

Abschrift

A 8704-26(gwa)-31

2 U 5/17
4 O 95/13 LG Kiel

verbraucherzentrale
Bundesverband

14. Juni 2018

EINGEGANGEN

Verkündet am 7. Juni 2018



gez. [redacted] JAng
als Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

mobilcom-debitel GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer [redacted]

[redacted] Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf, Gz.: 6/2013

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [redacted]
[redacted]

gegen

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

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [redacted]
[redacted]

hat der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts [REDACTED], den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24.05.2018 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 14. Juni 2017 verkündete Schlussurteil der Einzelrichterin der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kiel wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte nunmehr in der Leistungsstufe wegen Abschöpfung des Gewinns aus der früheren Verwendung einer Klausel in deren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (der so genannten Nichtnutzungsgebühr) in Anspruch. Er ist der bundesweit tätige Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen der Bundesländer sowie weiterer 25 Organisationen und seit dem 16. Juli 2002 in die ursprünglich beim Bundesverwaltungsamt und mittlerweile beim Bundesamt für Justiz gemäß § 4 UKlaG geführte Liste eingetragen.

Die Beklagte bietet am Markt Telekommunikationsdienstleistungen an. Sie betätigt sich als Mobilfunkprovider und unterhält keine eigenen Netze. In der Vergangenheit gehörte zu ihrem Angebot ein Tarif mit der Bezeichnung „Vario 50/ Vario 50 SMS T-Mobile“ (Bedingungen mit Stand 1. April 2010, Anlage K 4). Im monatlichen „Paketpreis“ von 14,95 € bei einer Laufzeit von 24 Monaten waren nach Wahl des Kunden pro Monat entweder 50 Inklusivminuten Telefonie oder 50 Inklusiv-SMS enthalten. Außerhalb der Inklusivleistungen wurden

Preise von 0,39 €/Minute für Telefonate und 0,19 € pro SMS berechnet. In Fußnote 7 der Tarifbestimmungen der Beklagten war folgende Regelung enthalten:

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

Mit Schreiben vom 28. April 2011 (Anlage K 3) forderte der Kläger die Beklagte zunächst erfolglos auf, die Verwendung dieser Klausel gegenüber Verbrauchern zu unterlassen und bis zum 19. Mai 2011 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Im nachfolgenden Rechtsstreit (Az. 2 O 136/11 des Landgerichts Kiel bzw. 2 U 12/11 des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, Urteile in den Anlagen K 5 und K 6) wurde die Beklagte rechtskräftig zur Unterlassung der Verwendung der Klausel über die Nichtnutzungsgebühr in Verträgen mit Verbrauchern verurteilt, da das formularmäßige Erheben eines Entgeltes ohne jede Gegenleistung des Klauselverwenders gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verstößt. Im Anschluss an das Urteil des Senats vom 3. Juli 2012, mit dem die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kiel zurückgewiesen wurde, verwendete sie die Klausel nicht mehr, und zwar ab dem 1. August 2012.

Der Kläger betreibt wegen der Verwendung der Klausel im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 ein Gewinnabschöpfungsverfahren gemäß § 10 UWG. Er forderte die Beklagte mit Schreiben vom 7. Dezember 2012 auf, die zur Ermittlung der Höhe des abzuschöpfenden Gewinns erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Anlage K 10). Die Beklagte lehnte dies ab. Mit seinen Anträgen zu B. in der Klage vom 23. April 2013 hat der Kläger die Beklagte im Wege der Stufenklage auf Auskunft, Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung und Zahlung des aus der Verwendung der Klausel über die Nichtnutzungsgebühr erzielten Gewinns an das Bundesamt für Justiz in Anspruch genommen. Das Landgericht Kiel hat die Beklagte durch Teilurteil vom 14. Mai 2014 in der ersten Stufe verurteilt, Auskunft zu erteilen über (1.) die Einnahmen aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr des Tarifs „Vario 50/ Vario 50 SMS“ im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 und (2.) die Steuern und Abgaben, die für die unter der vorstehenden Ziffer anzugebenden Einnahmen zu entrichten waren. Der Senat hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten durch Urteil vom 19. März 2015 zurückgewiesen. Die Beklagte hat zunächst Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt (Az. III ZR 128/15), diese aber mit Schriftsatz vom 16. Juni

2015 zurückgenommen.

Nach Rechtskraft der Verurteilung in der Auskunftstufe teilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 6. November 2015 mit, ihr sei im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 durch die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr ein „abschöpfbarer Gewinn“ in Höhe von insgesamt 147.932,19 € entstanden (Anlage KG 1). Sie vertrat dabei die Auffassung, von den im fraglichen Zeitraum als Nichtnutzungsgebühr in Rechnung gestellten Beträgen seien nicht nur die tatsächlich nicht beigetriebenen Gebühren abzuziehen, sondern auch die „für die Erbringung der Leistung aufgewandten abzugsfähigen Kosten“. In den Anwendungsbereich des § 10 UWG fielen nur unlautere Handlungen, die tatsächlich zu einem Gewinn geführt hätten, nicht aber solche, die von vornherein - vollständig oder teilweise - wirtschaftlich erfolglos gewesen seien. In dem Schreiben vom 6. November 2015 teilte die Beklagte die zur Ermittlung des abschöpfbaren Gewinns aus ihrer Sicht maßgeblichen Daten nicht mit und nannte neben dem als Ergebnis ihrer Berechnungen angegebenen Betrag von 147.932,19 € nur den dabei bereits berücksichtigten Konzernsteuersatz von 30,1 %. Der Kläger bat die Beklagte mit Schreiben vom 19. November 2015, die Einnahmen aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr und die von ihr in Abzug gebrachten Kosten zu beziffern und näher darzustellen. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 (Anlage KG 3) erklärte die Beklagte, ihre Einnahmen aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im maßgeblichen Zeitraum hätten nach Abzug des Inkassoausfalls 599.446,04 € betragen. Die von ihr vorgenommenen Abzüge schlüsselte sie weiterhin nicht auf. Der Kläger vertrat demgegenüber mit Schreiben vom 18. Dezember 2015 die Auffassung, ein Anlass für weitere Abzüge bestehe nicht, weil im Rahmen einer „Nichtnutzung“ denkllogisch keine gesonderten Kosten für den Unternehmer entstanden sein könnten. Bei Einnahmen in Höhe von 599.446,04 € ergebe sich nach Abzug der Steuern mit einem Steuersatz von 30,1 % ein abzuschöpfender Gewinn in Höhe von 419.012,78 €. Der Kläger forderte die Beklagte auf, bis zum 30. Dezember 2015 zu bestätigen, dass sie diesen Betrag an das Bundesamt für Justiz zahlen werde. Dem kam die Beklagte nicht nach und nahm nicht weiter Stellung.

Im gerichtlichen Verfahren ist der Kläger mit Schriftsatz vom 2. Mai 2016 unmittelbar in die Leistungsstufe übergegangen und hat den Antrag angekündigt, die Beklagte zu verurteilen, an das Bundesamt für Justiz 419.012,78 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Mai 2014 zu zahlen. Im Verfahren vor dem Landge-

richt hat er wie bereits in der außergerichtlichen Korrespondenz die Höhe der Einnahmen aus der Zahlung der Nichtnutzungsgebühr und den Steuersatz nach den unstreitigen Angaben der Beklagten zugrunde gelegt und die Auffassung vertreten, es seien keine weiteren Abzüge vorzunehmen. Die Beklagte wolle mit ihrer - von ihr auch hinsichtlich des Sachenvortrages bestrittenen - Berechnung Aufwendungen für Leistungen gegenrechnen, die nicht abgenommen worden seien, und damit im Nachhinein das allgemeine Unternehmensrisiko indirekt auf den Verbraucher abwälzen. Kosten, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären, seien nicht abzugsfähig. Die Darlegungen der Beklagten würden auf dem Gedanken eines rechtmäßigen Alternativverhaltens beruhen. Wenn ein Unternehmer gegenüber dem Anspruch aus § 10 UWG einwenden könnte, er hätte anstelle der unlauteren geschäftlichen Handlung auf lautere Art und Weise eben solch einen Gewinn oder jedenfalls Teile davon erzielen können, könnte mit der Vorschrift nicht das Ziel erreicht werden, unlautere geschäftliche Handlungen zu unterbinden.

Die Beklagte hat den Zahlungsanspruch wegen des von ihr selbst als Gewinn angegebenen Teilbetrages von 147.932,19 € aus der Hauptforderung anerkannt und im Übrigen Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, von den Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr in Höhe von 599.446,04 € im betroffenen Zeitraum seien zunächst abzugsfähige Kosten in Höhe von 387.812,00 € abzuziehen, so dass vor Steuern nur noch ein Gewinn von 211.634,04 € verbleibe. Nach Abzug der Steuern mit dem für sich unstreitigen Steuersatz von 30,1 % ergebe sich der Gewinn von 147.932,19 €. Zu den nach ihrer Auffassung abzugsfähigen Kosten hat die Beklagte Folgendes behauptet: Sie habe den betroffenen Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ unter der Annahme kalkuliert, dass der Kunde den Tarif auch tatsächlich nutze und auf diese Weise weitere Umsätze über die vergleichsweise geringe monatliche Grundgebühr hinaus generiert würden. Aufgrund einer Mischkalkulation sei sie zwingend darauf angewiesen gewesen, dass der Kunde weitere abrechenbare Gebühren produziere. Durch die Nichtnutzungsgebühr habe sie verhindern wollen, dass ihre Kunden den Mobilfunkvertrag nur abschließen, um beispielsweise ein subventioniertes Mobilfunkgerät zu erlangen, ansonsten aber den abgeschlossenen Mobilfunkvertrag überhaupt nicht in Anspruch nehmen. Wenn sie, die Beklagte, im Zeitpunkt der Einführung des Tarifs zu der rechtlich zutreffenden Auffassung gelangt wäre, dass die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr rechtlich nicht zulässig sei, hätte sie den Tarif durch Erhöhung der monatlichen Grundgebühr oder durch Einführung eines monatlich zu erzielenden Mindestumsatzes so

ausgestaltet, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum auch ohne die Erhebung einer Nichtnutzungsgebühr zumindest kostendeckend damit gearbeitet hätte. Bei der gewählten Ausgestaltung des Tarifs ergebe sich hingegen ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr eine Kostenunterdeckung in Höhe von 387.812,00 €. Zur Ermittlung dieses Betrages hat die Beklagte eine Berechnung dazu angestellt, welchen Umsatz sie mit denjenigen Kunden, denen sie im streitgegenständlichen Zeitraum zumindest einmal eine Nichtnutzungsgebühr in Rechnung gestellt habe, insgesamt in dem Tarif erzielt habe (9.736.111,00 €). Davon hat sie die von ihr als Vorleistungskosten bezeichneten Beträge in Abzug gebracht, die sie an die Netzbetreiber pro Vertrag mit einer Laufzeit von 24 Monaten gezahlt habe (4.936.508,00 €). Des Weiteren hat sie die Kosten abgezogen, die ihr für die Kundengewinnung, den Vertrieb, den Forderungsausfall, die Umsatzbeteiligung aller Vertriebspartner und die Kundenbetreuung in Bezug auf die betroffene Kundengruppe im Zeitraum vom 1. Juni 2011 zum 31. Juli 2012 entstanden seien (5.187.415,00 €). Ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr verbleibe zu ihren Lasten eine nicht durch den erzielten Gesamtumsatz gedeckte Differenz von 387.812,00 €. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf die Ausführungen in den Schriftsätzen der Beklagten vom 11. Juli und vom 12. August 2016 Bezug genommen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die behauptete Kostenunterdeckung in Höhe von 387.812,00 € sei Gewinn mindernd von ihren Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr abzuziehen. Ein Gewinn im Sinne des §.10 UWG liege nur vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmens durch die Zuwiderhandlung verbessert habe. Wenn sie, die Beklagte, die Unzulässigkeit der Nichtnutzungsgebühr bei Einführung des betroffenen Tarifs zur Kenntnis genommen hätte, hätte sie indes durch andere Mechanismen zwingend sichergestellt, dass ihr durch den Tarif keine Kostenunterdeckung entstanden wäre. Die Kosten in Höhe von 387.812,00 € wären ihr damit ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr nicht entstanden.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 30. November 2016 hat das Gericht den Hinweis erteilt, es seien lediglich diejenigen Kosten abzugsfähig, die ausschließlich dem wettbewerbswidrigen Verhalten - hier also der Verwendung der Nichtnutzungsklausel - zuzuordnen seien. Dies sei bei den von der Beklagten angeführten Kostenpositionen derzeit nicht ersichtlich. Die Beklagte hat daraufhin behauptet, in der mit Schrift-

satz vom 12. August 2016 angeführten Umsatzprovision sei ein Anteil von 14.986,15 € enthalten, der ausschließlich auf die in Rechnung gestellte Nichtnutzungsgebühr im streitgegenständlichen Zeitraum entfalle. Das Landgericht hat die Beklagte durch Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 zur Zahlung von 147.932,19 € verurteilt und zugleich einen Hinweisbeschluss erlassen. Soweit die Beklagte nunmehr behauptete, ein Provisionsanteil in Höhe von 14.986,15 € sei aufgrund der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im streitgegenständlichen Zeitraum an ihre Vertriebspartner gezahlt worden, könne es sich grundsätzlich um abzugsfähige Leistungen im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 1 UWG handeln. Dazu sei jedoch auch substantiiert darzulegen und unter Beweis zu stellen, dass die Beklagte gegenüber sämtlichen betroffenen Vertriebspartnern zur Erbringung nach Grund und Höhe vertraglich verpflichtet gewesen sei. Die Beklagte hat mit Schriftsätzen vom 22. Februar und 16. März 2017 weitere Rechtsausführungen zum Gewinnbegriff des § 10 UWG und der aus ihrer Sicht erforderlichen Gesamtbetrachtung gemacht, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird. Wegen der in erster Instanz gestellten Anträge der Parteien wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Auf die mündliche Verhandlung vom 24. Mai 2017 hat das Landgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung des nicht vom Anerkenntnisurteil erfassten weiteren Betrages von 271.080,59 € nebst näher bezeichneten Prozesszinsen auf den ursprünglich geltend gemachten Gesamtbetrag verurteilt. Der Anspruch in Höhe von insgesamt 419.012,78 € folge aus § 10 UWG. Bei der Ermittlung des abzuschöpfenden Gewinns sei lediglich auf den Gewinnanteil abzustellen, der kausal durch die Verletzungshandlung entstanden sei. Von dem hier durch die Zahlung der Nichtnutzungsgebühr unmittelbar erlösten Umsatz seien nur diejenigen Kosten abzuziehen, die ausschließlich diesem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnen seien. Der Beklagten seien hingegen keine ausschließlich dem wettbewerbswidrigen Verhalten zuzuordnenden Kosten entstanden. Bei den von der Beklagten angeführten Kostenpositionen handele es sich ersichtlich ganz überwiegend um betriebliche Aufwendungen, die ihr auch ohne die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr entstanden seien. Soweit die Beklagte behauptet habe, 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 sei, habe sie trotz des gerichtlichen Hinweises vom 12. Januar 2017 nicht substantiiert dargelegt, dass entsprechende vertragliche Verpflichtungen gegenüber den Vertriebspartnern bestanden hätten.

Die von der Beklagten unter Berufung auf das Gebot der einheitlichen Betrachtung des Gesamtgeschehens angestellte Berechnung überzeuge hingegen nicht. Im Übrigen könne eine Gesamtbetrachtung jedenfalls nicht in der Weise erfolgen, dass die ermittelte Kostenunterdeckung nur von dem Umsatz in Abzug gebracht werde, den die Beklagte durch die Nichtnutzungsgebühr erzielt habe. Im Falle einer Gesamtbetrachtung müsse nämlich zumindest auf den gesamten zeitlich nach dem Wettbewerbsverstoß durch den Tarif „Vario 50/Vario 50 SMS“ erzielten Umsatz abgestellt werden und davon müssten alle ausschließlich diesem Tarif zuzuordnenden Kosten in Abzug gebracht werden. Eine solche auf den Gesamtumsatz bezogene Berechnung habe die Beklagte ersichtlich weder vorgenommen noch vornehmen wollen. Auch auf hypothetische Einnahmen, die die Beklagte nach ihrer Behauptung erzielt hätte, wenn sie die Unzulässigkeit der Klausel über die Nichtnutzungsgebühr bereits bei Einführung des Tarifs erkannt hätte, könne sie sich nicht mit Erfolg berufen. Ansonsten verbliebe ihr de facto ein Deckungsbeitrag zu den Kosten, die ihr nicht nur durch das wettbewerbswidrige Verhalten selbst, sondern durch das Gesamtgeschäft entstanden seien. Es liefe dem Zweck des § 10 UWG - den Wettbewerbsverstoß aus Präventionsgründen wirtschaftlich zu neutralisieren und den Unternehmer davon abzuschrecken - zuwider, wenn er aufgrund des Verstoßes zumindest nicht mit Verlusten rechnen müsste.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Antrag weiter, die Klage in der Leistungsstufe abzuweisen, soweit darüber nicht bereits durch das Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 entschieden worden ist. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts und ist weiterhin der Auffassung, ihre Vermögenslage habe sich in Bezug auf die Gruppe derjenigen Kunden, denen sie im streitgegenständlichen Zeitraum mindestens einmal eine Nichtnutzungsgebühr in Rechnung gestellt habe, nicht um insgesamt 419.012,78 € (nach Steuern), sondern lediglich um 147.932,19 € verbessert. Das Landgericht habe rechtsfehlerhaft nicht die von ihr dargelegte Kostenunterdeckung in Höhe von 387.812,00 € berücksichtigt, die ihr ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr im streitgegenständlichen Zeitraum in dem Tarif „Vario 50/Vario 50 SMS“ entstehe. Sie, die Beklagte, habe die Nichtnutzungsgebühr nicht isoliert erhoben, sondern lediglich als eine von mehreren Preiskomponenten dieses Tarifs. Ohne eine einheitliche Betrachtung des Gesamtgeschehens müsse sie mehr an Gewinn herausgeben, als sich ihre Vermögenslage durch diesen Tarif mit der relevanten Kundengruppe im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich verbessert habe. Das Landge-

richt argumentiere damit, dass § 10 UWG einer wirksamen Abschreckung diene. Selbst wenn dies zutreffe, solle jedenfalls nur ein zu Unrecht erzielter Gewinn abgeschöpft werden, nicht aber eine darüber hinausgehende Strafe verhängt werden. Sie, die Beklagte, werde im Ergebnis in Höhe von 387.812,00 € bestraft, wenn die entsprechende Kostenunterdeckung nicht berücksichtigt werde.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Schlussurteil abzuändern und die Klage vom 2. Mai 2016 abzuweisen, soweit über sie nicht bereits mit Teil-Anerkenntnisurteil vom 12. Januar 2017 entschieden worden ist.

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die Berufung ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Gewinnabschöpfungsanspruch aus § 10 UWG bestand ursprünglich in Höhe des geltend gemachten Betrages von insgesamt 419.012,78 €, so dass die Klage auf Zahlung des noch offenen Betrages von 271.080,59 € sowie der geltend gemachten Zinsen an das Bundesamt für Justiz begründet ist.

1.

Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann gemäß § 10 Abs. 1 UWG von den nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 - 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs berechtigten Personen auf Herausgabe des erzielten Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Die Voraussetzungen für einen Gewinnabschöpfungsanspruch sind hier dem Grunde nach gegeben. Mit der Verwendung der unwirksamen Klausel über die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis zum 31. Juli 2012 hat die Beklagte vorsätzlich eine nach § 3 UWG unzulässige geschäft-

liche Handlung vorgenommen und dadurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt. Insoweit wird auf die Ausführungen im Senatsurteil vom 19. März 2015 betreffend die Auskunftstufe (Az. 2 U 6/14) Bezug genommen, die nach wie vor Bestand haben und denen die Beklagte auch nicht mehr entgegengetreten ist.

2.

Das Landgericht geht zu Recht und mit zutreffender Begründung von einem abschöpfbaren Gewinn der Beklagten in Höhe von insgesamt 419.012,78 € im streitgegenständlichen Zeitraum aus. Gewinn im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG sind die in diesem Zeitraum tatsächlich erzielten Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr in Höhe von 599.446,04 €, auf deren Zahlung die Beklagte keinen Rechtsanspruch hatte. Davon abzuziehen sind nur die darauf entrichteten Steuern nach dem unstreitigen Steuersatz von 30,1 %. Für die Ermittlung des Gewinns im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte auf die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr angewiesen war, um gegenüber denjenigen Kunden, denen im streitgegenständlichen Zeitraum mindestens einmal eine solche Gebühr in Rechnung gestellt wurde, eine Kostenunterdeckung in ihrem Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ zu vermeiden.

a.

Nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 1 UWG hängt der Gewinnabschöpfungsanspruch davon ab, dass der Verletzer vorsätzlich die unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und „hierdurch“ zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt. Der Anspruch richtet sich auf Herausgabe „dieses Gewinns“ an den Bundeshaushalt. Auf den Gewinn sind nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG die Leistungen anzurechnen, die der Schuldner „auf Grund der Zuwiderhandlung“ an Dritte oder an den Staat erbracht hat.

Zweck der Regelung ist ausweislich des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 22. August 2003, die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts zu verbessern (BT-Drucks. 15/1487, S. 23). Bei den so genannten Streuschäden wird durch das wettbewerbswidrige Verhalten eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt, während die Schadenshöhe im Einzelfall gering ist. In solchen Fällen besteht die Gefahr, dass die einzelnen Geschädigten von einer Rechtsverfolgung absehen, weil der Aufwand und die Kosten in keinem Verhältnis zu ihrem jeweiligen Schaden stehen, so dass der Verletzer den vorsätzlich widerrechtlich erlangten Gewinn

letztlich behalten kann. Als Beispiel nennt der Gesetzgeber unter anderem die Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund (a. a. O.). Um einen derartigen Fall geht es hier. Wegen eines zu Unrecht verlangten Betrages von 4,95 € führt eine Vielzahl von Kunden keinen Rechtsstreit und nimmt weder die damit verbundene Mühe noch die um ein Vielfaches höheren Kosten in Kauf.

Die Höhe des Abschöpfungsanspruchs bemisst sich ausweislich der Gesetzesbegründung nach dem „durch den Wettbewerbsverstoß auf Kosten der Abnehmer erzielten Gewinn“, und zwar nach den „Umsatzerlösen abzüglich der Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie abzüglich eventuell angefallener Betriebskosten“ (a. a. O.). Nicht abzugsfähig sind hingegen Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären (a. a. O.). Durch die Abzugsmöglichkeit nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG soll sichergestellt werden, dass dem Unternehmer zwar nicht der aus dem Wettbewerbsverstoß erzielte Gewinn verbleibt, aber die Gewinnabschöpfung auch nur dann stattfindet, wenn ansonsten noch eine Schutzlücke bestände. Letzteres ist nicht der Fall, soweit die Ansprüche der betroffenen Abnehmer ausgeglichen sind oder der Unternehmer staatlichen Sanktionen wie zum Beispiel Geldstrafen ausgesetzt war (a. a. O.).

Im konkreten Fall hat die Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum Umsatzerlöse in Höhe von insgesamt 599.446,04 € erzielt, indem sie die Nichtnutzungsgebühr von einer Vielzahl von Verbrauchern eingezogen hat, obwohl sie wusste, dass ein Rechtsanspruch darauf nicht bestand. Die Beklagte hat keinerlei Leistungen erbracht, die im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der zusätzlich zu Paketpreis und Verbindungsentgelten erhobenen Nichtnutzungsgebühr stehen. Ihr sind insoweit auch keinerlei sonstige Aufwendungen entstanden. Anders als in Fällen einer überhöhten Schadenspauschale stellt sich nicht einmal die Frage, ob die tatsächlich durch ein pflichtwidriges Verhalten des Verbrauchers entstandenen Schäden in Abzug zu bringen sind (was zweifelhaft ist, vgl. Senatsurteil vom 23. November 2017, Az. 2 U 1/17, S. 46 f.). Ein pflichtwidriges Verhalten haben die Verbraucher, die von der Nichtnutzungsgebühr betroffen waren, nicht an den Tag gelegt. Sie waren berechtigt, nicht aber verpflichtet, die Dienstleistungen der Beklagten in Anspruch zu nehmen. Schließlich hat die Beklagte, wie bereits vom Landgericht zutreffend ausgeführt, nicht konkret dazu vorgetragen, dass sie Dritten gegenüber Ansprüche aufgrund des Wettbewerbsverstoßes ausgeglichen habe und damit ein Abzug nach § 10 Abs. 2 S. 1 UWG in Betracht käme.

b.

Die Beklagte kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine einheitliche Betrachtung des Gesamtgeschehens anzustellen sei, bei der sich für sie im streitgegenständlichen Zeitraum lediglich ein Gewinn von insgesamt 147.932,19 € ergebe.

Eine derartige Gesamtbetrachtung aller Vorgänge, in deren Rahmen das unlautere Verhalten erfolgt ist, ist ohnehin ausgeschlossen, wenn man mit der herrschenden Meinung, der auch der Senat zuneigt, nur denjenigen Gewinn als abschöpfbar ansieht, der gerade durch die vorsätzliche Verletzungshandlung als solche verursacht worden ist (so LG München I, GRUR-RR 2015, S. 255 ff.; Ohly/Sosnitzka, UWG, 7. Auflage, § 10 Rn. 7; Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Auflage, § 10 Rn. 7; Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Auflage, § 10 Rn. 24; Melullis in: Loschelder/Erdmann, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, § 81 Rn. 11). Dies hat, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, zur Folge, dass auch keine Kosten des Unternehmers abgesetzt werden können, die nicht auf der Zuwiderhandlung beruhen. Das Landgericht argumentiert zu Recht, dass diese Betrachtungsweise dem Gesetzeswortlaut und -zweck entspreche. Die Gesetzesbegründung lässt ebenfalls erkennen, dass auf die Umsatzerlöse aus der Zuwiderhandlung abzustellen ist und keine Aufwendungen Gewinn mindernd abzuziehen sind, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten angefallen wären.

Die Gegenauffassung, die auf eine einheitliche Betrachtung des Gesamtgeschehens abstellt, würde nach den Umständen des konkreten Falls aber ebenfalls nicht die Gewinnberechnung der Beklagten stützen.

Die Beklagte führt in ihrem Schriftsatz vom 22. Februar 2017 (dort S. 2 und 3) und in der Berufungsbegründung (dort S. 4) drei Vertreter der Gegenauffassung an: Goldmann in: Harthe-Bavendamm/ Henning-Bodewig, UWG, 4. Auflage, § 10 Rn. 120; Micklitz in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, § 10 Rn. 127, und Schaub in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 10. Auflage, Kapitel 37 Rn. 8. Danach soll die Aufspaltung einer Wettbewerbsaktion in einen gedachten lautereren und einen demgegenüber isoliert bestehenden unlauteren Bestandteil künstlich und lebensfremd sein. Vielmehr sei eine Wettbewerbsaktion, die unlautere Elemente enthalte, insgesamt als unlauter anzu-

sehen und der Gewinn daraus abzuschöpfen.

Dabei kann hier dahinstehen, ob die einheitliche Betrachtung eines Geschehens als insgesamt unlautere Wettbewerbsaktion überhaupt zu einem für den Verletzer günstigeren Ergebnis führen könnte, als es bei der Abschöpfung nur des kausal auf dem rechtswidrigen Verhalten als solchem beruhenden Gewinns der Fall wäre. Jedenfalls stellt sich gerade im konkreten Fall die Problematik der Abgrenzung zwischen einem lauterem und einem unlauteren Teil einer einheitlichen Aktion nicht. Überlegungen zur Abgrenzung sind angezeigt, wenn zum Beispiel bei einer Werbung nur einzelne von mehreren Werbeaussagen unzulässig sind (vgl. Ohly/Sosnitzka, a. a. O., § 10 Rn. 7; Köhler/Bornkamm/Feddersen, a. a. O., § 10 Rn. 7) oder bei einer so genannten Mogelpackung ein Teil der angegebenen Füllmenge fehlt (vgl. Ullmann, jurisPK-UWG, a. a. O., § 10 Rn. 24). Hier besteht das vorsätzlich unlautere Verhalten der Beklagten, das zur Gewinnabschöpfung führt, aber darin, dass sie die Nichtnutzungsgebühren weiterhin eingezogen hat, nachdem sie das Fehlen eines entsprechenden Rechtsanspruchs feststellen musste. Dieses Verhalten ist klar davon abgrenzbar, dass die Beklagte ansonsten in lauterer Weise mit den Kunden des Tarifs „Vario 50/ Vario 50 SMS“ die Erbringung von Mobilfunkdienstleistungen gegen Entgelt vereinbart und die Verträge durchgeführt haben mag.

In der Fallgruppe der Einziehung geringer Beträge ohne Rechtsgrund, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des Gewinnabschöpfungsanspruchs unter anderem im Blick hatte, beruht der gesamte Gewinn auf dem Wettbewerbsverstoß (vgl. Ullmann, jurisPK-UWG, a. a. O., § 10 Rn. 24). Wenn ein Unternehmer wider besseres Wissen aufgrund einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein zusätzliches und nicht geschuldetes Entgelt dafür erhebt, dass der Kunde im Rahmen des Vertragsverhältnisses nicht von der bloßen Möglichkeit Gebrauch macht, die Dienstleistungen des Unternehmers in Anspruch zu nehmen, ist dies eine unlautere Handlung, die sich von der sonstigen Vertragsabwicklung klar abgrenzen lässt.

Die Beklagte meint zwar, die Einziehung der Nichtnutzungsgebühr sei kein abgrenzbares Verhalten, weil diese Gebühr „ausschließlich als Bestandteil eines bestimmten Telefonspreises“ erhoben worden sei. Dass die Beklagte diese zusätzliche „Preiskomponente“ geschaffen hat, um eine Amortisation ihrer eigenen Leistungen auch bei denjenigen Kunden zu er-

reichen, die nur an der Erlangung eines subventionierten Mobiltelefons interessiert sind, ist jedoch ihre eigene unternehmerische Entscheidung, deren Folgen sie selbst zu tragen hat. Wenn ein Unternehmer das Entgelt für seine Leistung kalkuliert, muss er es hinnehmen, wenn die Kalkulation nicht aufgeht. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob Einnahmen sich letztlich aus tatsächlichen Gründen nicht realisieren lassen oder eine Preiskomponente in rechtlich unzulässiger Weise ausgestaltet wurde. Das unternehmerische Risiko einer Kalkulation unter fehlerhaften rechtlichen Annahmen kann der Beklagten nicht in der von ihr gewünschten Weise abgenommen werden. Als sie bemerkte, dass sie die Nichtnutzungsgebühr nicht einziehen durfte, hatte sie dies auch dann zu unterlassen, wenn sie die Einnahmen nach ihrer Kalkulation benötigte, um nicht zu einer Kostenunterdeckung gegenüber bestimmten Kunden zu kommen.

Durch die Gewinnabschöpfung soll die Beklagte lediglich so gestellt werden, als wenn sie sich im Anschluss an die Abmahnung der Beklagten von vornherein redlich verhalten und von der Einziehung der Nichtnutzungsgebühr Abstand genommen hätte. Wenn ihr nun gegenüber bestimmten Kunden eine Kostenunterdeckung entsteht, wird dies nicht durch die Gewinnabschöpfung verursacht, sondern durch die eigene fehlerhafte Kalkulation der Beklagten. Abschöpfbar sind jedenfalls die Vorteile, die dem Verletzer anderenfalls allein deshalb verbleiben würden, weil die durch den Wettbewerbsverstoß Beeinträchtigten ihre Ansprüche nicht geltend machen (Melullis in: Loschelder/Erdmann, a. a. O., § 81 Rn. 28). Diejenigen Vertragspartner der Beklagten, denen sie die Nichtnutzungsgebühr in Rechnung gestellt hat, könnten die gezahlten Beträge indes ohne Weiteres aus § 812 BGB ersetzt verlangen. Da die Kunden sich ihrerseits nicht pflichtwidrig verhalten haben, sind auch aufrechenbare Gegenansprüche der Beklagten ausgeschlossen. Mit der Abschöpfung des vollen Gewinns aus der Erhebung der Nichtnutzungsgebühr im streitgegenständlichen Zeitraum wird nicht etwa eine vom Gesetzeszweck nicht gedeckte Bestrafung der Beklagten herbeigeführt, sondern genau der Zustand, der ohne das vorsätzlich unlautere Verhalten der Beklagten bestanden hätte. Der Abschreckungszweck des § 10 UWG würde unterlaufen, wenn der Unternehmer die vorsätzlich zu Unrecht eingezogenen Beträge behalten dürfte, damit seine ursprüngliche Kalkulation jedenfalls nicht zu einem Verlust führt.

Schließlich liegt die Argumentation der Beklagten im konkreten Fall noch aus einem weiteren Grund neben der Sache. Das Landgericht hat auf Seite 10 des angefochtenen Urteils zutreffend ausgeführt, dass die von der Beklagten behauptete Kostenunterdeckung selbst im Falle einer Betrachtung des Gesamtgeschehens nicht einfach von dem Umsatz in Abzug gebracht werden könnte, den sie durch die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr erzielt habe. Die Beklagte nimmt eine sehr selektive „Gesamtbetrachtung“ vor, wenn sie darauf abstellt, dass es ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr gerade gegenüber denjenigen Kunden zu einer Kostenunterdeckung komme, denen sie im betroffenen Zeitraum mindestens einmal eine solche Gebühr in Rechnung gestellt habe. Sie geht im Berufungsverfahren nicht auf die zutreffende Erwägung des Landgerichts im angefochtenen Urteil ein, dass bei einer Gesamtbetrachtung zumindest auf den gesamten durch den Tarif „Vario 50/ Vario 50 SMS“ nach dem Wettbewerbsverstoß erzielten Umsatz abgestellt werden müsse und davon die ausschließlich diesem Tarif zuzuordnenden Kosten in Abzug zu bringen seien. Wenn man - wie es das Landgericht bereits im Urteil betreffend die Auskunftsstufe getan hat - nur auf die unmittelbar durch die Erhebung der Nichtnutzungsgebühr erzielten Einnahmen abstellt, kommt es zwar auf die sonstigen im betroffenen Tarif erzielten Einnahmen nicht an. Wenn die Beklagte aber eine Gesamtbetrachtung für angezeigt hält, darf sich diese jedenfalls nicht auf eine selektiv innerhalb des Tarifs ausgewählte Kundengruppe beziehen. Das ist in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert worden.

Die Beklagte kann, wie bereits ausgeführt, ohnehin schon im Ansatz nichts für sich daraus herleiten, dass sie den Tarif unter fehlerhaften rechtlichen Annahmen kalkuliert hat. Jedenfalls aber kann sie nicht geltend machen, dass sie ohne die Nichtnutzungsgebühr gerade gegenüber den von der Gebühr betroffenen Kunden einen Verlust erleide. Dabei blendet sie aus, dass sie gegenüber anderen Nutzern desselben Tarifs, die ihr Verhalten auf die vermeintliche Wirksamkeit der Klausel ausgerichtet haben, im Gegenzug Gewinne erzielt haben kann. Ferner berücksichtigt die Beklagte nicht den Effekt, dass sie mit der Klausel auch Kunden davon abgehalten haben dürfte, diesen Tarif überhaupt zu wählen, wenn sie lediglich das subventionierte Mobiltelefon erhalten wollten. Aus den Ausführungen der Beklagten ergibt sich dementsprechend nicht einmal, dass ihr in der Gesamtschau eine Kostenunterdeckung entsteht. Ob eine hypothetische andere Gestaltung des Tarifs überhaupt am Markt durchsetzbar gewesen wäre und einen vergleichbaren Erfolg gehabt hätte, ist nicht nur aus Rechtsgründen ohne Bedeutung, sondern auch tatsächlich ungewiss.

3.

Der Ausspruch zu den Kosten des Berufungsverfahrens folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für eine Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 ZPO bestehen nicht. Die Sache hat keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Es trifft zwar zu, dass der Gewinnbegriff des § 10 UWG in der Literatur streitig ist und bisher - soweit ersichtlich - keine höchstrichterliche oder auch nur obergerichtliche Rechtsprechung zur Höhe des abzuschöpfenden Gewinns in der Leistungsstufe ergangen ist. Auch mag es Fälle geben, in denen es auf die streitige Rechtsfrage ankommt, ob der Anspruch aus § 10 UWG sich nur auf den gerade durch die vorsätzliche unzulässige Handlung erzielten Gewinn bezieht oder aber auf den gesamten Gewinn, den der Verletzer aus einem unlauteren Vertrieb erzielt. Nach den Umständen des konkreten Falls hätte die Berufung aber selbst dann keinen Erfolg, wenn eine Gesamtbetrachtung des Tarifangebotes „Vario 50/ Vario 50 SMS“ im streitgegenständlichen Zeitraum anzustellen wäre. Eine solche Gesamtbetrachtung nimmt die Beklagte selbst im Anschluss an die eindeutigen Ausführungen im angefochtenen Urteil im Berufungsverfahren nicht vor. Sie beruft sich nur darauf, dass ihr ohne die Einnahmen aus der Nichtnutzungsgebühr eine Kostenunterdeckung im Verhältnis zu denjenigen Kunden entstehe, die zumindest zeitweise nicht telefoniert und keine SMS versandt haben. Eine solche selektive Betrachtungsweise ist nach keiner Rechtsauffassung gerechtfertigt.

