

Abschrift

A 8704-26(gws) - 31

4 O 95/13

Verkündet am 14.06.2017

gez.

als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle



Landgericht Kiel

Schlussurteil

Im Namen des Volkes

verbraucherzentrale

Bundesverband

20. Juni 2017

EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch den Vorstand Klaus Müller, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin

- Kläger -

Prozessbevollmächtigter:

gegen

Mobilcom-Debitel GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Ingo Arnold und Rickmann von Platen, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

hat die 4. Zivilkammer des Landgerichts Kiel durch die Richterin am Landgericht als Einzelrichterin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24.05.2017 für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verurteilt, an das Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99-103, 53113 Bonn, weitere 271.080,59 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 14.05.2014 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 147.932,19 € für den Zeitraum vom 14.05.2014 bis zum 27.04.2017 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Die Klägerin nimmt die Beklagte – nunmehr in der Leistungsstufe – wegen Abschöpfung des Gewinns aus der früheren Verwendung einer in ihren vorformulierten Bedingungen für Mobilfunkverträge enthaltenen Klausel in Anspruch.

Der Kläger ist der bundesweit tätige Dachverband aller sechzehn Verbraucherzentralen der Bundesländer und weiterer 25 Organisationen. Er ist seit dem 16. Juli 2012 in die mittlerweile beim Bundesjustizamt gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen. Die Beklagte bietet am Markt Telekommunikationsleistungen an.

Mit ihrer Klage hat der Kläger von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung einzelner Bestimmungen in ihren vorformulierten Bedingungen für Mobilfunkverträge begehrt sowie darüber hinaus im Wege der Stufenklage zunächst Auskunft über verschiedene, die frühere Verwendung einer Klausel über die Erhebung einer Nichtnutzungsgebühr betreffenden Umstände, hilfsweise über die Gewinne begehrt, die die Beklagte aus der früheren Erhebung dieser Nichtnutzungsgebühr im Zeitraum 1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012 erzielt hat.

Mit Teilurteil vom 14. Mai 2014 hat das Landgericht dem Unterlassungsbegehren stattgegeben sowie die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Auskunftsbegehren verurteilt, Auskunft über die im Zeitraum 1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012 aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr erzielten Einnahmen sowie über die Höhe der Steuern und Abgaben, die für diese Einnahmen zu entrichten waren, zu erteilen. Mit Urteil vom 19. März 2015 hat das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Nachdem das Urteil rechtskräftig geworden ist, verfolgt der Kläger nunmehr sein auf Gewinnabschöpfung gerichtetes Klagebegehren auf der Leistungsstufe weiter.

Diesem – allein noch rechtshängigen – Gewinnabschöpfungsbegehren liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte hatte in der Vergangenheit einen Tarif mit der Bezeichnung „Vario 50/Vario 50 SMS T-Mobile“ angeboten (Bedingungen mit Stand 1. April 2010, Anlage K 4, Bl. 32 d.A.). In dem monatlichen „Paketpreis“ von 14,95 € waren dabei bei einer Laufzeit von 24 Monaten nach Wahl des Kunden monatlich entweder 50 Frei-Minuten Telefonie oder 50 Frei-SMS enthalten. Soweit das monatliche Frei-Budget erschöpft war, wurden Preise von 0,39 €/Minute für Telefonate und 0,19 € pro SMS berechnet. In Fußnote 7 der damaligen Tarifbestimmungen heißt es:

„Wird in 3 aufeinanderfolgenden Monaten kein Anruf getätigt bzw. keine SMS versendet, wird dem Kunden eine Nichtnutzungsgebühr von € 4,95 monatlich in Rechnung gestellt.“

Auf Antrag des Klägers verurteilte das Landgericht Kiel die Beklagte durch Versäumnisurteil im schriftlichen Vorverfahren vom 4. August 2011 zur Unterlassung der Verwendung der vorgenannten Klausel. Auf den Einspruch der Beklagten hielt das Landgericht in seinem Urteil vom 28. November 2011 das Versäumnisurteil aufrecht. Die Berufung der Beklagten wurde durch Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 3. Juli 2012 zurückgewiesen.

Ab dem 1. August 2012 verwendete die Beklagte die Klausel nicht mehr.

In dem nunmehr auf der Leistungsstufe noch rechtshängigen Verfahren streiten die Parteien um die Frage, wie der durch die Verwendung der fraglichen Klausel erzielte Gewinn der Beklagten zu bemessen ist. Unstreitig ist insoweit, dass die Beklagte durch die Verwendung der Klausel im fraglichen Zeitraum unter Berücksichtigung des Inkassoausfalls Einnahmen in Höhe von 599.466,04 € erzielt hat, wobei ihr Konzernsteuersatz 30,1 % betrug.

Der Kläger ist der Ansicht, dass sich der nach § 10 UWG abzuschöpfende Gewinn der Beklagten aus der Differenz zwischen den durch die Nichtnutzungsgebühr erzielten Einnahmen (599.446,04 €) und den hierauf zu entrichtenden Steuern von 30,1 % errechne, mithin auf 419.012,78 € belaufe. Soweit sich die Beklagte auf weitere Kosten berufe, sei ihr Vortrag

weder plausibel noch ein Abzug gerechtfertigt. Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, seien nicht abzugsfähig. Auch eine könne sich die Beklagte nicht erfolgreich auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten berufen, bei der ihr die von ihr behauptete Kostenunterdeckung nicht entstanden wäre.

Der Kläger hat zunächst beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an das Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99-103, 53113 Bonn, 419.012,78 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 14. Mai 2014 zu zahlen.

Die Beklagte hat den Anspruch in Höhe von 147.932,19 € anerkannt. Mit Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 ist die Beklagte zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 147.932,19 € verurteilt worden. Die Beklagte hat diesen Betrag am 27. April 2017 gezahlt.

Der Kläger beantragt nunmehr,

die Beklagte zu verurteilen, an das Bundesamt für Justiz, Adenauerallee 99-103, 53113 Bonn, einen Betrag in Höhe von 271.080,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Mai 2014 sowie weitere Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag in Höhe von 147.932,19 € für den Zeitraum vom 14.05.2014 bis 27.04.2017 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass sich ihr Gewinn lediglich auf 147.932,19 € bemesse. Hierzu behauptet sie, dass ihr ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr eine Kostenunterdeckung von insgesamt 387.812,- € entstanden sei, die – ebenso wie die sodann auf den Restbetrag von 211.634,04 € entfallenden Steuern (63.701,85 €) – bei der Ermittlung des

abzuschöpfenden Gewinne in Abzug zu bringen sei.

Die Beklagte behauptet, sie habe ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr mit dem Tarif „Vario 50/Vario 50 SMS“ eine Kostenunterdeckung in Höhe von 387.812,- € erlitten. Sie ist der Auffassung, dass diese Kostenunterdeckung im Rahmen des Gebots der einheitlichen Betrachtung des Gesamtgeschehens zu berücksichtigen sei. Aufgrund dieses Gebots und im Hinblick auf den Schutzzweck des § 10 UWG sei nämlich nicht nur der gerade auf der Verletzungshandlung beruhende Gewinnanteil, sondern der gesamte zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß entstandene Gewinn als kausal anzusehen und vom Gewinnabschöpfungsanspruch erfasst.

Die Kostenunterdeckung von 387.812,- € berechne sich dabei wie folgt: Mit der Kundengruppe, denen im streitgegenständlichen Zeitraum zumindest eine Nichtnutzungsgebühr in Höhe von 4,95 € in Rechnung gestellt worden sei, habe sie bei einer Vertragslaufzeit von 24 Monaten und einem durchschnittlichen Umsatz von 342,11 € einen Rechnungsumsatz in Höhe von 9.736.111,- € erzielt. Für diese Kundengruppe seien ihr jedoch Kosten in Höhe von 10.123.923,- € entstanden, so dass ihr eine Kostenunterdeckung von 387.812,- € entstanden sei. Bei diesen Kosten handele es sich um Vorleistungskosten in Höhe von insgesamt 4.936.508,- € (173,46 € pro Vertrag mit einer Laufzeit von 24 Monaten), die sie an die Netzbetreiber gezahlt habe, sowie weitere Kosten in Höhe von insgesamt 5.187.415 €, die der Beklagten für diese Kundengruppe im Zeitraum vom 1.6.2011 bis 31.7.2011 entstanden seien und die sich aus Kundengewinnungs- und Vertriebskosten in Höhe von 4.448.749,- €, einem Forderungsausfall in Höhe von 187.907,- €, einer Umsatzbeteiligung aller Vertriebspartner in Höhe von 243.402,- € (= 2,5 % am Rechnungsumsatz) sowie (insbesondere durch die Callcenter entstandene) Kundenbetreuungskosten in Höhe von 307.357,- € zusammensetzten. In der Umsatzbeteiligung aller Vertriebspartner sei dabei ein Anteil von 14.986,15 € enthalten, der ausschließlich auf die im streitgegenständlichen Zeitraum in Rechnung gestellte Nutzungsgebühr entfalle.

Ergänzend beruft sich die Beklagte auf die Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hierzu behauptet sie, der Kostenkalkulation der Klägerin habe die Annahme zugrunde gelegen, dass der Kunde den Tarif auch tatsächlich nutze und so weitere Umsätze über die vergleichsweise niedrige monatliche Grundgebühr generiert werde. Durch die Nichtnut-

zungsgebühr habe verhindert werden sollen, dass Kunden den Mobilfunkvertrag nur deshalb abschließen, um beispielsweise ein subventioniertes Mobilfunkgerät zu erlangen. Hätte sie – die Beklagte – bei Einführung des Tarifs erkannt, dass die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr mit der geltenden Rechtslage nicht zu vereinbaren sei, hätte sie den Tarif durch die Erhöhung der monatlichen Grundgebühr oder durch Einführung eines monatlich zu erzielenden Mindestumsatzes zwingend so ausgestaltet, dass sie in dem streitgegenständlichen Zeitraum jedenfalls mit diesem Tarif auch ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr zumindest kostendeckend gearbeitet hätte. Dass die Beklagte als gewinnorientiertes Unternehmen ihren Kunden einen Tarif angeboten hätte, der bereits im Zeitpunkt seiner Einführung absehbar zu einer erheblichen Kostenunterdeckung geführt hätte, sei ausgeschlossen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteivertreter nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die nunmehr nur noch auf der Leistungsstufe rechtshängige Stufenklage ist – auch soweit nicht bereits mit Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 über sie entschieden worden ist – in vollem Umfang begründet.

1. Der Kläger kann von der Beklagten nach § 10 UWG die Zahlung weiterer 271.080,59 € an das Bundesamt für Justiz verlangen. Nach dieser Vorschrift kann, wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftsähnliche Handlung vornimmt und hierdurch zulasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, von den gemäß § 8 Abs: 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe des Gewinns an den Bundeshaushalts in Anspruch genommen werden. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Zur Begründung wird auf die Ausführungen zu Ziffer 2. der Entscheidungsgründe im vorangegangenen Berufungsurteil des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 19. März 2015 Bezug genommen. Dass der Kläger zur Durchsetzung des Anspruchs befugt ist und die Voraussetzungen für einen solchen Gewinnabschöpfungsanspruch dem Grunde nach vorliegen, stellt die Beklagte im Rahmen der jetzt allein noch rechtshängigen Leistungsstufe auch nicht (mehr) in Abrede. Die Parteien streiten le-

diglich noch um die Frage, wie sich der abzuschöpfende Gewinn bemisst. Diesen abzuschöpfenden Gewinn hat die Klägerin zutreffend auf insgesamt 419.012,78 € beziffert, so dass sie über den mit Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 zuerkannten Teilbetrag von 147.932,19 € hinaus noch die Zahlung weiterer 271.080,59 € an den Bundeshaushalt verlangen kann.

a) Der abzuschöpfende Gewinn im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG errechnet sich aus den Umsatzerlösen abzüglich der entstandenen Anschaffungs- und/oder Herstellungskosten und abzüglich der Betriebskosten, jedoch ohne Abzug der Gemeinkosten. Dabei kann ein Gewinn bereits dann angenommen werden, wenn ein Beitrag zur Deckung der Fixkosten (Kostendeckungsbeitrag) erzielt wurde (Köhler/ Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 9 Rn. 1.50; OLG München I, GRUR-RR 2015, 255 m.w.N.)

Umstritten ist allerdings, inwieweit der Gewinn gerade auf dem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht beruhen muss und dementsprechend nur der Gewinnanteil, der gerade auf der Verletzungshandlung beruht, herauszugeben ist (Ohly/ Sosnitzka, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Aufl. 2016, § 10 Rz. 7 m.w.N.; Köhler/ Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 10 Rz.7 m.w.N.; Emmerich in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 34a GWB Rz. 16; Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 10 Rz. 24; LG München I, GRUR-RR 2015, 255), oder ob auf Grund des Gebots der einheitlichen Betrachtung des Gesamtgeschehens der gesamte zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß entstandene Gewinn vom Gewinnabschöpfungsanspruch erfasst wird (Harte/ Henning/ Goldmann, UWG, 4. Aufl. 2016, § 10 Rz. 121 f.). Von dieser Frage hängt nicht nur ab, welcher Umsatz bei der Berechnung des abzuschöpfenden Gewinns zugrunde zu legen ist, sondern auch, welche Kosten hiervon in Abzug gebracht werden können.

Schon der Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG spricht allerdings dafür, lediglich auf den Gewinnanteil abzustellen, der kausal durch die Verletzungshandlung entstanden ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist der abzuschöpfende Gewinn der Gewinn, der „hierdurch“ - nämlich durch den im vorangestellten Satzteil erwähnten Verstoß gegen § 3 oder § 7 UWG - erzielt worden ist. Diese Formulierung lässt den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzungshandlung und dem hierdurch erzielten Gewinnanteil klar erkennen. Für ein entsprechendes Verständnis spricht überdies ein Vergleich mit dem Schadensrecht, in dem der

Schädiger ebenfalls nur den Schaden zu ersetzen hat, der kausal durch die Verletzungshandlung entstanden ist. Für eine abweichende Auslegung besteht auch unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit kein Bedarf (vgl. Ohly/ Sosnitza, a.a.O., § 10 UWG Rn. 7). § 10 Abs. 1 UWG soll die Zuwiderhandlung nicht sanktionieren, sondern einer wirksamen Abschreckung dienen (vgl. die amtliche Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucksache 15/1487, S.24). Es erscheint daher sachgerecht, dem Verletzer lediglich den rechtswidrig erzielten Gewinnanteil zu entziehen und nicht auch den darüber hinausgehenden rechtmäßigen Vorteil (vgl. Gärtner, GRUR Int. 2008, 817, 818). Vor diesem Hintergrund schließt sich das Gericht der wohl überwiegenden Auffassung an, nach der lediglich der kausal durch die unlautere Verletzungshandlung erzielte Gewinnanteil herauszugeben ist.

b) Im vorliegenden Fall errechnet sich der abzuschöpfende Gewinn im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG daher nach dem durch die Zahlung der „Nichtnutzungsgebühr“ unmittelbar erlösten Umsatz unter Abzug derjenigen Kosten, die ausschließlich diesem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnen sind. Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne die wettbewerbswidrige Handlung - hier also ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr - angefallen wären, sind mithin nicht abzugsfähig (vgl. Köhler/ Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 10 Rz. 7).

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagten durch die Zahlung der „Nichtnutzungsgebühr“ im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012 einen Umsatz von 599.446,04 € erzielt hat. Hiervon sind - auch insoweit besteht zwischen den Parteien Einigkeit - die hierauf zu entrichtenden Steuern und Abgaben in Abzug zu bringen (dazu nachfolgend unter e). Dass der Beklagten im Zusammenhang mit der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr darüber hinaus weitere - ausschließlich dem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnende - Kosten entstanden wären, die von dem erzielten Umsatz in Abzug zu bringen wären, hat die Beklagte hingegen nicht hinreichend substantiiert dargelegt.

aa) Zwar behauptet die Beklagte, dass ihr für die Kundengruppe, denen im streitgegenständlichen Zeitraum (1. Juni 2011 bis 31. Juli 2012) zumindest einmalig eine „Nichtnutzungsgebühr“ in Höhe von 4,95 € in Rechnung gestellt worden sei, Kosten in Höhe von ins-

gesamt 10.123.923,- € entstanden seien. Bei dem ganz überwiegenden Teil der in diesem Zusammenhang aufgeführten Kostenpositionen handelt es sich jedoch ersichtlich um betriebliche Aufwendungen, die der Beklagten auch ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im Rahmen der den Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ betreffenden Mobilfunkverträge entstanden sind. Dies gilt sowohl für die - jeweils nach Behauptung der Beklagten - an den Netzprovider geleisteten Vorleistungskosten (4.936.508,- €), die Kundengewinnungs- und Vertriebskosten (4.448.749,- €), die die Beklagte als Provision für die Gewinnung von Kunden an ihre Vertriebspartner und Händler bezahlt hat, die Kundenbetreuungskosten (307.357,- €), die der Beklagten insbesondere für die mit der Kundenbetreuung befassten Callcenter entstanden sind sowie darüber hinaus auch für die Umsatzbeteiligung aller Vertriebspartner (243.402,- €), jedenfalls soweit sich diese Provisionen nicht auf die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr, sondern auf die übrigen erzielten Einnahmen bezieht. Dass und gegebenenfalls aus welchem Grund diese Kostenpositionen ausschließlich dem wettbewerbswidrigen Verhalten der Klägerin zuzuordnen wären, hat die Beklagte jedenfalls trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises in der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2016 (Bl. 338 d.A.) nicht ansatzweise dargelegt.

bb) Was die Kostenposition „Forderungsausfall“ (187.907,- €) betrifft, kann ein solcher schon deshalb nicht (erneut) in Abzug gebracht werden, weil die Beklagte ihren Inkassoausfall ausweislich ihres vorgerichtlichen Schreibens vom 4. Dezember 2015 (Anlage KG 3, Bl. 305 d.A.) bei Bezifferung der tatsächlich erzielten Umsatzerlöse aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr auf 599.446,04 € bereits berücksichtigt hatte. Hierauf hat das Gericht auch in der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2016 hingewiesen, ohne dass die Beklagte dem weiter entgegengetreten wäre.

cc) Soweit die Beklagte darüber hinaus unter Beweisantritt behauptet, im streitgegenständlichen Zeitraum einen Provisionsanteil in Höhe von 14.986,15 € an ihre Vertriebspartner gezahlt zu haben, der allein aufgrund der Erhebung der „Nichtnutzungsgebühr“ angefallen ist (2,5 % des durch die Erhebung dieser Gebühr erzielten Umsatzes), käme ein Abzug nach § 10 Abs. 2 Satz 1 UWG zwar grundsätzlich in Betracht. Voraussetzung für die Abzugsfähigkeit der behaupteten anteiligen Provisionszahlung wäre jedoch nicht nur, dass die entsprechenden Zahlungen – wie die Beklagte unter Beweisantritt behauptet hat – tatsächlich erfolgt und ausschließlich durch das wettbewerbswidrige Verhalten veranlasst sind, sondern

auch, dass die Beklagte gegenüber sämtlichen betroffenen Vertriebspartnern zur Erbringung nach Grund und Höhe verpflichtet war (vgl. Ohly/ Sosnitzer, UWG, 7. Aufl. 2016, § 10 Rn. 17). Dass entsprechende vertragliche Verpflichtungen gegenüber den Vertriebspartnern bestanden haben, hat die Beklagte aber trotz eines entsprechenden gerichtlichen Hinweises vom 12. Januar 2017 nicht substantiiert dargelegt.

c) Soweit die Beklagte gleichwohl unter Berufung auf das Gebot der einheitlichen Betrachtung des Gesamtgeschehens die Kostenunterdeckung in Höhe von 387.812,- € in Abzug bringen will, die ihr nach ihrer Behauptung ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr mit derjenigen Kundengruppe entstanden ist, der sie im fraglichen Zeitraum zumindest eine Nichtnutzungsgebühr in Rechnung gestellt hat, überzeugt dies nicht. Dass es nach Ansicht des erkennenden Gerichts lediglich auf den kausal durch die unlautere geschäftliche Handlung erzielten Gewinn ankommt und dementsprechend auch lediglich die ausschließlich auf die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr entfallenden Kosten abzugsfähig sind, ist bereits oben ausgeführt worden. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die Beklagte die behauptete Kostenunterdeckung auch dann, wenn man sich der von ihr geforderten einheitlichen Betrachtung des Gesamtgeschehens anschließen wollte, nicht lediglich von dem Umsatz in Abzug bringen könnte, den sie durch die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr erzielt hat. Im Falle einer solchen Gesamtbetrachtung müsste nämlich zumindest auf den gesamten zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß durch den Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ erzielten Umsatz abgestellt und von diesem die ausschließlich diesem Tarif zuzuordnenden Kosten in Abzug gebracht werden, die der Beklagten entstanden sind. Eine solche, auf den Gesamtumsatz bezogene Berechnung hat aber auch die Beklagte ersichtlich weder vorgenommen noch vornehmen wollen.

d) Auf die Berücksichtigung hypothetischer Einnahmen, die die Beklagte nach ihrer Behauptung erzielt hätte, wenn sie bereits bei Einführung des Tarifs erkannt hätte, dass die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr mit der geltenden Rechtslage nicht zu vereinbaren sei, kann sich die Beklagte ebenfalls nicht erfolgreich berufen. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass sie in diesem Fall - wie sie behauptet - den Tarif etwa durch Erhöhung der monatlichen Grundgebühr oder durch Einführung eines monatlich zu erzielenden Mindestumsatzes so ausgestaltet hätte, dass sie in dem streitgegenständlichen Zeitraum jedenfalls mit diesem Tarif auch ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr zumin-

dest kostendeckend gearbeitet hätte. Gleichwohl kann die Beklagte auch mit diesem Argument nicht die von ihr errechnete Kostenunterdeckung in Abzug bringen.

Würde man nämlich dem Verletzer gestatten, von seinen Umsatzerlösen den Betrag abzusetzen, den er im Falle einer rechtmäßigen Vertragsgestaltung hätte erzielen können – und sei es auch nur begrenzt auf den Betrag einer ansonsten entstehenden Kostenunterdeckung – verbliebe ihm de facto ein Deckungsbetrag zu den Kosten, die ihm nicht nur durch das wettbewerbswidrige Verhalten selbst, sondern durch das Gesamtgeschäft entstanden sind. Durch die Erzielung dieses Kostendeckungsbeitrags hätte sich die Vermögenslage des Unternehmens dann verbessert. Dem Unternehmen diesen Vorteil zu belassen, stünde im Widerspruch zu dem Zweck des § 10 Abs. 1 UWG, den Wettbewerbsverstoß aus Präventionsgründen wirtschaftlich zu neutralisieren (vgl. Köhler/Börnckamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 10 Rz. 3). Die Androhung der Gewinnabschöpfung soll den Unternehmer zum ordnungsgemäßen Handeln anhalten, dient mithin - wie bereits oben erwähnt - einer wirksamen Abschreckung (vgl. Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 10 UWG Rz. 4). Muss der Unternehmer damit rechnen, dass er den rechtswidrig erhaltenen Erlös auch insoweit nicht behalten darf, als dessen Herausgabe bei ihm zu einer Kostenunterdeckung führt, wird ihn das eher von derartigen Wettbewerbsverstößen abschrecken als wenn er davon ausgehen darf, dass er zumindest „bei Null“ rauskommt, also keine Verluste macht. Hypothetische Einnahmen, die der Verletzer im Falle eines ordnungsgemäßen Verhaltens hätte erzielen können, müssen daher im Rahmen der Gewinnabschöpfung außer Betracht bleiben.

e) Nach alledem ist daher von einem Gewinn (vor Steuern) von 599.446,04 € auszugehen. Hiervon bringt die Klägerin auf der Grundlage des von beiden Parteien übereinstimmend zugrunde gelegten Konzernsteuersatzes von 30,1 % selbst einen Betrag in Höhe von 180.433,26 € in Abzug, so dass sich ein abzuschöpfender Gewinn von insgesamt 419.012,78 € errechnet.

2. Zinsen in geltend gemachter Höhe und für die zuletzt geltend gemachten Zeiträume ab 14. Mai 2014 stehen der Klägerin als Prozesszinsen zu, § 291 S.2 i.V.m. § 288 BGB. Dies gilt nicht nur hinsichtlich der Zinsen für die jetzt noch zuerkannte Restforderung von 271.080,59 €, sondern auch hinsichtlich der Zinsen für den Teilbetrages von 147.932,19 €,

den die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2016 anerkannt und den sie unstreitig am 27. April 2017 an das Bundesamt für Justiz gezahlt hat. Insbesondere ist die Rechtshängigkeit der (gesamten) Klagforderung nicht erst mit der Bezifferung auf der Leistungsstufe (Schriftsatz vom 2. Mai 2016), sondern bereits in dem Zeitpunkt eingetreten, in dem die unbezifferte Leitungsklage im Wege der Stufenklage erhoben worden ist (vgl. Ernst in Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 291 Rz. 8; Unberath in Beck'scher Online Kommentar BGB, 41. Ed., § 291 Rz. 4 m.w.N.).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Der Kläger hat im Teilurteil vom 14. Mai 2015 ganz überwiegend, im Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 sowie in diesem Schlussurteil hingegen in vollem Umfang obsiegt. Soweit seine weitergehende Auskunftsklage - Auskunft auch über den Endzeitpunkt der Verwendung der Klausel (Anträge B.I.1. und 2.) sowie über die Anzahl der Verträge, die über den Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ geführt worden sind (Antrag B I.3.) - mit Teilurteil vom 14. Mai 2015 abgewiesen worden ist, handelte es sich um eine verhältnismäßig geringfügige Zuvielforderung, die – da sich der Gebührenstreitwert der Stufenklage nach dem Anspruch mit dem höchsten Wert (hier dem Hauptanspruch) richtet, § 44 GKG - keine gesonderten Kosten verursacht hat.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 S.1 ZPO.

Richterin am Landgericht