
Datum: 29.07.2015
Gericht: Landgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 12. Zivilkammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 O 195/15
ECLI: ECLI:DE:LGD:2015:0729.12O195.15.00

Tenor:

I.

Die Antragsgegnerin wird untersagt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten,

bei der Abwicklung von Verträgen über Festnetz- und Mobiltelefondienstleistungen sowie Verträgen über Internetzugänge im Festnetz- und Mobilbereich von Verbrauchern

1. für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag i.H.v. 5,00 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diese in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen, es sei denn, die Antragsgegnerin hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualvereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Rücklastschrift anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen,

2. für eine Mahnung einen Pauschalbetrag i.H.v. 3,00 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diese in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen, es sei denn, die Antragsgegnerin hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualvereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Mahnung anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen.

II.

Die Antragsgegnerin wird untersagt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten,

in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere Preislisten, zum Abschluss von Verträgen über Telefondienstleistungen oder Internetzugänge gegenüber Verbrauchern folgende oder diesen inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden oder sich bei der Abwicklung entsprechender Verträge auf solche Klauseln zu berufen:

1. Leistung Preise in Euro inklusive MwSt. (Preise in Euro ohne MwSt.)

Rücklastschriftpauschale**, *** 5,00 (4,2017)

** In der Berechnung sind die Gebühren der Kundenbank enthalten. Wir behalten uns das Recht vor die Pauschale entsprechend zu erhöhen, wenn Ihre Kundenbank die an die W belasteten Gebühren anhebt.

*** Die Berechnung erfolgt nur, wenn der Kunde die zugrundeliegende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Betrag ist niedriger anzusetzen oder entfällt, wenn der Kunde nachweist, dass ein wesentlich geringerer oder überhaupt kein Schaden eingetreten ist.

2. Leistung Preise in Euro inklusive MwSt. (Preise in Euro ohne MwSt.)

Mahnpauschale*** 3,00 (2,5210)

*** Die Berechnung erfolgt nur, wenn der Kunde die zugrundeliegende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Betrag ist niedriger anzusetzen oder entfällt, wenn der Kunde nachweist, dass ein wesentlich geringerer oder überhaupt kein Schaden eingetreten ist.

III.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

	1
--	---

<u>Tatbestand</u>	2
--------------------------	---

Der Antragsteller ist ein Verbraucherschutzverband, der in die Liste der qualifizieren Einrichtungen gem. § 4 UklG eingetragen ist.	3
---	---

Die Antragsgegnerin ist eine Gesellschaft, die ihren Kunden den Abschluss von Verträgen über Telekommunikationsleistungen anbietet.	4
---	---

Die Parteien streiten seit Ende 2012 über die Praktik der Antragsgegnerin, ihren Kunden mit ihrem automatisierten Rechnungswesen systematisch Rücklastschrift- und Mahnpauschalen in Rechnung zu stellen, ohne mit ihren Privatkunden eine Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des Rücklastschrift- bzw. Mahnschadens getroffen zu haben. Die Antragsgegnerin hatte im Jahre 2012 alle Hinweise auf von Kunden im Falle einer Rücklastschrift oder Mahnung zu zahlenden Schadensersatzpauschalen aus ihren AGB und Preislisten für Privatkunden entfernt, die systematische Inrechnungstellung und Inkassierung der Pauschalen aber fortgesetzt, die Rücklastschriftpauschale Anfang 2013 sogar auf 15,00 EUR erhöht. Gegen diese Praktik ist der Antragsteller mehrfach erfolgreich gerichtlich vorgegangen, worauf die Antragsgegnerin stets nur „scheibchenweise“ nachgegeben hat. Offenbar im April 2015 hat die Antragsgegnerin ihre Rücklastschrift- und Mahnpauschalen erneut, nun auf 5,00 EUR bzw. 3,00 EUR reduziert, welche sie in Rechnungen geltend macht. Vorliegend wendet sich der Antragsteller gegen diese, nach seiner Auffassung noch immer überhöhten Pauschalen. Im Einzelnen:	5
In den „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für W2 (AGB), Stand: Mai 2010‘ der Antragsgegnerin, wie sie noch im März 2012 auf der Internetseite www.W3. de abrufbar waren, war u.a. folgende Klausel enthalten:	6
3. Vergütung	7
3.6 ‘Der Einzug von Rechnungsbeträgen im Lastschriftverfahren ist als Standard vorgesehen. ‘W3 ist berechtigt, im Falle der Nichtteilnahme am Lastschriftverfahren sowie im Fall von Rücklastschriften ein zusätzliches Bearbeitungsentgelt zu erheben.	8
Die „Preisliste W3 Festnetz, Stand: 12.05.2009“ der Antragsgegnerin, wie sie noch im März 2012 auf der Internetseite www.W3. de abrufbar war, enthielt dazu die Einträge:	9
Zahlung bei Nicht-Teilnahme am Lastschriftverfahren - 1,0252 (je Rechnung)	10
Rücklastschrift (je Vorgang, es sei denn der Kunde hat die Rücklastschrift nicht zu vertreten - 12,50001 (ohne MwSt.).	11
Dem Kunden bleibt der Nachweis unbenommen, dass W3 durch die Rücklastschrift oder die Mahnung kein oder ein wesentlich geringerer Aufwand entstanden ist.	12
Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin im März 2012 u.a. wegen der Klauseln über Pauschalen für Rücklastschriften in den Preisverzeichnissen ab. Die Antragsgegnerin erklärte seinerzeit, dass es sich bei den vom Antragsteller beanstandeten AGB und Preislisten um veraltete Fassungen handeln würde, die sie gar nicht mehr verwende. Sie ersetzte die AGB und Preislisten auf ihrer Internetseite durch neue Fassungen, die keinerlei Hinweise auf im Rücklastschriftfall vom Kunden zu erhebende Beträge mehr enthielten. Im November 2012 erfuhr der Antragsteller dann, dass die Antragsgegnerin ihren Privatkunden im Falle einer Rücklastschrift systematisch eine Rücklastschriftpauschale i.H.v. 13,00 EUR und im Falle einer Mahnung eine Mahnkostenpauschale i.H.v. 9,00 EUR in Rechnung stellte, ohne dass die AGB und Preislisten entsprechende Klauseln enthielten. Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin erfolglos ab und nahm sie dann im Verfügungsverfahren vor dem LG Düsseldorf zu Az. 12 O 649/12 auf Unterlassung in Anspruch. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte das landgerichtliche Urteil. Im Januar 2013 erhöhte die Antragsgegnerin ihre Rücklastschriftpauschale auf 15,00 EUR Mit Beschluss vom 07.01.2013 untersagte das LG Düsseldorf der Antragsgegnerin die Erhebung der Pauschalen und bestätigte den Beschluss auf den Widerspruch der Antragsgegnerin durch Urteil vom	13

05.06.2013.

Erstmals am 26.05.2015 gelangte der Antragsteller in den Besitz einer W3-Rechnung, welche die reduzierten Pauschalen von 5,00 EUR und 3,00 EUR auswies. Der W3-Kunde Herr H3 sendete dem Antragsteller mit E-Mail vom 26.05.2015 eine an dessen Sohn Herrn H4 gerichtete Rechnung vom 07.05.2015 zu, in der unter „Sonstiges“ statt der früheren Pauschalen von 9,50 EUR und 6,50 EUR in ansonsten inhaltsgleicher Form die reduzierten Pauschalen von 5,00 EUR und 3,00 EUR wie folgt ausgewiesen waren:

Sonstiges 15

1 Erste Mahnung 0 % 3,00 16

1 Rücklastschrift (inkl. Bankgebühr) 0 % 5,00 17

Dieser Rechnung war der Versuch der Antragsgegnerin vorausgegangen, Mitte April 2015 eine Lastschrift zur vorhergehenden Rechnung vom Konto des Herrn H4 einzuziehen. Diese Lastschrift war fehlgeschlagen, weil das Konto zu diesem Zeitpunkt nicht ausreichend gedeckt war. Daraufhin informierte die Antragsgegnerin Herrn H4 mit SMS vom 21.04.2015 wie folgt: „Lieber W3-Kunde, bitte zahlen Sie Ihre Rechnung. Wir konnten den Betrag nicht abbuchen. Mehr Infos: 12443. Freundliche Grüße, Ihr W3-Team“. Weitere Mitteilungen oder Mahnungen zu der Rücklastschrift erhielt Herr H4 vor. 18

Mit Schreiben vom 27.05.2015 mahnte der Antragsteller die Antragsgegnerin im Hinblick auf die streitgegenständlichen Praxis erfolglos ab. 19

Die Antragsgegnerin verwendet seit 01.07.2015 neue Preislisten. Ihre „InfoDok 100: Preisliste Mobilfunk, Stand: Juli 2015“ enthält unter der Überschrift „W3 Service-Nummer und Preise“ und dort unter der Überschrift „Weitere Preise“ u.a. folgende Einträge: 20

Leistung Preise in Euro inklusive MwSt. (Preise in Euro ohne MwSt.) 21

Rücklastschriftpauschale**, *** 5,00 (4,2017) 22

Mahnpauschale*** 3,00 (2,5210) 23

** In der Berechnung sind die Gebühren der Kundenbank enthalten. Wir behalten uns das Recht vor die Pauschale entsprechend zu erhöhen, wenn Ihre Kundenbank die an die W belasteter Gebühren anhebt. 24

*** Die Berechnung erfolgt nur, wenn der Kunde die zugrundeliegende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Betrag ist niedriger anzusetzen oder entfällt, wenn der Kunde nachweist, dass ein wesentlich geringerer oder überhaupt kein Schaden eingetreten ist. 25

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 11 inhaltlich verwiesen. Inhaltlich gleiches gilt für die DSL- & Festnetz Pakete, Stand Juli 2015. Der Antragsteller mahnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 01.07.2015 ab, welche ohne Reaktion seitens der Antragsgegnerin blieb. 26

Der Antragsteller beantragt, 27

1. 28

29

es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, der Antragsgegnerin zu untersagen,	
bei der Abwicklung von Verträgen über Festnetz- und Mobiltelefondienstleistungen sowie Verträgen über Internetzugänge im Festnetz- und Mobilbereich von Verbrauchern	30
a) für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag i.H.v. 5,00 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diese in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen, es sei denn, die Antragsgegnerin hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualvereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Rücklastschrift anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen,	31
b) für eine Mahnung einen Pauschalbetrag i.H.v. 3,00 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diese in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen, es sei denn, die Antragsgegnerin hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualvereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Mahnung anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen.	32
Mit Schriftsatz vom 07.07.2015 ergänzte der Antragsteller seine Anträge und beantragt zusätzlich nunmehr	33
2.	34
es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, der Antragsgegnerin zu untersagen,	35
in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere Preislisten, zum Abschluss von Verträgen über Telefondienstleistungen oder Internetzugänge gegenüber Verbrauchern folgende oder diesen inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden oder sich bei der Abwicklung entsprechender Verträge auf solche Klauseln zu berufen:	36
a)	37
Leistung Preise in Euro inklusive MwSt. (Preise in Euro ohne MwSt.)	38
Rücklastschriftpauschale**, *** 5,00 (4,2017)	39
** In der Berechnung sind die Gebühren der Kundenbank enthalten. Wir behalten uns das Recht vor die Pauschale entsprechend zu erhöhen, wenn Ihre Kundenbank die an die W belasteten Gebühren anhebt.	40
*** Die Berechnung erfolgt nur, wenn der Kunde die zugrundeliegende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Betrag ist niedriger anzusetzen oder entfällt, wenn der Kunde nachweist, dass ein wesentlich geringerer oder überhaupt kein Schaden eingetreten ist.	41
b)	42
Leistung Preise in Euro inklusive MwSt. (Preise in Euro ohne MwSt.)	43
Mahnpauschale*** 3,00 (2,5210)	44
	45

*** Die Berechnung erfolgt nur, wenn der Kunde die zugrundeliegende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Der Betrag ist niedriger anzusetzen oder entfällt, wenn der Kunde nachweist, dass ein wesentlich geringerer oder überhaupt kein Schaden eingetreten ist.

Die Antragsgegnerin beantragt, 46

die einstweilige Verfügung zurückzuweisen. 47

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, die Antragsfassung sei zu unbestimmt und damit der Antrag unzulässig. Es sei nicht erkennbar, was mit „Individualvereinbarung“ und „Pauschale“ gemeint sei. 48

Die Antragsgegnerin bestreitet, dass der Zeuge H5 die in der Rechnung gemäß Anlage K 2 aufgeführten Betrag für die Rücklastschrift bezahlen musste. 49

Im Übrigen bestünde kein Verfügungsanspruch. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche würde auch solche Regelung in den AGB umfassen, die den Voraussetzungen des § 309 Ziffer 5a BGB genügen würden. Die Antragsgegnerin müssen nur branchentypische Pauschalen vortragen. In der Höhe vergleichbare Kosten der Pauschalen habe sie vorgelegt. Eine Umgehung im Sinne von § 306a BGB liege nicht vor. 50

Ein Verfügungsgrund bestehe nicht, da der Antragsteller mit Schreiben vom 02.10.2013 die Antragsgegnerin abgemahnt habe, wegen einer höheren Schadensersatzpauschale als 4,- EUR für Rücklastschriften und 1,50 EUR für die Mahnung. 51

Schließlich handele der Antragsteller rechtsmissbräuchlich. 52

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die Schriftsätze und deren Anlagen Bezug genommen. 53

Entscheidungsgründe 54

Die einstweilige Verfügung war zu erlassen, da der Antragsteller einen Verfügungsanspruch und –grund glaubhaft gemacht hat. 55

A. 56

Die Anträge sind hinreichend bestimmt. 57

Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht erkennbar abgegrenzt sind. Die Beklagte könnte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen. Es würde letztlich die Entscheidung darüber, was der Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bleiben. Bei der Fassung eines Unterlassungsantrags sind im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes gewisse Verallgemeinerungen zulässig, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt (BGH, Urteil vom 04. Dezember 2013, IV ZR 215/12, Rn. 18). Diese Voraussetzungen sind hier auch unter Berücksichtigung des Klagevorbringens (BGH, Urteil vom 9. Februar 2012, I ZR 178/10, Rn. 18) gewahrt. Mit den beiden Begriffen „Individualvereinbarung“ und „Pauschale“ ist unter Berücksichtigung des Tatsachenvortrags der Parteien hinreichend deutlich, was Streitgegenstand des hiesigen Verfahrens ist. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es vorliegend um die Einschränkung geht, dass es der Antragsgegnerin offen steht, mit den Kunden eine individuelle vertragliche Vereinbarung

über die Mahnpauschale und die Rücklastschriftpauschale zu treffen, wird hinreichend deutlich, was mit dem Begriff „Individualvereinbarung“ gemeint ist. Gleiches gilt für den Begriff „Pauschale“. Dieser Begriff ist bereits unter Berücksichtigung des allgemeinen Sprachgebrauchs für sich verständlich und weist einen hinreichend bestimmten Bezug zum vorliegenden Streitgegenstand auf.

B. 59

Dem Antragsteller stehen gegenüber der Antragsgegnerin Unterlassungsansprüche gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 4 UKlaG i. V. m. § 309 Nr.5a BGB zu. 60

I. 61

Der Antragsteller ist nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 UKlaG als eine vom Bundesamt für Justiz anerkannte qualifizierte Einrichtung klagebefugt. 62

II. 63

Soweit die Antragsgegnerin der Auffassung ist, die Antragsfassung sei deshalb zu weit, weil jeweils der Zusatz erfolge, *„es sei denn, die Antragsgegnerin hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualvereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Rücklastschrift anfallenden Schadens mindestens in Höhe von der verlangten Pauschale getroffen“*, kann dem nicht zugestimmt werden. Damit erfassten nach Auffassung der Antragsgegnerin die Anträge auch Sachverhaltskonstellationen, die den Voraussetzung des § 305b BGB entsprechen würden. Dieser Einwand geht fehl. Unabhängig davon, dass das Oberlandesgericht Düsseldorf im Urteil vom 13.12.2014 (I-6 U 84/13) eine vergleichbare Formulierung gebilligt hat, umschreibt dieser Zusatz lediglich den Ausnahmefall einer vorrangigen Individualabrede, welche keiner AGB-rechtlichen Kontrolle unterliegt. Im Übrigen ergibt sich die Reichweite des Tenors aus dem Tenor selbst, jedenfalls ggfls. unter Heranziehung der Urteilsgründe. 64

III. 65

Gemäß § 1 UKlaG besteht ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung von AGB-Bestimmungen, die nach §§ 307 bis § 309 BGB unwirksam sind. So liegt der Fall hier. 66

1. 67

Dies ist auch für den Fall anzunehmen, wenn ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306a BGB festzustellen ist. Dies ist der Fall, in dem die Antragsgegnerin die Mahnpauschale bzw. die Rücklastschriftpauschale auf den Rechnungen ihrer Kunden ihnen gegenüber systematisch geltend macht. 68

a) 69

Ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 306 a BGB liegt vor, wenn eine als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksame Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen. Eine solche Umgehung ist auch bei einer praktischen Gestaltung gegeben, die wirtschaftlich wirkungsgleich ist und durch die im Ergebnis dasselbe erreicht wird, wie durch eine Pauschalierung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 309 Nr. 5 BGB. Dies ist der Fall, wenn einer internen Anweisung einer Sparkasse an ihre Geschäftsstellen nach, den Kunden einheitliche Gebühren für Rücklastschriften in Rechnung 70

zu stellen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014 – I-6 U 84/13, Rn. 36, juris).

- b) 71
- Vergleichbar liegt der Fall hier. Auf Grund des Vortrages des Antragstellers, der Einlassung der Antragsgegnerin sowie der prozessualen Vorgeschichte ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin gegenüber Kunden, mit denen sie keine vertragliche Vereinbarung über die Inrechnungstellung entsprechender Pauschalen getroffen hat, systematisch Rücklastschrift- und Mahnkosten in Höhe von pauschal 5,- EUR bzw. 3,- EUR erhebt und damit gegen § 309 Nr. 5 a, b BGB verstößt (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 05. Mai 2015 – 312 O 40/14 –, Rn. 40, juris). 72
- aa) 73
- Soweit die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 14.07.2015 bestreitet, der Zeuge H5 habe die in der Rechnung gemäß Anlage K 2 aufgeführten Kosten für die Rücklastschrift nicht bezahlen müssen, ist dieser Vortrag widersprüchlich und damit unbeachtlich. Ausweislich der Rechnung der Anlage K 2 ergibt sich, dass die Antragsgegnerin einen Rechnungsbetrag in Höhe von 38,49 EUR am 18.05.2015 von dem Konto des Zeugen H5 abbuchen wird. Dieser Betrag inkludiert Kosten in Höhe von 5,- EUR für eine Rücklastschrift. Dass die Darstellung in der Rechnung unzutreffend sei soll, hat die Antragsgegnerin nicht behauptet. Zudem hat der Antragsteller seinen Sachvortrag ergänzt und weitere Rechnung zweier weiterer Kunden entsprechend der Anlagen der Anlagen K 15 und K 18 vorgelegt. Dort findet sich die gleiche Rechnungsgestaltung der Antragsgegnerin wieder. Im Übrigen macht die Antragsgegnerin erkennbar gegenüber ihrem Vertragspartner ihre Rechte aus der Rechnung geltend, so dass es auf einen tatsächlichen Einzug nicht ankommt. 74
- Die Antragsgegnerin ist dem Vorbringen des Antragstellers nicht substantiiert entgegengetreten, wonach sie ihre Rechnungssoftware so eingerichtet hat, dass die entsprechenden Beträge im Rücklastschrift- bzw. Mahnfall automatisch als Sollbuchung in das betreffende Kundenkonto eingestellt werden. Zwar stellt die Antragsgegnerin nunmehr der Höhe nach andere Pauschalen in Rechnung. Eine Änderung ihrer Abrechnung mittels entsprechender Rechnungssoftware behauptet sie jedoch nicht. Eine entsprechende Änderung ihrer Praxis erscheint der Kammer auch fernliegend. 75
- bb) 76
- Der Antragsteller hat durch Vorlage der Rechnung gemäß Anlage K 2, 3 vorgetragen, dass die Antragsgegnerin die streitgegenständlichen Entgelte erhoben und gegenüber einem Kunden geltend gemacht hat. Die Antragsgegnerin hat insoweit, obwohl es ihr ohne weiteres möglich gewesen wäre, da sie die Namen der jeweiligen Rechnungsadressaten sowie die Rechnungsnummer kannte, nicht dargelegt, inwieweit die Erhebung der Pauschalen auf einer wirksamen Vereinbarung beruhte. Hierzu aber wäre sie im Rahmen der sekundären Darlegungslast verpflichtet gewesen. Eine sekundäre Darlegungslast besteht, wenn der beweisbelasteten Partei näherer Vortrag nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn - wie hier - die beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr vorzutragenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachenbasis hat, während der Gegner zumutbar nähere Angaben machen kann (BGH, MDR 1999, 1371; Beck'scher Onlinekommentar ZPO, Stand 01.01.2015, § 284 Rn. 85 m. w. Nw.). Allein mit der Vorlage der Verträge von drei Kunden, zu denen der Antragsteller Rechnungen vorgelegt hat, ergibt sich nicht hinreichend konkret, ob 77

und wenn ja welche Individualabrede zwischen den Kunden und der Antragsgegnerin bestehen.

c) 78

Es kann offen bleiben, ob § 306a BGB eine Umgehungsabsicht erfordert. Auch insoweit kann nicht zuletzt aufgrund der prozessualen Vorgeschichte davon ausgegangen werden, dass die nunmehr von dem Antragsteller dokumentierte Abrechnungspraxis den Zweck hat, Ersatz für eine entsprechende AGB-Klausel zu schaffen und eine entsprechende rechtliche Prüfung der AGB durch die Gerichte zu verhindern. Dass es sich um umgehende AGB handelt zeigt sich daran, dass die Beklagte sei Juli 2015 solche Regelungen wieder in ihre AGB aufgenommen hat. 79

Insoweit kommt dem Vortrag der Antragsgegnerin, es gäbe keine interne Dienstanweisung, keine erhebliche Bedeutung zu. Die beiden Rechnungspositionen dürften „nicht einfach so“ auf die in diesem Verfahren vorgelegte Rechnung gekommen sein. Einzelheiten hierzu trägt die Antragsgegnerin nicht vor. 80

2. 81

Soweit die Antragsgegnerin nunmehr moniert, der Antragsteller habe lediglich Rechnungen für Mobilfunkverträge vorgelegt und keine DSL bzw. UMTS-Verträge vorgelegt, trifft dies zu. Auch die weiteren Rechnungen, die der Antragsteller vorlegt (Anlagen K 15 und K 18) beziehen sich, soweit ersichtlich, nur auf Mobilfunkverträge. 82

Allerdings trägt der Antragsteller im Rahmen der Antragserweiterung nunmehr vor, dass die Antragsgegnerin seit Juli 2015 sowohl für Mobilfunkverträge als auch für DSL- & Festnetz-Pakete eine Rücklastschriftpauschale von 5,- EUR und eine Mahnpauschale von 3,- EUR erhebt (vgl. Anlage K 12). Unstreitig verwendet die Antragsgegnerin diese allgemeinen Geschäftsbedingungen. Da die Antragsgegnerin bei Mobilfunkverträgen für die Zeit ohne Festschreibung der beiden Gebühren in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, diese im Rahmen von Rechnungen geltend gemacht hat, hätte es weiteren Sachvortrags der Antragsgegnerin bedurft, um dem Sachvortrag des Antragstellers entgegen zu treten. Dies ist nicht der Fall. Es ist somit davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin diese beiden Kosten auch für DSL/UMTS-Verträge in den Rechnungen geltend gemacht hat. 83

3. 84

Die von der Antragsgegnerin gewählte Abrechnungspraxis würde, wenn sie in AGB geregelt wäre, gegen § 309 Nr. 5a ABGB verstoßen. Die seit dem Juli 2015 geltenden allgemeinen Geschäftsbedingungen, mit denen die Antragsgegnerin eine Rücklastschriftpauschale in Höhe von 5,- EUR und eine Mahnpauschale in Höhe von 3,- EUR erhebt, sind ebenfalls unwirksam. Diese Pauschalen sind als überhöht im Sinne dieser Regelung anzusehen. 85

a) 86

Soweit die Antragsgegnerin der Auffassung ist, es reiche aus, um ihrer Darlegungslast zu genügen, eine branchentypische Preisgestaltung vorzutragen und glaubhaft zu machen, kann dem nicht gefolgt werden. 87

Die Beweislast bzw. die Darlegungslast für einen dem pauschalierten Betrag nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden trägt der Klauselverwender (BGH, Urteil vom 18. Februar 2015 – XII ZR 199/13 –, Rn. 22, juris; Palandt/Grüneberg BGB 74. 88

Aufl. § 309 Rn. 29). Der Klauselverwender muss nachweisen, dass der vereinbarte Betrag seinem typischen Schadensumfang entspricht (Hanseatisches OLG, NJW 2015, 85, 86).

Dies bedeutet nicht, dass die Antragsgegnerin ihre interne konkrete Preisgestaltung offen legen muss (Hanseatisches OLG, NJW 2015, 85, 86). Denn der Verwender muss nicht im konkreten Einzelfall seinen Schaden darlegen und glaubhaft machen. Der Verwender muss aber Tatsachen vortragen, und ggfls. glaubhaft machen, so dass Feststellung möglich sind, dass die erhobene Pauschale sich – an seinem - durchschnittlichen Schaden orientiert. Damit ist nicht gemeint, dass es auf eine branchentypische Schadenshöhe ankommt. 89

Soweit zum Teil in der Rechtsprechung (OLG Brandenburg, MMR 2012, 812, 813) und der Literatur (MüKo/Wurmnest, BGB, 6. Aufl., § 309 Nr.5 Rz. 11; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 309 Rz. 26) darauf abgestellt wird, dass auf einen branchentypischen Durchschnittsschaden abzustellen sei, kann dem nicht gefolgt werden. Der Wortlaut des § 309 Nr. 5a BGB stellt auf die Klausel eines Verwenders zur Regelung von pauschalisiertem Schadensersatz ab. Diese Klausel, nämlich die des Verwenders, darf mit der Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigen. Sinn und Zweck der Regelung ist es, die Wirksamkeit der Klauselverwendung eines Verwenders zu beurteilen und nicht eine Regelung einer „Branche“. Dies verbietet sich zum einen deshalb, weil Streitgegenstand nur die Regelung eines Verwenders ist, zum anderen weil gerade im Falle einer Schadenspauschale der Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge je Unternehmen unterschiedlich sein kann. 90

Auch die Gegenmeinung konzediert, dass Pauschalierungsklauseln in AGB anderer Verwender grundsätzlich kein geeigneter Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit der eigenen Pauschale sind (OLG Bandenburg, MMR 2012, 812, 813). Die Auffassung der Antragsgegnerin hätte, zu Ende gedacht, zur Folge, dass branchentypische Schadenspauschalen in Höhe von 20,- EUR pro Rücklastschrift allein deshalb wirksam wären, weil auch die Konkurrenten eine Pauschale in gleicher Höhe verlangen. Dies lässt bereits unberücksichtigt, dass auch die von den Konkurrenten verlangten Pauschalen ebenfalls übersetzt sein können. 91

Ferner ließe die Gegenmeinung unberücksichtigt, dass der Klauselverwender – und hier die Antragsgegnerin – Kostenpositionen, aus denen sich die Kostenpauschale unter anderem zusammensetzen kann, einpreist, die jedoch nicht zu den Kosten zählen, die zu berücksichtigen sind. Berücksichtigungsfähig sind nur solche Kosten, die im Schadensfall auch erstattungsfähig sind (Hanseatisches OLG, NJW 2015, 85 zu Personalkosten; ebenso OLG Brandenburg, MMR 2012, 812, 813). 92

Aus diesen Gründen kommt es darauf an, dass der „vereinbarte Betrag dem typischen Schadensumfang“ (BGH, Urteil vom 18. Februar 2015 – XII ZR 199/13 –, Rn. 22, juris) des Klauselverwenders entspricht. 93

b) 94

Diesen Anforderungen wird der Sachvortrag der Antragsgegnerin nicht gerecht. 95

aa) 96

Das üblicherweise ein Schaden in Höhe von 5, - für eine Rücklastschriften entsteht, hat die Antragsgegnerin nicht substantiiert dargetan. 97

98

Der Antragsteller hat dagegen substantiiert vorgetragen, dass allenfalls im Falle einer Rücklastschrift regelmäßig nur Bankkosten in Höhe von 3,- EUR sowie Portokosten (0,62 EUR) und Materialaufwendungen von 0,07 EUR anfallen dürften (vgl. auch LG Potsdam, Urteil vom 05. September 2013 – 2 O 173/13 –, Rn. 36, juris). Der Antragsteller trägt weiter vor, aufgrund des Abkommens über den Lastschriftenverkehr zwischen Banken betrügen die Kosten max. 3,00 EUR (Interbankenentgelt). Ferner würden – wie vorliegend bei einer Benachrichtigung per SMS – noch Kosten in Höhe von 0,05 EUR anfallen.

Der Vortrag der Antragsgegnerin beschränkt sich auf die Darlegung von Entgelten, die aus ihrer Sicht Konkurrenten heben. Dieser Vortrag ist aus vorstehenden Gründen bereits nicht geeignet, eine die von der Antragsgegnerin erhobene Pauschale zu rechtfertigen. 99

Aus dem Sachvortrag der Antragsgegnerin ergibt auch nicht, dass sie nicht berücksichtigungsfähige Kosten geltend macht, wie Personalkosten. Personalkosten können regelmäßig nicht in eine Schadenspauschale eingerechnet werden, wenn sie auf die typische Angebotsstruktur des Geschädigten zu führen sind (LG Potsdam, Urteil vom 05. September 2013 – 2 O 173/13 –, Rn. 36; LG Berlin, Urteil vom 03. Dezember 2014 – 15 O 144/14 –, Rn. 36, juris). 100

Schließlich kann die Antragsgegnerin nichts für sich herleiten, in dem sie auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln (Bl. 84 f GA) verweist. Dieses Verfahren betrifft einen anderen Mobilfunkanbieter. Hierauf kommt es – wie oben ausgeführt wurde – grundsätzlich nicht an. Die Antragsgegnerin behauptet auch nicht, dass sie eine branchentypische Kostenstruktur habe, so dass sie vergleichbar mit einem anderen Mobilfunkanbieter ist. Der Antragsteller hat sich auch nicht – entsprechend dem Schreiben vom 07.02.2014 (Anlage AG 4) – mit einer Praxis, eine Gebühr in Höhe von 5,- zu erheben, einverstanden erklärt. In dem Schreiben ging es um von der Antragsgegnerin erhobene höhere Gebühren für Rücklastschriften. Vielmehr hat der Antragsteller, wie von der Antragsgegnerin in Anlage AG 6 vorgelegt, im Internet die Auffassung geäußert, er halte Kosten von 5,- EUR für überhöht. 101

bb) 102

Gleiches gilt im Ergebnis für die pauschalierten Mahnkosten. 103

In welcher Höhe eine Mahnkostenpauschale in AGB nach § 309 Nr. 5a BGB unwirksam sind, hängt von den Umständen des Einzelfalles und den tatsächlich durchschnittlich anfallenden Kosten ab (Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 25. Juni 2014 – 10 U 24/13 –, Rn. 20, juris). 104

Einen durch eine Mahnung verursachten branchentypischen oder individuellen Durchschnittsschaden in Höhe von 3,00 EUR hat die Antragsgegnerin hier nicht hinreichend dargetan. Sie trägt zu den typischerweise anfallenden Kosten auch nichts Konkretes vor. So können Mahnkosten lediglich in Höhe von 1,20 EUR im Einzelfall gerechtfertigt sein (vgl. OLG München, Urteil vom 28. Juli 2011 – 29 U 634/11 –, Rn. 59, juris). 105

Soweit die Antragsgegnerin auf das Urteil des Oberlandesgerichts Köln (Bl. 84 f GA) verweist, verhält sich dieses zu Mahnpauschalen nicht. 106

b) 107

108

Zudem verstößt die streitgegenständliche Abrechnungspraxis der Antragsgegnerin, in dem sie die Entgelte in ihren Rechnungen erhebt auch gegen § 309 Nr. 5b BGB, weil den Kunden eine Pauschale in Rechnung gestellt wird, ohne ihnen den Nachweis eines geringeren Schadens vorzubehalten, wie es in der Preisliste Stand Juli 2015 für Rücklastschriftenpauschale/Mahnpauschale noch vorgesehen war (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014 – I-6 U 84/13 –, Rn. 53, juris; LG Hamburg, Urteil vom 05. Mai 2015 – 312 O 40/14 –, Rn. 39, juris).

IV.	109
Eine Wiederholungsgefahr liegt vor. Sie wird – soweit Rechtsverstöße feststehen – vermutet.	110
C.	111
Ein Verfügungsgrund liegt vor.	112
I.	113
Dieser wird nach § 5 UklG i.V.m. § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Zudem trägt der Antragsteller vor, er habe erst mit eMail vom 26.05.2015 konkrete Kenntnis von der Abrechnungspraxis der Antragsgegnerin erhalten. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung ist am 22.06.2015 bei Gericht eingegangen. Der Antragsteller hat nicht vor Juli 2015 von den neuen – hier streitgegenständlichen – AGB der Antragsgegnerin Kenntnis erlangt.	114
II.	115
Soweit die Antragsgegnerin dem entgegen tritt, hat sie die Dringlichkeit zu widerlegen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014 – I-6 U 84/13 –, Rn. 60, juris). Dabei kann das eigene zögerliche Verhalten einer Antragstellerin bei der Rechtsverfolgung deutlich machen, dass die Angelegenheit für sie offensichtlich nicht so eilbedürftig ist, dass ein Vorgehen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geboten wäre (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rz. 3.16). Dies ist der Fall, wenn der Antragsteller mit der gerichtlichen Verfolgung eines gerügten Rechtsverstößes längere Zeit zuwartet, obwohl er die den Verstoß begründenden Tatsachen und die Person des Verantwortlichen kennt (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2010, 493; OLG Frankfurt, MZ 2007, 125). Die Dringlichkeit entfällt auch dann, wenn Verstöße desselben Verletzers zu lange toleriert worden sind, die zwar nicht mit dem begangenen identisch, ihm aber im Kern gleich sind (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014 – I-6 U 84/13 –, Rn. 64, juris).	116
1.	117
Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, die Dringlichkeitsvermutung sei widerlegt, weil der Antragsteller die Antragsgegnerin bereit mit Abmahnschreiben vom 02.10.2013 wegen Ansprüchen einer höheren Schadensersatzpauschale als 4,00 EUR für Rücklastschriften und 1,50 EUR für die Mahnung abgemahnt habe. Dieser Einwand bleibt ohne Erfolg.	118
Das Abmahnschreiben betrifft unstreitig nur die Praxis der Antragsgegnerin, Gebühren in Rahmen von Rechnungen zu verlangen.	119
Der Antragsteller trägt zudem unstreitig vor, abgemahnt seien Fälle von Gebühren in Höhe von 9,50 EUR und 6,50 EUR (Rücklastschrift/Mahnkosten), welche in Rechnungen geltend gemacht worden seien. Dem beigefügt war ein Muster einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, in welcher Beträge von 4,- EUR und 1,50 EUR enthalten gewesen	120

sind (Anlage AG 5, Bl. 86 GA). Ein kerngleicher Verstoß ist vorliegend nicht anzunehmen, da es - konkret - auf die jeweilige Höhe der Kosten ankommt. Jeder in der Höhe abweichende Geldbetrag kann zu einem unterschiedlichen Ergebnis der Wirksamkeitsprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen führen. Entscheidend ist, ob die Antragsgegnerin darlegen und glaubhaft machen kann, dass sie eine solche Kostenstruktur bzw. -volumen hat, welches den gegenüber ihren Kunden geltend gemachten Kosten entspricht. Dies kann nur in jedem Einzelfall entschieden werden.

2. 121

Soweit es nunmehr um die AGB der Antragsgegnerin im Rahmen der Antragserweiterung geht, ist Kenntnis des Antragstellers nicht vor Juli 2015 gegeben. Ein Fall der Kerngleichheit liegt nicht vor, da es einerseits um einen Fall der Umgehung und andererseits um einen Fall konkreter AGB geht. 122

D. 123

Das Verhalten des Antragstellers ist nicht rechtsmissbräuchlich, § 242 BGB. 124

1. 125

Allein mit der Übersendung eines Urteils des Oberlandesgerichts Köln in einem Verfahren gegenüber einem anderen Mobilfunkanbieter der Antragsgegnerin kann unter den Umständen, die die Antragsgegnerin nunmehr vorträgt, nicht angenommen werden, der Antragsteller habe sich insoweit gegenüber der Antragsgegnerin inhaltlich festlegen wollen und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen. In dem Begleitschreiben vom 07.02.2015 ging es um das Verfahren vor dem Landgericht bzw. Oberlandesgericht Düsseldorf (Anlage AG 4). Einen weiteren Erklärungsinhalt kann dem Schreiben nicht entnommen werden. 126

2. 127

Der Antragsteller handelt auch nicht deshalb rechtsmissbräuchlich, weil er auf seiner Homepage nach Auffassung der Antragsgegnerin geäußert haben soll, die Gerichte würden bei einer Rücklastschrift den Betrag von 5,- EUR akzeptieren. Zum einen lässt dieser Sachvortrag nicht erkennen, inwiefern die Antragsgegnerin für sich einen Vertrauenstatbestand reklamieren will, wenn der Antragsteller ausweislich der Anlage AG 7 lediglich allgemeine Aussagen zu Gebühren von Rücklastschriften äußert. Zum anderen ist der von der Antragsgegnerin zitierten Stelle mitnichten zu entnehmen, der Antragsteller akzeptiere eine Gebühr von 5,- EUR. Es wird dort lediglich mitgeteilt, dass Gericht höhere Gebühren als 4,- - 5,- EUR für unwirksam erklärt haben. Mithin kommuniziert der Antragsteller keinesfalls, er werde zukünftig Gebühren von 5,- EUR hinnehmen. 128

E. 129

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 ZPO. Eines Ausspruchs zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedurfte es nicht. 130

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Beklagten vom 23.07.2015 gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, §§ 296a, 156 ZPO. 131

Streitwert: 10.000,- EUR 132

133

