Missachtung der Regeln des prozessualen Beweisrechts ergangene Urteil vom 27. Juli 2012 indes noch gar nicht bekannt und konnte ihnen aus den aufgezeigten Gründen zugrunde zu legenden Eventualvorsatz zur Unwirksamkeit der Pauschale von 10 € nicht zu ihrem Vorteil beeinflussen.

c) Dass die Beklagte einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Kunden (Abnehmer) erzielt hat, ist bei der vorliegenden Fallgestaltung unzweifelhaft. Ihnen gegenüber erfolgte die Verwendung und Berufung auf unwirksame AGB, mit der Folge, dass die Beklagte, soweit die Kunden den Betrag der unwirksamen Rücklastschriftpauschale bezahlt haben, einen Gewinn erzielt hat. Dies erfolgte auf Kosten ihrer Kunden, die in Höhe der bezahlten Pauschale eine Vermögenseinbuße erlitten haben, weil die Pauschale gemäß § 309 Nr. 5 BGB unwirksam war, so dass für die Kunden mit der Zahlung kein Vermögensvorteil durch Befreiung von einer bestehenden Verbindlichkeit für sie verbunden war.

Soweit die Beklagte geltend macht, dass sie intern so organisiert sei, dass es ausgeschlossen sei, dass nach der Reduzierung der Rücklastschriftgebühr von zunächst 20,95 € über 14,95 € auf 10 € bei einem Rücklastschriftfall noch die jeweils höhere Rücklastschriftpauschale in Rechnung gestellt wird, verkennt diese Argumentation, dass auch die jeweils niedrigere Pauschale gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist und nicht in Rechnung gestellt werden durfte. Aus dem eigenen Vortrag der Beklagten ergibt sich im Umkehrschluss, dass sie nach der jeweiligen Reduzierung der Pauschale bei einem Rücklastschriftfall aber jedenfalls die niedrigere Pauschale berechnet hat, die abzuschöpfen ist.

Der Kläger kann auch die Aufnahme des Betrags von 20,95 € in den Tenor des Auskunftsausspruchs verlangen, weil es naheliegend ist, dass die Beklagte diesen Betrag auch nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10. Oktober 2011 aufgrund zuvor verschickter Rechnungen noch erhalten und vereinnahmt

hat. Auch die Vereinnahmung dieses höheren Betrags aufgrund früherer Rechnungen unterliegt indes der Abschöpfung.

Im Übrigen hat die Beklagte auch nur vorgetragen, dass sie die Pauschale in Höhe von 20,95 € "unverzüglich" nach Zustellung der einstweiligen Verfügung, die am 10. Oktober 2011 erfolgt ist, gesenkt habe. Dass dies noch am 10. Oktober 2011 oder am darauf folgenden Tag geschehen ist, hat sie nicht vorgetragen und eine entsprechende Preisliste auch nicht vorlegt. Dies ergibt sich auch nicht aus dem angefochtenen Urteil. Aus diesem Grunde ist realistischer Weise von einer Umstellung erst kurz nach dem 10. Oktober 2011 auszugehen, mag die Umstellung auch alsbald ohne schuldhaftes Verzögern erfolgt sein. Dieser Rückschluss ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Beklagte bezüglich der erneuten Reduzierung der Pauschale von 14,95 € auf 10 € wiederholt ausdrücklich betont hat, dass sie die Pauschale bereits einen Tag nach Zustellung des Urteils vom 11. Januar 2012, die am 23. Januar 2012 durch den Gerichtsvollzieher erfolgt ist, reduziert habe, während sie Derartiges für die erste Reduzierung selbst nicht behauptet. Auch aus diesem Grunde ist der Betrag von 20,95 € in den Urteilstenor aufzunehmen.

4. Wegen der Zahlungsstufe der Stufenklage ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif, weil über die Stufen einer Stufenklage nur nacheinander entschieden werden darf. Die Auskunft ist gerade Voraussetzung dafür, dass der Kläger seinen Zahlungsantrag konkretisieren kann. Insoweit ist der Rechtsstreit auf den Antrag des Klägers in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen, das dann zu gegebener Zeit über die Zahlungsstufe zu entscheiden hat.

Für den hier gegebenen Fall der vollständigen Abweisung einer Stufenklage durch das erstinstanzliche Gericht ist anerkannt, dass das Berufungsgericht bei Bejahung des Anspruchs auf Auskunft den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Folgestufen an die erste Instanz in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 4 ZPO zurückverweisen darf, um den Parteien nicht eine Tatsacheninstanz zu nehmen (BGH NJW 1985, 862; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteile vom 9. Oktober 2007 – 3 U 48/06 -; 13. April 2004 – 3 U 19/02 -; 16. Oktober 2001 – 3 U 144/00 -; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 538 Rn. 48).

5. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst; sie hat im Schlussurteil zu ergehen.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 ZPO. Bei der Bemessung der Sicherheitsleistung hat der Senat berück-

sichtigt, dass vor dem Hintergrund, dass die Beklagte ein Großunternehmen mit Milliardenumsatz und einer entsprechenden Vielzahl von Kunden ist, auch mit einer ganz erheblichen Zahl von Rücklastschriften zu rechnen ist. Die Auskunftserteilung und Rechnungslegung, bei der nach den verschiedenen Rücklastschriftpauschalen zu differenzieren ist und die einen Zeitraum von immerhin 8 ½ Monaten erfasst, wird deshalb einen ganz erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursachen. Zur Erfüllung des Auskunftsurteils wird die Zuziehung von Fachkräften wie Buchhaltern und insbesondere auch eines Wirtschaftsprüfers mit entsprechenden hohen Kosten erforderlich sein.

Weiter war zu berücksichtigen, dass auch der Unterlassungsausspruch zu 1. angesichts der Vielzahl von Rücklastschriften, die aufgrund des hohen Kundenstamms zu erwarten sind, von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Beklagte ist und bei einer etwaigen Vollstreckung des Urteilstenors zu 1.) aufgrund des erheblichen Firmenwerts der Beklagten mit Ordnungsgeldern von ganz erheblicher Höhe zu rechnen ist.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO bestehen nicht. Das gilt insbesondere auch für die Frage der Darlegungs- und Beweislast, die vom BGH bislang offen gelassen worden ist, weil vorliegend beide dazu vertretenen Auffassungen zum selben Ergebnis führen. Die Frage, inwieweit Personalkosten für die Bearbeitung von Rücklastschriften erstattungsfähig sind, wenn das Zahlungssystem auf das Lastschriftverfahren ausgelegt ist, ist höchstrichterlich bereits geklärt. Die Zulassung ist auch nicht wegen des Gewinnabschöpfungsanspruchs veranlasst, weil dieser auf einer Tatsachenwürdigung des Einzelfalls beruht, die nicht für andere Verfahren grundsätzliche Bedeutung hat.