

A 8704-34

6 U 67/22
12 O 574/17 LG Kiel



verbraucherzentrale
Bundesverband

- 2. März 2023

EINGEGANGEN

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Beschluss

In dem Rechtsstreit

freenet DLS GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., vertreten durch die Vorständin, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin
- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

wegen Gewinnabschöpfung

hat der 6. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts den Richter am Oberlandesgericht und den Richter am Oberlandesgericht am 27.02.2023 beschlossen:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kiel vom 11.06.2021, Aktenzeichen 12 O 574/17, wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Kiel ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig

vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckten Betrages leistet.

4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 72.728,22 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger hat gegen die Beklagte Unterlassungsklage wegen der Verwendung zweier Bestimmungen in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen erhoben. Die Bestimmungen sahen eine Gebührenpflicht vor, wenn der Kunde eine Änderung seiner Anschrift oder seiner Bankverbindung mitteilte. Erfolgte dies nicht online, so fielen Gebühren in Höhe von 0,99 € bzw. 2,95 € an. Die Unterlassungsklage hat der Kläger mit einer Stufenklage auf Erteilung einer Auskunft über Informationen, die der Kläger seines Erachtens zur Berechnung des aus der Verwendung der Klauseln gezogenen Gewinns benötigte, ggf. eidesstattliche Versicherung und letztendlich Zahlung des sich errechnenden Gewinns an das Bundesjustizministerium begehrt hat. Die Beklagte ist der Klage umfassend entgegen getreten.

Das Landgericht hat der Beklagten mit Teilurteil vom 7.2.2019 antragsgemäß verboten, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen zur Gebührenpflicht der Änderungsmitteilungen aufzunehmen. Es hat die Beklagte ferner zur Auskunft verurteilt. Die Verurteilung hat es im Kern darauf gestützt, dass die Bestimmungen gegen § 307 Abs. 1 BGB verstießen. Sie benachteiligten die Kunden unangemessen, weil die Beklagte bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Kosten für die Bearbeitung der mitgeteilten Änderungen selbst tragen müsse. Die Berufung der Beklagten hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts mit Urteil vom 21.12.2019 zurückgewiesen. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH am 30.07.2020 als unzulässig verworfen. Der Beschwerdewert von 20.000,-- € werde nicht erreicht.

In der Auskunftsstufe war die Beklagte verurteilt worden, dem Kläger umfassend Auskunft über alle Umstände zu erteilen, die er zur Berechnung des abschöpfbaren Gewinns benötigte. Nach Rechtskraft der Verurteilung erteilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 14.05.2020 die begehrte Auskunft. Die Einnahmen aus den Entgelten anlässlich der Adressänderungen bezifferte sie auf 14.625,36 €. Zugleich gab sie ihres Erachtens abzugsfähige Kosten für Druck, Porto und einen externen Dienstleister in Höhe von 91.682,01 € an. Sie errechnete hieraus einen Verlust in Höhe von 77.056,66 €.

Die Einnahmen aus den Entgelten anlässlich der Änderung der Bankverbindung bezifferte sie auf 58.102,87 € und die hier ihres Erachtens abzugsfähigen Kosten auf 209.130,38 €, woraus sich aus ihrer Sicht ein Verlust in Höhe von 151.027,51 € ergab.

Der Kläger hat die in der Leistungsstufe angekündigte Zahlungsklage gegen die Beklagte erhoben und hierbei den abzuführenden Gewinn auf der Grundlage der Auskunft mit 72.728,22 € beziffert. Die Beklagte ist dem mit Klagabweisungsantrag entgegen getreten. Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung in beantragter Höhe verurteilt. Einen Abzug der Kosten für Druck, Porto und Beauftragung eines Dienstleisters hat es nicht anerkannt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass bei der Berechnung des abschöpfbaren Gewinns Kosten, die auch unabhängig von dem wettbewerbswidrigen Verhalten angefallen wären, unberücksichtigt blieben. Danach seien die genannten Kosten nicht vom Gewinn abzuziehen. Sie wären nämlich auch entstanden, wenn die Beklagte die streitgegenständlichen Klauseln nicht genutzt hätte. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 2. Zivilsenats vom 12.12.2019 hat das Landgericht darauf verwiesen, dass die Beklagte schon gesetzlich zur Speicherung der Adressänderungen verpflichtet sei, dass die Speicherung geänderter Adressdaten und Bankverbindungen in ihrem eigenen Interesse liege und dass sie schließlich auch nebenvertraglich dazu verpflichtet sei. Da sie ihren Kunden die vertragliche Verpflichtung auferlegt habe, ihr die geänderten Daten unverzüglich anzuzeigen, sei sie ihrerseits aus Treu und Glauben verpflichtet, die entsprechenden Mitteilungen entgegen zu nehmen und zu erfassen. Dies gelte sinngemäß auch für die Druck- und Portokosten für Bestätigungsschreiben. Auch die Übersendung dieser Schreiben liege insbesondere im Interesse der Beklagten, weil sie dadurch frühzeitig Fehler bei der Übertragung der geänderten Daten in ihrem System erkenne. So werde durch Übertragungsfehler entstehender Aufwand verhindert.

In der Berufung hält die Beklagte an ihrer Auffassung der Abzugsfähigkeit der Kosten fest. Zur Begründung verweist sie zunächst auf Entstehungsgeschichte und Zweck des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG. Er sei eingeführt worden, um die zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen zu erweitern. Sie diene nicht dem Interessenausgleich zwischen dem Zuwiderhandelnden und dem Betroffenen. Vielmehr solle der Unternehmer von schwerwiegenden Wettbewerbsverstößen abgeschreckt werden, weil er damit rechnen müsse, rechtswidrig erzielten Gewinn nicht behalten zu dürfen. In der wirtschaftlichen Neutralisierung schwerwiegender Wettbewerbsverstöße erschöpfe sich der Zweck der Vorschrift aber auch, die andererseits weder eine verkappte Strafvorschrift darstelle, noch wirtschaftlich erfolglose Handlungen sanktioniere. Um unangemessene Belastungen der Wirtschaft zu vermei-

den, sei der Anwendungsbereich des § 10 UWG bewusst auch auf vorsätzlich begangene Wettbewerbsverstöße beschränkt worden. Die Höhe des Anspruchs bemesse sich nach dem durch den Wettbewerbsverstoß auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinn. Der Gewinn errechne sich aus dem Umsatzerlös abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich etwa angefallener Betriebskosten. Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, seien nicht abzugsfähig.

Bei Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs im Jahre 2004 sei allerdings noch nicht daran gedacht worden, dass er auch auf die Verwendung unzulässiger AGB-Klauseln Anwendung finde. Dies sei erst der Fall, nachdem der BGH ab dem Jahr 2010 Klauselverbote als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3 a UWG ausgelegt habe. Das UKlaG sehe für die aktiv legitimierten Verbraucherverbände ausschließlich Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche vor. Durch die Auslegung der Klauselverbote der §§ 307 ff BGB als Marktverhaltensregelungen sei mit der zusätzlichen Möglichkeit der Gewinnabschöpfung eine eigenständige lauterkeitsrechtliche AGB-Kontrolle geschaffen worden, die bei Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nicht beabsichtigt gewesen sei.

Bei der streitgegenständlichen Fallgruppe von Schadenspauschalen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestünde zwangsläufig immer die Gefahr, dass die strenge Anwendung des Kausalitätserfordernisses zu einer vom Gesetzgeber mit der Einführung des § 10 UWG nicht gewollten Umsatzabschöpfung anstelle der lediglich bezweckten Gewinnabschöpfung führe. Dem sei dadurch zu begegnen, dass die streitgegenständlichen Schadenspauschalen in einen zulässigen und einen unzulässigen Anteil aufzuteilen seien und nur letzterer für die Einnahmehberechnung nach § 10 Abs. 1 UWG anzusetzen sei. Die Beklagte verweist auf die in der Literatur vertretene Auffassung, dass unter Einbeziehung eines rechtmäßigen Alternativverhaltens Gewinn, der dem Unternehmer auch ohne Wettbewerbsverstoß erwachsen wäre, nicht in die Gewinnabschöpfung einbezogen werden dürfe. Die Beklagte verweist auch darauf, dass umstritten sei, ob sich die Gewinnabschöpfung auf den Anteil am Gewinn beschränke, der ursächlich auf dem Wettbewerbsverstoß beruhe, oder ob der gesamte aus dem Verhalten erzielte Gewinn abzuführen sei, auch wenn andere Faktoren mitursächlich gewesen seien. Jedenfalls in Fallgruppen wie der vorliegenden gebiete es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und entspreche es auch dem Sanktionszweck der Norm, die der Gewinnabschöpfung zugrunde liegenden Schadenspauschalen in einem angemessenen Teilbetrag und den darüber hinaus gehenden, unangemessenen Anteil aufzuspalten. Der abzuschöpfende Gewinn berechne sich nur nach dem unzulässigen Anteil. Im vorliegenden Fall seien von ihren Einnahmen aus den Entgelten die Druck- und Portokosten

(697,50 und 17.309 €) sowie die Kosten für einen externen Dienstleister (90.984,50 € und 191.821,38 €) in voller Höhe in Abzug zu bringen, da keine Gründe ersichtlich seien, dass sich bei den Kostenpositionen dem Grunde nach um unlautere Schadenspositionen handele.

Die Beklagte tritt dem Einwand entgegen, dass die Druck- und Portokosten und die Kosten für den externen Dienstleister nicht unmittelbar auf die Verwendung der streitgegenständlichen Schadenspauschalen und die Vereinnahmung der Pauschale zurückzuführen seien. Sie verweist darauf, dass bei Einführung des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 Abs. 1 UWG nicht an die Fallgruppe der unlauteren AGB Verwendung gedacht gewesen sei. Durch die Entwicklung der Rechtsprechung ergebe sich eine offenkundige Schlechterstellung der Verwender von AGB rechtlich unzulässigen Schadenspauschalen gegenüber Herstellern und Vertreibern gefälschter Produkte, in der Standardfallgruppe, die dem Gesetzgeber vor Augen gestanden habe. Der Hersteller eines wettbewerbswidrigen Produkts könne die Herstellungskosten abziehen. Dagegen seien die bei ihr - der Beklagten - angefallenen genannten Kosten nicht unmittelbar auf die Verwendung der streitgegenständlichen Schadenspauschalen und der Vereinnahmung dieser Pauschalen zurückzuführen. Entscheidend sei aber, dass es sich unzweifelhaft um individuell zuzuordnende Kostenpositionen handele, die jeweils angefallen seien und ihren - der Beklagten - Gewinn schmälerten.

Eine Schlechterstellung des AGB-Verwenders sei auch mit dem Zweck der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG nicht zu vereinbaren. Die Beklagte verweist erneut darauf, dass dieser nur darin liege, dem Unternehmer die Vorteile aus seinem Fehlverhalten zu entziehen, so dass sich unlauterer Wettbewerb für ihn nicht lohne. Der Gewinn solle abgeschöpft, nicht aber eine Strafe verhängt werden. Dieser Normzweck werde im vorliegenden Fall verfehlt, würden die Druck- und Portokosten und die Kosten für einen externen Dienstleister nicht als abziehbar behandelt, obwohl sie unzweifelhaft individuell zurechenbare Kostenpositionen darstellten und auch angefallen seien. Es trete eine Spaltung zwischen Einnahmen und Kosten im Rahmen der Gewinnfeststellung nach § 10 Abs. 1 UWG ein, in dem die Einnahmen umfassend angesetzt, die Kosten aber ausgeblendet würden. Dadurch würde im Ergebnis weit mehr als der Gewinn abgeschöpft, da der reine Umsatz herauszugeben wäre. Das sei nichts anderes, als auch bei einer wirtschaftlich erfolglosen Handlung noch auf Umsatzbestandteile zurückzugreifen, obwohl dies nach einhelliger Auffassung außerhalb des Schutzzwecks des § 10 UWG stehe. Im Ergebnis meint die Beklagte, dass der Einnahmegriff im Rahmen der Gewinnfeststellung nach § 10 Abs. 1 UWG teleologisch dahin auszulegen sei, dass er bei Schadensauschalen wie im vorliegenden Fall von vornherein nicht die Beträge umfasse, die - wie die hier abzuziehenden Kostenpositionen - an einen

engen Kausalitätsverständnis zu scheitern drohten. Bei teleologischer Auslegung des Einnahmebegriffs im Rahmen der Gewinnfeststellung nach § 10 Abs. 1 UWG umfasse er im vorliegenden Fall von vornherein nicht die Kosten für Druck und Porto sowie den externen Dienstleister, selbst dann nicht, wenn diese Kostenpositionen nicht als „zulässiger Anteil“ in den streitgegenständlichen Schadenspauschalen angesehen werde, der nach dem Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens unberücksichtigt bliebe. Je nach dogmatischem Ansatz ergebe sich, dass sie - die Beklagte - aufgrund der vorgenannten Kostenpositionen aus der Verwendung der Klauseln entweder keine Einnahmen oder keinen Nettogewinn erzielt habe.

Die Beklagte verweist ferner darauf, dass anerkanntermaßen zur Berechnung des Verletzergewinns im Anwendungsbereich des § 10 UWG die im Materialgüterrecht angewendeten Grundsätze der Schadensberechnung heranzuziehen seien. Danach seien 3 Methoden der Schadensberechnung - konkret nach der Differenzhypothese, fiktiv nach der rechtmäßigerweise vereinbarten Lizenzgebühr oder in Höhe des entgangenen Gewinns - anzuwenden. Übertragen auf den Anwendungsbereich des § 10 UWG sei der abzuschöpfende Gewinn also auch hier durch einen Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage der Beklagten mit der hypothetischen Vermögenslage, wie sie ohne den Lauterkeitsverstoß bestünde, zu ermitteln. Eine solche Betrachtung führe zwingend zu einer Berücksichtigung der Kosten für Druck, Porto und externen Dienstleister, denn sie wären ihr - der Beklagten - auch ohne Verwendung der unzulässigen Schadenspauschalen entstanden. Die Vermögensdifferenz und somit der abzuschöpfende Gewinn könne von vornherein nur in demjenigen Teil der tatsächlich erhobenen streitgegenständlichen Pauschalen bestehen, um den diese die Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten überstiege.

Die Beklagte regt die Zulassung der Revision an für den Fall, dass der Senat dieser Auffassung nicht folge.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil.

Der Senat hat mit Beschluss vom 26.01.2023, auf den wegen aller Einzelheiten verwiesen wird, darauf hingewiesen, dass er die Berufung für offensichtlich unbegründet hält und nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen beabsichtigt. Zur Begründung hat der Senat im Kern ausgeführt, dass die Beklagte die unzulässig erhobenen Entgelte ungekürzt herauszugeben habe. Bei den von ihr vorgenommenen Abzügen handele es sich um allgemeine Betriebskosten, die bei der Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG nicht abzugsfähig seien. Die Beklagte, die wegen Verwendung unzulässiger Allgemeiner Geschäftsbedingungen zur Gewinnabschöpfung verpflichtet sei, werde dadurch nicht gegenüber Unternehmern benachteiligt, die wegen des Vertriebs gefälschter Produkte in Anspruch genommen würden. Die allgemeinen Betriebskosten seien in keinem Fall abzugsfähig. Mit dem Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens dringe die Beklagte jedenfalls deshalb nicht durch, weil nicht ersichtlich sei, wie die Beklagte die beanstandeten Gebühren rechtmäßigerweise hätte erlangen können.

Die Beklagte ist der Auffassung des Senats mit Schriftsatz vom 16.02.2023 entgegengetreten.

II.

Die Berufung ist unbegründet.

Über die Berufung kann im Beschlusswege nach § 522 Abs. 2 ZPO entschieden werden. Ein dem entgegenstehender Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung der in Ziff. 1 des Hinweisbeschlusses dargelegten anerkannten Grundsätze zur Auslegung des § 10 Abs. 1 UWG.

Der Senat hält an seiner im genannten Beschluss dargelegten Rechtsauffassung fest. Der Schriftsatz der Beklagten vom 16.02.2023 gibt keinen Anlass zu abweichender Bewertung. Die Beklagte wiederholt im Wesentlichen nur ihr bereits im Hinweisbeschluss abgehandeltes Vorbringen.

Die Beklagte verweist darauf, dass die von ihr als abzugsfähig reklamierten Druck-, Porto- und Dienstleisterkosten nur bei denjenigen Kunden anfielen, die nicht von der Möglichkeit Gebrauch machten, die Änderung ihrer Adresse oder Bankverbindung kostenlos über das Internet mitzuteilen. Deshalb handele es sich nicht um allgemeine Betriebskosten. Indes ist dies gerade auf der Grundlage ihres Vortrags der Fall. Sämtliche Kosten fallen unabhängig von der Verwendung der unzulässigen Klausel an. Sie wären der Beklagten auch entstanden, wenn sie die Klausel nicht verwendete. Zu Unrecht sieht die Beklagte in dieser Betrachtung eine strenge Anwendung des

Kausalitätserfordernisses, die zu einer von § 10 Abs. 1 UWG nicht gewollten Umsatzabschöpfung - und nicht lediglich einer Gewinnabschöpfung - führe und die sie gegenüber Unternehmen, die bei der Abschöpfung des Gewinns aus dem Vertrieb wettbewerbswidriger Produkte die Herstellungskosten abziehen könnten, benachteilige. Wenn der Gewinn aus der wettbewerbswidrigen Handlung vollständig abgeschöpft werden soll, verbietet es sich, bei der Berechnung des herauszugebenden Betrages die unrechtmäßig erlangten Einnahmen um Kosten zu kürzen, die nicht mit der unrechtmäßigen Handlung in ursächlichem Zusammenhang stehen. Nur, soweit ein Ursachenzusammenhang zwischen unrechtmäßiger Handlung und angefallenen Kosten besteht, schmälern die Kosten den Gewinn aus den unrechtmäßig erzielten Einnahmen. Deshalb sind die Kosten der Herstellung und des Vertriebs eines wettbewerbswidrigen Produkts abzugsfähig, nicht aber Kosten, die dem Unternehmen unabhängig von der wettbewerbswidrigen Handlung ohnehin angefallen wären. Diese Betrachtung führt nicht zu einer vom Gesetz nicht gewollten Umsatzabschöpfung, sondern ist schlicht Ausdruck der vom Gesetz gewollten Neutralisierung des Gewinns. Auf die bereits im Hinweisbeschluss hierzu gemachten Ausführungen wird Bezug genommen.

Eine andere Betrachtung ist auch nicht deshalb geboten, weil, wie die Beklagte vorträgt, dass meist nicht von vornherein feststehe, ob eine verwendete Preisklausel rechtmäßig sei oder nicht. Es mag sein, dass insofern ein Unterschied zu Unternehmen besteht, die bewusst gefälschte Produkte vertreiben. Gleichwohl wird die Beklagte diesen gegenüber in Bezug auf die Gefahr der Gewinnabschöpfung nicht schlechter gestellt. Einem Unternehmen, das gutgläubig eine unzulässige Klausel verwendet, droht keine Gewinnabschöpfung. Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung entsteht nur und erst ab dem Zeitpunkt, ab dem eine unzulässige Klausel vorsätzlich in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit verwendet wird. Dann allerdings greift § 10 Abs. 1 UWG ungeachtet dessen ein, ob die vorsätzliche Wettbewerbswidrigkeit im Vertrieb gefälschter Produkte oder in der Verwendung unzulässiger Klauseln besteht. Es erschließt sich nicht, weshalb der Gesetzgeber - wie die Beklagte meint - unlautere geschäftliche Handlungen letzterer Art von der Gewinnabschöpfungsregelung hätte ausnehmen oder die Folgen durch eine dem Verletzer günstigere Gewinnberechnung hätte abmildern wollen.

Die Berufung ist nach Allem mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 709 ZPO.

Der nach den §§ 47, 48 GKG i. V. m. § 3 ZPO zu bestimmende Streitwert ergibt sich aus dem mit der Berufung angegriffenen ausgeurteilten Klagbetrag.

Präsident
des Oberlandesgerichts

Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Beglaubigt
Schleswig, 01.03.2023

Justizangestellte