

LG Heidelberg, Urt. v. 28.8.2019, 12 O 25/19 KfH

Entscheidungsgründe

Hinsichtlich des anerkannten Unterlassungsantrags abgekürzt nach § 313a ZPO.

1. Die Klägerin hat Anspruch auf Erstattung der für die Abmahnung angefallenen Rechtsanwaltskosten gemäß § 9 UWG und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

a) Der Anspruch besteht dem Grunde nach.

aa) Die beanstandete Äußerung in der Internetwerbung des Beklagten stellte einen Wettbewerbsverstoß dar, sodass ein Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG bestand, den der Beklagte anerkennt. Die Abmahnung war damit im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG berechtigt.

bb) Dem kann der Beklagte nicht entgegenhalten, die Abmahnung sei unwirksam, weil sie nicht den Hinweis enthalte, dass gerichtlich vorgegangen werde, wenn er die Unterlassungserklärung nicht (fristgerecht) abgebe.

Zwar muss die Abmahnung wirksam und erforderlich sein, um dem Unterlassungsschuldner einen Weg zu weisen, den Unterlassungsgläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen (BGH, Urt. v. 12.05.2016, I ZR 1/15, Rn. 20, juris). Dafür ist aber entgegen der Ansicht des Beklagten kein (ausdrücklicher) Hinweis auf ein etwaiges gerichtliches Vorgehen nötig.

Die für die Notwendigkeit einer solchen Ankündigung häufig zitierte Entscheidung des OLG München (OLG München, B. v. 19.01.1981, 6 W 2676/80, WRP 1981, 601) fordert nur, dass die Abmahnung dem "Verwarnten klarmacht", dass der Verwarner gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen werde, wenn die verlangte Unterlassungserklärung nicht binnen bestimmter Frist abgegeben wird. Auch die gleichfalls häufiger angeführte Kommentierung Bornkamms (in: Baumbach/Hefermehl, UWG, 36. Aufl., § 12 Rdnr. 1.23) verlangt keinen ausdrücklichen Hinweis, sondern nur, dass sich der Wille, notfalls gerichtlich vorzugehen, aus den Umständen ergebe. Hierfür werden als Beispiel die Abmahnung durch einen vom Verwarner beauftragten Rechtsanwalt genannt und der Umstand, dass der Schuldner auf Grund seiner geschäftlichen Erfahrung weiß, was geschieht, wenn er die geforderte Erklärung nicht abgibt (vgl. KG, B. v. 24.05.2005, 5 W 70/05, NJW 2005, 2239). Die Kommentierung Hergets in (Zöller, ZPO, 32. Aufl. § 93 Rn. 6 "Wettbewerbsrecht") geht nicht darauf ein, dass gerichtliche Schritte angekündigt sein müssten.

Der Bundesgerichtshof führt aus, dass der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten voraussetze, dass die Abmahnung dem Interesse des Abgemahnten entspreche. Hieraus ergebe sich, dass Form und Inhalt der Abmahnung den Zweck erfüllen müssten, eine

Befriedigung des Gläubigers ohne Prozess herbeizuführen (BGH, Urt. v. 11.06.2015, I ZR 7/14, Rn. 57, juris). Daher müsse die Verletzungshandlung konkret angegeben werden, damit der Schuldner erkennen könne, was ihm in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vorgeworfen werde. Blieben Zweifel am Vorliegen einer Rechtsverletzung oder an der Aktivlegitimation des Abmahnenden, sei der Abgemahnte nach Treu und Glauben gehalten, den Abmahnenden auf diese Zweifel hinzuweisen (BGH, Urt. v. 11.06.2015, I ZR 7/14, Rn. 57, juris). Ein Hinweis auf die Ankündigung gerichtlicher Schritte wird nicht gefordert (vgl. auch BGH, Urt. v. 12.05.2016 - I ZR 1/15 Rn. 20, 24).

Beim BFH heißt es: Mit der Abmahnung erhält der Abgemahnte nicht nur die Gelegenheit, möglichst kostengünstig Geldansprüche des Abmahnenden zu befriedigen, sondern ihm werden (möglicherweise erstmals) der Rechtsverstoß zur Kenntnis gebracht und --durch die konkrete Bezeichnung des verletzten Rechts und dem Nachweis der Berechtigung des Rechteinhabers-- die notwendigen Informationen gegeben, um durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung den (nicht auf Geld gerichteten) Unterlassungsanspruch zu erfüllen. Dementsprechend handelt es sich nur bei Erfüllung dieser Mindestvoraussetzungen um eine berechnete Abmahnung, die einen Kostenersatzanspruch auslöst (BFH, Urt. v. 13.02.2019, XI R 1/17, BFHE 263, 560, Rn. 31). Auch hier wird kein Hinweis auf ein geplantes gerichtliches Vorgehen verlangt.

§ 97a Abs. 2 UrhG normiert für die dort erfassten Urheberrechtsverstöße die Voraussetzungen für eine wirksame Abmahnung, die einen Kostenersatz rechtfertigt. Ein Hinweis darauf, dass nachfolgend gerichtliche Schritte eingeleitet werden, wird nicht gefordert.

Schließlich muss auch eine Mahnung nach § 286 BGB keinen Hinweis auf ein nachfolgendes gerichtliches Vorgehen enthalten.

cc) Selbst wenn man aber mit Bornkamm annähme, dass sich der Wille, notfalls gerichtlich vorzugehen, aus den Umständen ergeben muss, lagen solche Umstände hier vor. Die Abmahnung erfolgte durch einen hierfür beauftragten Rechtsanwalt. Die ursprünglich in einer Gemeinschaftspraxis verbundenen Ärzte sind zerstritten. Sie hatten oder haben ihre Berufstätigkeit, die Anmietung von Räumen und die Nutzung von Geräten auch über Gesellschaften organisiert (...), in denen ihre Ehefrauen, Dr. C. und Dr. D., in unterschiedlichen Konstellationen (mittelbar) Geschäftsführerinnen sind oder waren. Unter Einrechnung der Streitigkeiten unter Beteiligung dieser Gesellschaften sind beim hiesigen Gericht seit 2015 17 Verfahren anhängig gewesen oder noch anhängig, die im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der beteiligten Ärzte Dr. C. und Dr. B. stehen. Die Abmahnung nimmt insoweit auf zwei derzeit vor dem Oberlandesgericht anhängige wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten 6 U 26/19 (LG Heidelberg 11 O 2/19 und 11 O 4/19) zwischen der Klägerin und einer Gesellschaft Bezug, in der die Ehefrau des Beklagten Geschäftsführerin ist und sich in der Berufungsinstanz darauf beruft, der Wettbewerbsverstoß sei nicht von der beklagten Gesellschaft, sondern von dem Beklagten begangen. Durch diesen Hinweis im Text der Abmahnung musste dem Beklagten bewusst sein, dass die Klägerin gerichtliche Maßnahmen zur Durchsetzung ihrer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche nicht nur gegen seine Ehefrau, sondern auch ihn ergreifen würde. Der Beklagte war auch in gleicher Parteikonstellation Beklagter im wettbewerbsrechtlichen Rechtsstreit LG Heidelberg 2 O 28/16. Dass wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche von der Klägerin auch gegen ihn persönlich eingeklagt werden, war ihm also bekannt. Wenn der Beklagte meint, er habe darauf vertrauen dürfen, die Ombudsstelle der Landesärztekammer werde angerufen, nicht aber die Gerichte, geht das an

der Prozesshistorie der beteiligten Ärzte ebenso vorbei, wie an dem auf gerichtliche Auseinandersetzungen bezogenen Text der Abmahnung. Der Beklagte hat zudem angekündigt wegen einer Gegenabmahnung Klage erheben zu wollen. Die Anrufung der Ombudsstelle ist damit offensichtlich auch für ihn keine Option, seine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche zu klären.

Der Beklagte meint zwar, es bedürfe einer neuen Abmahnung, wenn statt Werbung im Internet nun eine Werbung in Printmedien angegriffen werden solle. Das kann aber dahinstehen, denn vorliegend ist der wettbewerbswidrige Sachverhalt korrekt dargestellt. Die Beklagte stört sich nur daran, dass ihrer Meinung nach nicht hinreichend auf etwaige nachfolgende gerichtliche Schritte hingewiesen sei.

Hinzu kommt, dass der Beklagte die Abmahnung nicht zur Kenntnis nahm. Ihr Inhalt war ihm vorgerichtlich gleichgültig. Die Androhung gerichtlicher Schritte in einer Abmahnung hat allein den Zweck, dem Schuldner deutlich zu machen, dass es der Gläubiger ernst meint (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm, 37. Aufl. 2019, UWG § 12 Rn. 1.24). Wer ohnehin erst nach Klageerhebung zur Kenntnis nehmen will, was der Verletzte schreibt, kann sich auf ein Fehlen eines solchen Hinweises, zumindest nach § 242 BGB, nicht berufen. Dem kann der Beklagte auch nicht entgegenhalten, eine Zugangsvereitelung führe regelmäßig zu einer Zugangsfiktion. Er dürfe daher nicht schlechter stehen als jemand, der die Abmahnung lese und dann untätig bleibe. Dies verkennt, dass die Zugangsfiktion zulasten des Verweigerers gilt, aber nicht hindert, sein untätiges Verhalten eigenständig zu würdigen. Zudem muss ein - wie hier - zurecht Abgemahnter die Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer Unterlassungserklärung beseitigen. Dann wären die Kosten des Rechtsstreits für den Unterlassungsanspruch aber nicht entstanden.

Es kann daher dahinstehen, ob angesichts der Anzahl der Streitigkeiten aus der Berufstätigkeit der beiden Ärzte Dr. C. und Dr. B., in denen auch die Ehefrau des Beklagten an sie gerichtete Abmahnungen nach dem Klägervortrag nicht entgegennimmt oder nach Einwurf eines Benachrichtigungszettels nicht abholt, eine Abmahnung auch des Beklagten entbehrlich war. Ebenso kann dahinstehen, ob aus einer solchen Entbehrlichkeit geschlossen werden könnte, dass es unschädlich ist, wenn eine gegebenenfalls im Hinblick auf eine Ankündigung gerichtlichen Vorgehens unvollständige zugesendet wurde.

dd) Der Anspruch ergibt sich auch aus Schadensersatzrechtlichen Gesichtspunkten (§ 9 UWG, § 249 BGB). Der Wettbewerber ist in seinen Rechten verletzt und kann nach § 9 UWG Schadensersatz verlangen. Nach § 249 BGB gehören zu diesem auch Rechtsverfolgungskosten, deren Aufwendung er für nötig erachten durfte. Zu ihnen zählt bei einem rechtsungewandten Arzt, der durch einen Wettbewerbsverstoß eines Mitbewerbers in seinen Rechten verletzt ist, die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe für eine Abmahnung, da nicht erwartet werden kann, dass er die rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverstoß ohne anwaltliche Beratung bewältigt. Dieses vorgerichtliche Vorgehen muss er auch beschreiten, um zu vermeiden, dass er nach einem sofortigen Anerkenntnis des Beklagten im Prozess gemäß § 93 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat.

Dem von ihm mit der Abmahnung beauftragten Rechtsanwalt steht sein Honorar aber auch dann ungeschmälert zu, wenn er eine Abmahnung verfasst, in der ein unter anderem notwendiger Hinweis fehlt. Der Auftraggeber eines Rechtsanwalts kann nämlich den aus dem

Anwaltsdienstvertrag (§§ 611, 675 BGB) herrührenden anwaltlichen Vergütungsanspruch mangels im Dienstvertragsrecht enthaltener Gewährleistungsvorschriften nicht kraft Gesetzes wegen mangelhafter Dienstleistung kürzen (BGH, Urt. v. 15.07.2004, IX ZR 256/03, NJW 2004, 2817). Der Rechtsanwalt kann also trotz Schlechterfüllung eines Anwaltsdienstvertrages grundsätzlich die ihm geschuldeten Gebühren verlangen. Der Geschädigte darf ihre Bezahlung dann auch als notwendig ansehen und vom Geschädigten ersetzt verlangen.

b) Der Anspruch besteht auch in geltend gemachter Höhe.

Für die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG dem Anspruchsteller obliegende Abmahnung können regelmäßig auch die Kosten eines Rechtsanwalts nach dem RVG erstattet verlangt werden. Der Geschäftswert der Abmahnung richtet sich nach der Höhe des für die Gerichtskosten geltenden Wertes der Hauptsache (§ 23 Abs. 1 Satz 3 RVG, § 12 Abs. 1 GKG; § 3 ZPO). Nach § 51 Abs. 2 UWG ist in Verfahren über Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Die Parteien sind in der mündlichen Verhandlung zuletzt einvernehmlich von einem Streitwert in Höhe von 20.000 € für den Unterlassungsantrag ausgegangen.

Die Erstattung von Anwaltskosten kann der Gläubiger im Ausgangspunkt zwar nur verlangen, wenn er die Rechnung des Anwalts bereits beglichen ist, was vorgetragen werden muss, aber vorliegend nicht dargelegt ist. Ein zuvor bestehender diesbezüglicher Anspruch auf Freistellung wandelt sich jedoch gemäß § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 und 2 BGB in einen Zahlungsanspruch um, wenn der Schuldner die Erfüllung dieses Anspruchs im Sinne des § 281 Abs. 2 BGB ernsthaft und endgültig verweigert. Dies war mit Zugang der Klageerwidmung bei der Klägerin der Fall.

c) Dem Beklagten steht entgegen seiner Ansicht hinsichtlich der Abmahnkosten kein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 273 BGB zu, weil die Klägerin ihm keine § 14 UStG gemäße Rechnung erteilt habe.

Im Ausgangspunkt geht der Beklagte zurecht davon aus, dass, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Rechnung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 UStG besteht, der Leistungsempfänger das von ihm geschuldete Entgelt grundsätzlich nach § 273 Abs. 1 BGB zurückhalten kann, bis der Leistende ihm die Rechnung erteilt (BGH, Urt. V. 27.10.2011, I ZR 125/10, GRUR 2012, 711 Rn. 44 - Barmen Live). Ein Anspruch auf Erteilung einer § 14 UStG entsprechenden Rechnung besteht vorliegend aber nicht.

aa) Die Kammer vertritt die von der Rechtsprechung des BFH abweichende Ansicht, dass die Kosten der (Ab-)Mahnung vorliegend kein steuerbarer Umsatz im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG darstellen.

Gemäß dieser Vorschrift unterliegen der Umsatzsteuer die Umsätze, die aus Lieferungen und sonstigen Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, stammen, wobei die Steuerbarkeit nicht deshalb entfällt, weil der

Umsatz auf Grund gesetzlicher Anordnung ausgeführt wird. Gemäß § 4 Nr. 14 UStG sind Heilbehandlungen im Bereich der Humanmedizin, die im Rahmen der Ausübung der Tätigkeit als Augenarzt durchgeführt werden, wie sie die beiden Parteien erbringen, steuerfrei.

Der BFH hat für Abmahnungsgesellschaften (BFH, Urt. v. 16.01.2003, V R 92/01, BFHE 201, 339, BStBl II 2003, 732) und für Wettbewerber (BFH, Urt. v. 21.12.2016, XI R 27/14, BFHE 257, 154), die bereits zuvor umsatzsteuerpflichtige Unternehmer waren, entschieden, dass Zahlungen, die an einen Unternehmer als Aufwendersersatz aufgrund von Abmahnungen zur Durchsetzung seines Unterlassungsanspruchs geleistet werden, umsatzsteuerrechtlich als Entgelt im Rahmen eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustauschs zwischen dem Unternehmer und den von ihm abgemahnten Rechtsverletzern zu qualifizieren seien. Auf welche zivilrechtliche Grundlage der Zahlungsanspruch gestützt sei, spiele für die Frage, ob ein Leistungsaustausch im umsatzsteuerrechtlichen Sinne vorliege, keine Rolle. Denn eine Leistung gegen Entgelt liege regelmäßig schon dann vor, wenn der Leistende im Auftrag des Leistungsempfängers für diesen eine Aufgabe übernehme und insoweit gegen Aufwendersersatz tätig werde. Dasselbe gelte, wenn ein Unternehmer für einen anderen als Geschäftsführer ohne Auftrag tätig werde und von ihm nach § 683 BGB den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen könne. So aber verhalte es sich bei der Abmahnung. Zweck der Abmahnung sei nämlich in erster Linie die Beseitigung und Unterlassung der Verletzungshandlung (BT-Drucks 17/13057, 11). Eine berechtigte Abmahnung, in der die konkreten Verletzungshandlungen und die Sachbefugnis des Abmahnenden dargelegt würden, diene dahingehend dem objektiven Interesse und mutmaßlichen Willen des Verletzers, als der Rechteinhaber, der zunächst abmahnt, statt sofort Klage zu erheben oder einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu stellen, dem Verletzer damit die Möglichkeit gebe, eine gerichtliche Auseinandersetzung auf kostengünstige Weise durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abzuwenden. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten beruhe auf dieser Erwägung (BFH, Urt. v. 13.02.2019, XI R 1/17, BFHE 263, 560, Rn. 27).

Diese Rechtsprechung erfährt nachvollziehbar Kritik (Weymüller, jurisPR-SteuerR 30/2019 Anm. 5 Hummel, UR 2017, 901, 905 Nücken NJW 2019, 1840; Streit/Rust, DStR 2018, 1321), auf die verwiesen wird. Ein Wettbewerber setze sich gegen die Verletzung einer eigenen Rechtsposition zur Wehr. In einem solchen Fall des Individualrechtsschutzes gewähre ihm die Rechtsordnung einen Kostenerstattungsanspruch, weil die Kosten für eine erfolgreiche Individualrechtsverfolgung grundsätzlich von dem Unterlegenen zu tragen seien. Der Ersatz der Kosten für ein erfolgreiches Rechtsmittel (im weitesten Sinne) stelle nur einen Ersatz für einen eingetretenen Vermögensschaden dar, der durch die Rechtswahrnehmung ausgelöst werde (Hummel, UR 2017, 901, 905). Das überzeugt. Schadensersatzleistungen unterliegen aber nicht der Umsatzsteuer. Die Schadensersatzleistung ist nicht Gegenleistung für eine Leistung, weil der Schädiger zahlt, da er einen Schaden verwirklicht oder für einen Schaden einzustehen hat (Tehler in: Reiß/Kraeusel/Langer, UStG, 1. Aufl. 1995, 152. Lieferung, Bemessungsgrundlage für Lieferungen, sonstige Leistungen und innergemeinschaftliche Erwerbe UStG, Rn. 98).

Der BFH beruft sich für seine Rechtsansicht auf die Rechtsprechung des EuGH zum Leistungsbegriff, um sogleich die berechtigte GoA nach dem nationalen § 683 BGB als Leistung anzusehen, ohne dies unionsrechtlich zu hinterfragen. Zudem hat der EuGH für Urheberrechte ausgeführt: Eine Dienstleistung im Sinne der Mehrwertsteuerrichtlinie werde

nur dann gegen Entgelt erbracht, wenn zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger ein Rechtsverhältnis bestehe, in dessen Rahmen gegenseitige Leistungen ausgetauscht würden, wobei die vom Leistenden empfangene Vergütung den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte Dienstleistung bilde (EuGH, Urt. v. 18.01.2017, C-37/16, Rn. 25, juris). Dies sei der Fall, wenn zwischen der erbrachten Dienstleistung und dem erhaltenen Gegenwert ein unmittelbarer Zusammenhang bestehe, wobei die gezahlten Beträge die tatsächliche Gegenleistung für eine bestimmbare Leistung darstellten, die im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses erbracht werde (Urt. v. 18.07.2007, Société thermale d'Eugénie-les-Bains, C-277/05, EU:C:2007:440, Rn. 19). Daran fehle es zum Beispiel zwischen einerseits den Inhabern urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechte und andererseits den Herstellern und Importeuren von unbespielten Datenträgern, erstens weil sich deren Pflicht, Abgaben zu entrichten, aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs nach nationalen Rechts ergebe. Zweitens könne nicht angenommen werden, dass die Pflicht der Hersteller und Importeure von unbespielten Datenträgern Abgaben zu entrichten, auf der Erbringung einer Dienstleistung beruhe, für die sie den unmittelbaren Gegenwert darstelle. Die Abgabe diene dazu, einen gerechten Ausgleich zugunsten der Inhaber von Vervielfältigungsrechten zu finanzieren. Der gerechte Ausgleich stelle aber nicht den unmittelbaren Gegenwert irgendeiner Dienstleistung dar, sondern stehe in Zusammenhang mit dem Schaden, der sich für die Rechtsinhaber aus der ohne ihre Genehmigung erfolgenden Vervielfältigung ihrer geschützten Werke ergebe (EuGH, Urt. v. 18.01.2017, C-37/16, Rn. 26 - 30, juris). Diese Argumentation ist auf die Abmahnkosten übertragbar, auch sie stehen in dem Zusammenhang mit dem Schaden, der sich aus dem Wettbewerbsverstoß in die Rechte des Wettbewerbers ergibt. Ihr Aufwendungsersatz beruht neben dem gesetzlichen Schadensersatzanspruch auf der gesetzlichen Anordnung des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

In der einseitigen Streitwertbegünstigung des § 12 Abs. 4 UWG wird deutlich, dass die erstattete Abmahngebühr nicht den tatsächlichen Gegenwert für die dem Leistungsempfänger erbrachte bestimmbare Dienstleistung bildet, wie der BFH (Urt. v. 10.04.2019, XI R 4/17, juris, Rn. 16) meint. Der zurecht Abmahnende muss nämlich unter Umständen einen Teil der von ihm selbst für die Leistung seines Rechtsanwalts aufzubringenden Vergütung, die an dem "allgemeinen Wert" des Unterlassungsanspruchs orientiert ist, selbst tragen und bekommt sie nicht vom Verletzer erstattet (Köhler/Bornkamm, UWG, 36. Aufl. § 12 UWG Rn 5.29 iVm Rn 5.18). In der vom BFH angeführten Gesetzesbegründung zum ähnlichen § 97a Abs. 2 UrhG aF, beziehungsweise § 97 a Abs. 3 nF (BT Drs. 17/13057 S.11) ist vielmehr ausgeführt, dass der Kostenersatz für die (urheberrechtliche) Abmahnung den Zweck verfolge, einen angemessenen Ausgleich der Interessen aller Beteiligten zu gewährleisten. Einerseits müsse der Rechteinhaber in seinen Rechten geschützt werden, wobei er sich anwaltlicher Hilfe bedienen können müsse. Andererseits bestehe ein berechtigtes Interesse der Verletzer bei Abmahnungen für (erste Urheber-)Rechtsverletzungen keine überzogenen Anwaltsgebühren bezahlen zu müssen. Der gesetzliche Kostenersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 iVm Abs. 4 UWG ist damit wie § 97a UrhG nicht am tatsächlichen Gegenwert der Dienstleistung orientiert, sondern verfolgt einen eigenen Ausgleichszweck, vergleichbar dem, den der EuGH für die Gebühren einer Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte beschreibt. Orientiert ist er am Schaden des Rechteinhabers.

Die Argumentation des BFH passt ohne weiteres auch auf Mahnungen gemäß § 286 BGB. Durch sie erhält der Schuldner die Möglichkeit eine kostenträchtige Klage durch Leistung noch abzuwenden. Sie ist daher in seinem objektiven Interesse und mutmaßlichen Sinn, insbesondere, wenn er etwa eine Zahlungspflicht übersehen oder vergessen hat. Dann aber

wird ihm die Leistungspflicht auch erst durch die Mahnung bewusst. Der BFH sieht den Unterschied zwischen der Abmahnung und der "normalen" Mahnung aber darin, dass dort eine Zahlung angemahnt werde, deren Anspruchsgrundlagen dem säumigen Schuldner bereits bekannt seien (BFH, Urt. v. 13.02.2019, XI R 1/17, BFHE 263, 560, Rn. 32). Hat der Schuldner eine Zahlungspflicht aber übersehen, besteht diese Kenntnis bis zur Mahnung nicht. Ebenso fehlt das Nacheinander von Kenntnis der Verpflichtung und Mahnung, wenn Leistungsaufforderung und Mahnung zulässigerweise verbunden werden (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 78.Aufl., § 286 Rn 16). Umgekehrt weiß der vorsätzlich einen Wettbewerbsverstoß Begehende zeitlich vor der Abmahnung, dass ein Unterlassungsanspruch besteht. Eine Abmahnung, die zusätzliche Kosten zu dem von ihm hingenommenen Rechtsstreit verursacht, ist weder in seinem objektiven Interesse noch von ihm gewollt. Die vom BFH gesehenen Unterschiede zwischen einer Mahnung und einer Abmahnung überzeugen wenig. Anders als die Abmahnung ist die Mahnung gegen Erstattung von Mahnkosten aber nach dem BFH nicht steuerbar (BFH-Urt. v. 11.05.1995, V R 86/93, BFHE 177, 563, BStBl. II 1995, 613, juris Rn 13). Dies führt der BFH für die umsatzsteuerrechtliche Beurteilung der Erstattung von Mahnkosten als Schadensersatz im Verhältnis Arzt zum Patienten als Honorarschuldner aus.

bb) Weiter setzt die Pflicht zur Rechnungserteilung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 S. 2 UStG voraus, dass die Lieferung oder sonstige Leistung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG und dabei der Umsatz an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Der Beklagte ist als Arzt zwar Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG. Die Außendarstellung seiner ärztlichen Tätigkeit, auf die sich die Abmahnung bezog, ist auch Teil seines Unternehmens. Nach § 4 Nr. 14 UStG erbringt er aber unstreitig nur ("unecht") steuerfreie Umsätze.

Steuerbefreite Unternehmer, die wie vorliegend nicht unter die Verpflichtung zur Rechnungserteilung nach § 14a UStG fallen, sind aber zur Ausstellung einer Rechnung nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 nicht mehr verpflichtet (Hundt-Eßwein in: Offerhaus/Söhn/Lange, Umsatzsteuer, 316. AL 8/2019, § 14 UStG Ausstellung von Rechnungen, Rn. 33 und 12a). Sie haben korrespondierend zur Steuerfreiheit ihrer Umsätze auch kein Recht zum Vorsteuerabzug § 15 Abs. 1 Satz 1 UStG. Dementsprechend benötigen sie keine den Anforderungen des § 14 Abs. 4 UStG entsprechende Rechnung.

Zudem ist gerade die vom Beklagten in der Rechnung vom 08.08.2019 (Anl. K 6) vermisste fortlaufende Rechnungsnummer des Ausstellers nach § 4 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 UStG für ihn uninteressant. Sie soll sicherstellen, dass die vom Unternehmer erstellte Rechnung einmalig ist (Huschens in: UStG - eKommentar, § 14 Ausstellung von Rechnungen (Fassung vom 01.01.2019), Rn. 113) und dient dazu, beim Rechnungssteller die ordnungsgemäße Erfassung der Ausgangsrechnungen überprüfen zu können (BFH, B. v. 07.02.2017, X B 79/16, Rn. 14, juris), somit der Kontrolle von dessen Steuerehrlichkeit.

Daher ist er einem Verbraucher vergleichbar, der nicht auf eine § 14 UStG entsprechende Rechnung angewiesen ist. Eine Pflicht zur Rechnungserstellung gibt es gegenüber einem Verbraucher nicht (§ 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 UStG).

Der Beklagte hat somit keinen Anspruch auf eine weitere Rechnung mit einer fortlaufenden Nummer nach § 14 UStG.

Ein Anspruch auf eine Rechnung ergibt sich auch nicht aus Handelsrecht, weil der Beklagte kein Kaufmann ist. Auch nach bürgerlichem Recht hat er keinen Anspruch.

Damit besteht aber auch kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. Darauf ob der Rechnungssteller 6 Monate Zeit hat eine Rechnung zu erstellen und erst danach eine Einrede nach § 273 BGB denkbar ist, kommt es somit nicht an. Ebensowenig darauf, ob der Empfänger sich die Nummer selbst eintragen kann.

d) Die Klägerin hat Anspruch auf Zinsen gemäß § 291 BGB ab dem 30.07.2019.

Wie unter Ziffer 1. b) ausgeführt, hat die Klägerin nicht vorgetragen, dass die Anwaltskosten bereits bezahlt sind. Der Befreiungsanspruch wandelt sich daher erst mit Leistungsverweigerung in einen Zahlungsanspruch um, auf den Prozesszinsen entstehen können. Diese Weigerung ist in der Klageerwiderung zu sehen. Ihr Zugang wird gemäß § 270 ZPO am zweiten Werktag nach Absendung durch das Gericht am 26.7.2019 fingiert, sodass Rechtshängigkeitszins ab dem Folgetag (§ 187 BGB) geschuldet ist.

3. Die Kostenentscheidung beruht insgesamt auf § 91 ZPO.

Auch soweit der Unterlassungsanspruch anerkannt ist, ist § 93 ZPO nicht anzuwenden. Der Beklagte hat Veranlassung zur Einreichung der Klage gegeben. Ein Beklagter gibt dann Veranlassung zur Klage, wenn sein Verhalten vor Prozessbeginn aus Sicht des Klägers bei verständiger Betrachtung so war, dass dieser annehmen musste, er werde ohne Klage nicht zum Erfolg kommen. Erforderlich ist daher für gewöhnlich eine erfolglose Abmahnung oder Zahlungsaufforderung (vgl. Zöller-Herget, ZPO, 32. Aufl., Rn. 6 "Aufforderung").

Das Schreiben vom 23.05.2019 genügt den Anforderungen an eine wirksame Abmahnung (s.o. 1. a)).

Selbst wenn ein weitergehender Hinweis geschuldet gewesen wäre, hat der Beklagte Anlass zur Klage gegeben. Wer vorgerichtlich nämlich nicht zur Kenntnis nehmen will, was der Verletzte schreibt, zwingt den Abmahner zur Klage.

4. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 1 und Nr. 11, § 711 ZPO.

Einzelrichter/in am Landgericht