Oberlandesgericht Düsseldorf, 20 U 91/21

Datum:	09.06.2022
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	20. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	20 U 91/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2022:0609.20U91.21.00

Vorinstanz:	Landgericht Düsseldorf, 12 O 188/18

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers sowie die Berufung der Beklagten wird das am 23. Juni 2021 verkündete Teilurteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf - Az.: 12 O 188/18 - in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 19. Juli 2021 unter Zurückweisung des jeweils weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 EUR ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, bei der Abwicklung von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen von Verbrauchern

a.

für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag in Höhe von 4,50 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diesen in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen,

es sei denn, die Beklagte hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualabrede über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Rücklastschrift anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen,

b.

für eine Mahnung einen Pauschalbetrag in Höhe von 2,80 EUR oder einen höheren Pauschalbetrag zu verlangen, insbesondere diesen in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen,

es sei denn, die Beklagte hat mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualabrede über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Mahnung anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen;

2.

die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 EUR ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere Preislisten, zum Abschluss von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen gegenüber Verbrauchern folgende oder diesen inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden oder sich bei der Abwicklung entsprechender Verträge auf solche Klauseln zu berufen:

a.

Leistungen	Preis	Takt
Je Rücklastschrift	4,50 EUR	

b.

Leistungen	Preis	Takt
Mahngebühr 1. Mahnung	2,80 EUR	
Mahngebühr 2. Mahnung	2,80 EUR	

3.

die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft darüber zu geben, welche Gewinne sie

a.

seit dem 29.01.2013 dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern bei der Abwicklung von Telekommunikationsverträgen für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von mindestens 13,00 EUR oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von mindestens 9,00 EUR und

b.

seit dem 13.09.2013 dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von 9,50 EUR oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von 6,50 EUR

vereinnahmt hat, ohne dass sie mit dem jeweils betroffenen Verbraucher eine Individualabrede über die pauschale Abgeltung des Rücklastschrift- bzw. Mahnschadens mindestens in der Höhe der vereinnahmten Pauschale getroffen hatte.

Dazu hat die Beklagte dem Kläger kaufmännisch Rechnung zu legen und ihm in geordneter Aufstellung einzeln mitzuteilen,

a) welche Einnahmen sie durch die Vereinnahmung der Rücklastschrift- und Mahnpauschalen bestimmter Höhe im Auskunftszeitraum jeweils erzielt hat,

b) welche Ausgabenpositionen in welcher Höhe sie im Zusammenhang mit der Inrechnungstellung und Vereinnahmung der Rücklastschriftpauschalen gewinnschmälernd in Abzug bringen will,

wobei die Beklagte

(i) wenn sie Rücklastschriftkosten in Abzug bringen will, auch die Rücklastschriftkosten und getrennt von anderen Positionen auszuweisen hat und

(ii) wenn sie Benachrichtigungskosten in Abzug bringen will, auch die Porto- und Materialkosten und getrennt voneinander und von anderen Positionen auszuweisen hat,

c) welche nach § 10 Abs. 2 Satz 1 UWG abzugsfähigen Leistungen sie auf Grund der Zuwiderhandlung an Dritte oder an den Staat erbracht hat und

d) welche Nutzungen sie aus Gewinnen im Zeitraum vom 13.09.2013 bis 15.09.2013 sowie seit dem 15.01.2015 gezogen hat, die sie dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von 9,50 EUR oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von 6,50 EUR vereinnahmt hat, wobei sie im Falle der Finanzierung ihrer laufenden Geschäftstätigkeit auch über Kredite nur mitzuteilen hat, zu welchen Höchstzinssätzen sie Kredite in welchen Zeiträumen in Anspruch genommen hat bzw. nimmt.

Die Beklagte kann die Rechnungslegung hinsichtlich der Identität der einzelnen Rücklastschriftfällen gegenüber einem vom Kläger zu bezeichnenden, zur Verschwiegenheit verpflichteten vereidigte Wirtschaftsprüfer, der nicht in ständiger Geschäftsbeziehung zum Kläger stehen darf, vornehmen, indem sie ihm eine - ggf. digitale - Auflistung der

einzelnen Pauschalierungsfälle übergibt,

a) sofern sie die Kosten seiner Einschaltung trägt,

b) eine Bestätigung des Wirtschaftsprüfers vorlegt, dass die sich aus der Auflistung ergebenden Summen der Einnahmen mit den dem Kläger nach Satz 2 lit. a) mitgeteilten Einnahmen übereinstimmen und

c) den Wirtschaftsprüfer ermächtigt und verpflichtet, dem Kläger auf Antrag mitzuteilen, ob in der Auflistung ein oder mehrerer bestimmte Pauschalierungsfälle enthalten sind.

Soweit die Beklagte von dem Wirtschaftsprüfervorbehalt Gebrauch macht, wird ihr zur Datenübergabe eine Frist von einem Monat ab Benennung des Wirtschaftsprüfers gewährt. Die verbleibende Verpflichtung zur Auskunftserteilung an den Kläger wird durch den Wirtschaftsprüfervorbehalt nicht hinausgeschoben.

4.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

6.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird gestattet, die Zwangsvollstreckung des Klägers aus dem Tenor zu Ziffer 1.a), 1.b) und 2.a) und 2.b) gemäß durch eine Sicherheitsleistung in Höhe von 5.000,- €, hinsichtlich des Tenors zu Ziffer 3 Satz 1 und 2 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 500,- € sowie hinsichtlich des Tenors zu Ziffer 3 Satz 3 gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,- € abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Zwangsvollstreckung in gleicher Höhe leistet.

Gründe: 1

I. 2

Der Kläger ist als gemeinnütziger Verbraucherschutzverein in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragen. Zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben gehört es, Verbraucherinteressen wahrzunehmen und den Verbraucherschutz zu fördern. 3

Die Beklagte ist ein Telekommunikationsunternehmen, das unter anderem Telefon- und Internetzugangsdienstleistungen an Verbraucherinnen und Verbraucher erbringt; sie hat rund 4

32 Millionen Kunden allein im Mobilfunkbereich.

Die Parteien streiten seit dem Jahr 2012 über die Praxis der Beklagten, ihren Kunden im Rahmen ihres automatisierten Rechnungswesens Rücklastschrift- und Mahnpauschalen in bestimmter Höhe in Rechnung zu stellen sowie über die Höhe dieser Pauschalen in den Preislisten der Beklagten. 5

Die Beklagte stellte ihren Kunden seit 2012 bei der Abwicklung von Telefon- und DSL-Verträgen zunächst für Rücklastschriften einen Betrag in Höhe von 13,- € und für Mahnungen einen Betrag in Höhe von 9,- € in Rechnung. Auf Antrag des Klägers untersagte das Landgericht der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung durch Beschluss vom 07. Januar 2013 (Az. 12 O 649/12) die Erhebung von Rücklastschriftpauschalen und Mahnkostenpauschalen in der vorgenannten Höhe. Diese Beschlussverfügung, die der Beklagten am 14. Januar 2013 zugestellt wurde, bestätigte das Landgericht auf den Widerspruch der Beklagten durch Urteil vom 05. Juni 2013 (Az. 12 O 649/12). Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wies das Oberlandesgericht Düsseldorf durch Urteil vom 13. Februar 2014 (Az. I-6 U 84/13) zurück. Die im Verfügungsverfahren ergangene Entscheidung erkannte die Beklagte als endgültige Regelung an. 6

Wegen der Erhebung von Rücklastschriftpauschalen in Höhe von mindestens 13,- € und Mahnpauschalen in Höhe von mindestens 9,- € nach dem 29. Januar 2013 machte der Kläger vor dem Landgericht Düsseldorf im Wege der Stufenklage einen Auskunftsanspruch zur Vorbereitung eines Gewinnabschöpfungsanspruches geltend, wobei die Nutzungsgewinne nicht Gegenstand des Anspruches auf Auskunftserteilung waren. Der Kläger schaltete für den Prozess einen gewerblichen Prozessfinanzierer ein, der ihm im Unterliegensfall von Kosten freistellen und im Obsiegensfall am abgeschöpften Gewinn beteiligt werden sollte. Das Landgericht gab dem Auskunftsantrag des Klägers durch Teilurteil vom 11. November 2015 (Az. 12 O 5/15) überwiegend statt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten wies der Senat durch Schlussurteil vom 07. Februar 2017 (Az.: I-20 U 139/15; GRUR-RR 2017, 331 - 333 - *Gewinne aus Rücklastschriften*) zurück. Der Senat ließ wegen der von ihm verneinten Frage, ob die Einschaltung eines Prozessfinanzierers rechtsmissbräuchlich sei, die Revision zu. Auf die von der Beklagten eingelegte Revision entschied der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 13. September 2018 (Az.: I ZR 26/17; GRUR 2018, 1166 - 1169 - *Prozessfinanzierer*), dass die Einschaltung eines gewerblichen Prozessfinanzierers als rechtsmissbräuchlich einzustufen sei und wies die Klage als unzulässig ab. Der Kläger erhob gegen diese Entscheidung Verfassungsbeschwerde (Az.: 1 BvR 267/19), über die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats noch nicht entschieden ist. 7

Von Mitte August 2013 und bis April 2015 stellte die Beklagte ihren Kunden über ihr automatisiertes Rechnungswesen für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag in Höhe von 9,50 € und für Mahnungen einen Pauschalbetrag in Höhe von 6,50 € in Rechnung. Mit Schreiben vom 02. Oktober 2013 mahnte der Kläger die Beklagte ohne Erfolg ab. Auf eine vom Kläger sodann erhobene Unterlassungsklage untersagte das Landgericht Düsseldorf der Beklagten durch Urteil vom 25. Februar 2015 (Az. 12 O 64/14) die Erhebung dieser Pauschalen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf (Az.: I-6 U 52/15) nahm die Beklagte zurück. 8

Der Kläger nahm die Beklagte im Wege der Stufenklage nach § 10 UWG auf Herausgabe des Gewinns wegen der Erhebung von Rücklastschriftkosten in Höhe von mindestens 9,50 € und Mahnpauschalen in Höhe von mindestens 6,50 € seit dem 16. August 2013 in Anspruch. Mit Teilurteil vom 14. Februar 2016 (Az.: 12 O 184/16) gab das Landgericht Düsseldorf der 9

Klage in der Auskunftsstufe statt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hob das Urteil auf die Berufung der Beklagten auf und wies die Auskunftsklage- unter Berücksichtigung der mittlerweile vorliegenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Prozessfinanzierung - mit Urteil vom 04. April 2019 (Az.: I-2 U 46/18) als unzulässig ab. Die angekündigte Leistungsklage nahm der Kläger zurück. Wegen der weiteren Einzelheiten dieses Verfahrens, insbesondere wegen der vom Kläger gestellten Klageanträge, wird auf den Inhalt der Akte (Az.: 12 O 184/16) Bezug genommen, die der Senat beigezogen hat und die Gegenstand der mündlichen Verhandlung war.

Im Jahr 2015 reduzierte die Beklagte ihre Rücklastschrift- und Mahnpauschalen weiter auf 4,50 € bzw. 2,80 €. Mit Schreiben vom 06. August 2018 sprach der Kläger deshalb gegenüber der Beklagten eine Abmahnung aus. Die Beklagte lehnte die Abgabe einer Unterlassungserklärung ab. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes sowie wegen der in erster Instanz gestellten Anträge wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 11

Mit dem am 23. Juni 2021 verkündeten Teilurteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, bei der Abwicklung von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen von Verbrauchern einen Pauschalbetrag in Höhe von 4,50 € für eine Rücklastschrift bzw. in Höhe von 2,80 € für eine Mahnung zu verlangen, insbesondere diesen in maschinell erzeugten Rechnungen auszuweisen, es sei denn, die Beklagte habe mit dem betroffenen Verbraucher eine Individualabrede über eine pauschale Abgeltung des ihr durch eine Rücklastschrift bzw. Mahnung anfallenden Schadens mindestens in Höhe der verlangten Pauschale getroffen. Die Beklagte habe es weiter zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere in Preislisten, Klauseln zu verwenden, die für eine Rücklastschrift einen Betrag in Höhe von 4,50 € und für eine Mahngebühr einen Betrag in Höhe von 2,80 € ausweisen. Die Beklagte wurde zur Zahlung von 145,- € nebst Zinsen sowie zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verurteilt. Die Auskunftsverpflichtung der Beklagten beziehe sich - so das Landgericht - darauf, welche Gewinne die Beklagte seit dem 29. Januar 2013 dadurch erzielt habe, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von mindestens 13,- € oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von mindestens 9,- € vereinnahmt habe, sowie darauf, welche Gewinne die Beklagte seit dem 13. September 2013 dadurch erzielt habe, dass sie für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag in Höhe von 9,50 € oder für Mahnungen in Höhe von 6,50 € vereinnahmt habe. Soweit der Kläger Auskunft darüber verlange, welche Nutzungen die Beklagte aus den erzielten Gewinnen im Auskunftszeitraum gezogen habe, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 12

Mit Beschluss vom 19. Juli 2021, auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht den Tenor des angefochtenen Urteils wegen offenbarer Unrichtigkeit gemäß § 319 ZPO berichtigt. 13

Beide Parteien stellen das angefochtene Urteil zur Überprüfung durch den Senat. Sie verfolgen mit ihren selbständigen Berufungen jeweils ihr erstinstanzliches Begehren weiter, soweit das Landgericht dem nicht entsprochen hat. Soweit der Kläger von der Beklagten erstinstanzlich Zahlung von 145,- € nebst Zinsen verlangt hat, haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt. 14

Der Kläger führt zur Begründung seines Rechtsmittels aus, die Abweisung der auf die Auskunftserteilung über gezogene Nutzungen gerichteten Klage beruhe auf einer Verletzung 15

materiellen Rechts. Entgegen dem Landgericht gehörten Nutzungsgewinne, die die Beklagte aus dem ihr zu Unrecht zugeflossenen Betrag ziehe, ebenfalls zu dem abgeschöpften Gewinn nach § 10 Abs. 1 UWG. Durch die Vereinnahmung der nicht geschuldeten Rücklastschrift- und Mahnpauschalen habe die Beklagte einen Geldbetrag erlangt, aus dem sie Nutzungsgewinne in Form vereinnahmter bzw. - im Fall der naheliegenden Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit auch über Kredite - in Form ersparter Kapitalzinsen erzielt habe. Dem stehe - dem Grunde nach - der unmittelbare Vermögensnachteil der Abnehmer gegenüber, aus den an die Beklagte gezahlten Beträgen keine eigenen Nutzungsgewinne in Form vereinnahmter bzw. ersparter Kapitalzinsen mehr ziehen zu können.

Der Kläger beantragt, 16

das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, dass ihm mitzuteilen, welche Nutzungen sie aus den erzielten Gewinnen im Auskunftszeitraum gezogen hat, wobei sie im Falle der Finanzierung ihrer laufenden Geschäftstätigkeit auch über Kredite nur mitzuteilen hat, zu welchen Höchstzinssätzen sie Kredite in welchen Zeiträumen in Anspruch genommen hat bzw. nimmt. 17

Die Beklagte beantragt, 18

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 19

Sie beantragt weiter, 20

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. 21

Hilfsweise für den Fall eines die Berufung der Beklagten zurückweisenden und/oder der Berufung des Klägers stattgebenden Urteils beantragt die Beklagte, 22

ihr zu gestatten, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil durch Sicherheitsleistung ohne Rücksicht auf eine Sicherheitsleistung des Klägers abzuwenden; 23

hilfsweise dazu, 24

die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils von einer Sicherheitsleistung des Klägers nicht unter 65.000,- € abhängig zu machen 25

Der Kläger beantragt, 26

die Berufung der Beklagten sowie den Antrag nach § 712 ZPO zurückzuweisen. 27

Die Beklagte führt zur Begründung ihres Rechtsmittels aus, zu Unrecht habe das Landgericht der Klage ganz überwiegend stattgegeben. Die Klage sei bereits unzulässig und überdies auch unbegründet. 28

Mit Beschluss vom 21. September 2021 hat der Senat für das Berufungsverfahren angeordnet, dass sich die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von Gerichtskosten für die von ihm eingelegte Berufung nach 20.000,- € richtet. 29

Mit dem am 28. Oktober 2021 verkündeten Teilurteil hat der Senat auf Antrag des Klägers die Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung gemäß Ziffer 4 Satz 1 und 2 des am 23. Juni 2021 verkündeten Urteils der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 500,- € sowie gemäß Ziffer 4 Satz 3 gegen 30

Sicherheitsleistung in Höhe von 2.500,- € für vorläufig vollstreckbar erklärt.

Mit Beschluss vom 25. November 2021 hat der Senat unter Zurückweisung des weitergehenden Antrages des Klägers angeordnet, dass sich die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von Gerichtskosten für das gesamte Berufungsverfahren nach einem Streitwert von 50.000,- € richtet. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf die von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 32

II. 33

Die Berufung des Klägers hat im Wesentlichen Erfolg; die Berufung der Beklagten ist ganz überwiegend unbegründet. 34

A. 35

Soweit das Landgericht die Klage für zulässig erachtet hat, hält dies der rechtlichen Nachprüfung stand. Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten bleiben erfolglos. 36

1. 37

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klage nicht wegen anderweitiger Rechtshängigkeit im Sinne von § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO unzulässig ist. Der Senat hält an seinen diesbezüglichen Ausführungen mit Beschluss vom 04. Dezember 2019 - Az.: I-20 W 90/19 -, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, fest. Dem hat die Beklagte mit ihrer Berufung auch nichts Substantielles entgegenzusetzen; sie vertritt schlicht einen abweichenden Rechtsstandpunkt. 38

2. 39

Mit Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klageanträge hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sind. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht besteht weder Unklarheit über den Umfang der ihr auferlegten Verpflichtung, noch werden Auslegungsfragen ins Zwangsvollstreckungsverfahren ausgelagert. Die von der Beklagten beanstandeten Begriffe „Pauschalbetrag“, „Pauschale“ und „Individualabrede“ begegnen keinen durchgreifenden Bedenken. Der Gebrauch dieser Begriffe ist im Interesse einer sachgerechten Titulierung zweckmäßig, weil vorliegend über deren Sinngehalt kein ernsthafter Zweifel bestehen kann. Der Begriff "Individualabrede" entspricht der Terminologie des Gesetzgebers in § 305b BGB. Hierunter fällt alles, was nicht Allgemeine Geschäftsbedingung ist. Das ist nach § 305 Abs. 1 BGB definiert als alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt (vgl. Senatsurteil vom 07. Februar 2017, Az.: I-20 U 139/15, zitiert nach juris, Rn. 33). Individuelle Vertragsabreden sind mithin alle Vereinbarungen, die im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB im Einzelnen ausgehandelt worden sind. Die Bedeutung der Begriffe „Pauschale“ bzw. „Pauschalbetrag“ ergibt sich aus § 309 Nr. 5a BGB. Es handelt sich in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch um einen Betrag, der nicht im Einzelfall berechnet wird, sondern um einen durchschnittlichen oder gerundeten oder willkürlich festgesetzten Betrag (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014, Az.: I-6 U 84/13, zitiert nach juris, Rn. 90). 40

3. 41

Der Kläger ist gemäß §§ 8 Abs. 3 Nr. 3, 10 Abs. 1 UWG, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG in Verbindung mit § 4 UKlaG prozessführungsbefugt und aktivlegitimiert. Dies gilt sowohl für die von ihm erhobenen Unterlassungsansprüche als auch für den im Wege der Stufenklage geltend gemachten Anspruch auf Gewinnabschöpfung aus § 10 UWG. Die Ansprüche stehen qualifizierten Einrichtungen zu, die nachweisen, dass sie in der Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen sind. 42

3.1. 43

Das Landgericht hat festgestellt, dass der Kläger in der Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen ist. Dies stellt die Beklagte nicht in Abrede. 44

3.2. 45

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass eine Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Eintragung des Klägers in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG im Januar 2016 abgeschlossen worden war. Eine nochmalige Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen durch das Gericht der Unterlassungsklage findet nicht statt. 46

3.3. 47

Allenfalls kann - wie auch von der Beklagten beantragt worden ist - das Gericht das Bundesamt für Justiz gemäß § 4 Abs. 4 UKlaG zur Überprüfung der Eintragung auffordern und die Verhandlung bis zu dessen Entscheidung aussetzen, wenn sich in einem Rechtsstreit begründete Zweifel am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen ergeben. Hervorzuheben ist, dass an das Vorliegen "begründeter Zweifel" im Sinne von § 4 Abs. 4 UKlaG strenge Anforderungen zu stellen sind, weil sonst die effektive Durchsetzung der Ansprüche aus §§ 1, 2 UKlaG und § 8 Abs. 1 UWG gefährdet wäre (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*; Urteil vom 4. Februar 2010, Az.: I ZR 66/09, GRUR 2010, 852 - 855 - *Gallardo Spyder*). Diese Grundsätze hat das Landgericht beachtet und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass keine begründeten Zweifel am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen bestehen. Dies ist - auch in Ansehung der umfangreichen Ausführungen der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung und mit Blick auf die mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs eingetretene Änderung der Rechtslage - nicht zu beanstanden. 48

a. Der Senat verkennt nicht, dass die Beklagte mit ihren Einwendungen gegen die Klagebefugnis im Berufungsrechtszug, soweit es sich um neues - streitiges - tatsächliches Vorbringen handelt, nicht bereits gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist. Anerkannt ist, dass § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG neben der sachlich-rechtlichen Anspruchsberechtigung auch die prozessuale Klagebefugnis regeln, deren Vorliegen ohne Bindung an bereits getroffene tatsächliche Feststellungen in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*; Urteil vom 22. September 2011, Az.: I ZR 229/10, GRUR 2012, 415 - 417 - *Überregionale Klagebefugnis*). 49

b. Gleichwohl ist es der Beklagte nicht - auch nicht in der Berufungsinstanz, insbesondere unter Berücksichtigung der in der mündlichen Verhandlung vom 08. März 2022 zu diesem Gesichtspunkt gemachten Ausführungen - gelungen, begründete Zweifel im Sinne von § 4 Abs. 4 UKlaG hinreichend darzulegen und solche sind auch anderweitig nicht ersichtlich. Dem Kläger kann insbesondere nicht vorgeworfen werden, die ihm aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG erwachsene Möglichkeit der Anspruchsverfolgung generell zu missbrauchen (siehe dazu 50

BGH, Urteil vom 04. Juli 2019, Az.: I ZR 149/18, GRUR 2019, 966 - 970 - *Umwelthilfe* mit Hinweis auf Mankowski, WRP 2010, 186, 190, der von einem „abstrakten Missbrauch“ spricht.).

aa. In tatsächlicher Hinsicht ist festzustellen, dass der Kläger seit dem Jahr 2010 in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG eingetragen und das Bundesamt für Justiz die Eintragungsvoraussetzungen zuletzt turnusmäßig im Jahr 2016 überprüft hat. Die Berufung verkennt, dass sich aus einer bloß abweichenden rechtlichen Beurteilung der vom Bundesamt für Justiz bereits geprüften Umstände keine begründeten Zweifel im Sinne des § 4a Abs. 2 UKlaG ergeben. Die mit „Erkenntnisse aus dem Eintragungsverfahren des Klägers“ überschriebenen Ausführungen der Beklagten auf den Seiten 66 bis 73 der Berufungsbegründung gehen daher fehl. Gleiches gilt für ihre mit „Weitere Erkenntnisse aus der Akteneinsicht der Beklagten“ sowie mit „Letzte Überprüfung des Klägers durch das Bundesamt für Justiz“ überschriebenen Ausführungen auf den Seiten 74 bis 82 der Berufungsbegründung. Auch insofern nimmt die Beklagte lediglich Umstände in Bezug, die sich aus der Akte des Bundesamtes für Justiz ergeben und die bereits Gegenstand des dort geführten Prüfungsverfahrens waren. 51

bb. Zu Recht hat es das Landgericht dahinstehen lassen, ob das Bundesamt für Justiz im Rahmen des Verfahrens der ursprünglichen Eintragung im Jahr 2010 sowie anlässlich der turnusmäßigen Überprüfung im Jahr 2016 einen zu oberflächlichen Prüfungsmaßstab angelegt hat. Allein deshalb besteht keine Veranlassung, das Amt zu einer Überprüfung seiner eigenen Vorgehensweise aufzufordern. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn dem Bundesamt für Justiz offenkundige Rechtsverstöße oder eklatante Versäumnisse vorzuwerfen wären. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn das Bundesamt für Justiz bestimmte Umstände überhaupt nicht gewürdigt oder die Rechtslage grundlegend verkannt hätte und deshalb zu einem nicht mehr vertretbaren Ergebnis gekommen wäre. Davon kann hier indes auf Grundlage des von der Beklagten gehaltenen Sachvortrages nicht ausgegangen werden. 52

(1) Soweit die Beklagte ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft, wonach die Vorstandsmitglieder des Klägers für den eingetragenen Verein nur tätig seien, um Einnahmen zu erzielen, dringt sie damit nicht durch. Nach ihrer eigenen Darstellung in der Berufungsbegründung sind die Umstände, die - aus ihrer Sicht - für ein entsprechendes „Geschäftsmodell“ und eine „Gewinnbeteiligung“ sprechen, dem Bundesamt für Justiz umfassend bekannt, ohne dass dies zu einer Aufhebung der Eintragung des Klägers in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG geführt hat. Dies gilt insbesondere auch für die Höhe der dem ständigen Prozessbevollmächtigten des Klägers entstandenen Honorare aus den bereits eingeleiteten Gewinnabschöpfungsklagen. 53

(2) Nichts anderes gilt für die ständige Beauftragung des hiesigen Prozessbevollmächtigten des Klägers, der Gründungsmitglied ist; für das Verhältnis der Einnahmen und Ausgaben, das auch nach Darstellung der Beklagten Gegenstand einer umfassenden Prüfung durch das Bundesamt für Justiz war; für den Vorwurf, der Kläger habe seit seiner Gründung keine sachgerechte und wirksame Aufklärung sowie Beratung der Verbraucher geleistet sowie für den Vorhalt, die Mitglieder des Klägers könnten wegen der in § 14 Abs. 4 der Satzung getroffenen Regelung kraft der ihnen zustehenden organschaftlichen Rechte nicht in relevanter Weise auf das Verhalten des Vereins Einfluss nehmen. Auch in Kenntnis dieser Umstände blieb die letzte turnusmäßige Überprüfung durch das Bundesamt für Justiz ohne Beanstandung. Die Beklagte hat trotz ihrer umfangreichen Ausführungen nicht nahezulegen vermocht, dass eine andere Beurteilung zwingend geboten gewesen wäre. In 54

Übereinstimmung damit ist auch der Bundesgerichtshof nicht von dem Vorliegen begründeter Zweifel ausgegangen (BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*).

bb. Auch im Übrigen hat die Beklagte keine Umstände vorgetragen, die das Bundesamt für Justiz noch nicht geprüft hat und zudem geeignet sind, begründete Zweifel am Fortbestehen der Eintragungsvoraussetzungen zu wecken. 55

(1) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist mit Blick auf die mit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ (BT-Drucksache 19/12084, Seite 1) mit Wirkung zum 02. Dezember 2020 eingetretene Änderung der Rechtslage keine Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen veranlasst. 56

(a) Eine Neubewertung der Eintragungsvoraussetzungen in Ansehung der in § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a) UKlaG getroffenen Regelung ist nicht geboten. Es trifft nicht zu, wenn die Beklagte meint, mit der Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. a) UKlaG seien die Anforderungen an die personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung des Vereins verschärft worden. Nach § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a) UKlaG muss auf Grund der bisherigen Tätigkeit des Vereins gesichert erscheinen, dass er seine satzungsmäßigen Aufgaben auch künftig dauerhaft wirksam und sachgerecht erfüllen wird, was eine entsprechende finanzielle und organisatorische Ausstattung voraussetzt (vgl. BT-Drucksache 18/4631, Seite 25). Diese Ausstattung war schon immer ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal. Es wurde mit dem Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs lediglich kodifiziert (so Micklitz/Rott, in: Münchner Kommentar, ZPO, 6. Auflage, § 4 UKlaG Rn. 20). Die Ausführungen der Beklagten auf den Seiten 94 bis 96 der Berufungsbegründung betreffend die Ausstattung des Klägers erschöpfen sich in der bloßen Wiederholung des Sachverhalts, der bereits vom Bundesamt für Justiz geprüft und für nicht eintragungsschädlich erachtet worden war. 57

Lediglich ergänzend sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass es für die Klagebefugnis des Klägers nicht erforderlich ist, dass er mit finanziellen Mitteln ausgestattet ist, die es ihm erlauben, die Prozess- und Anwaltskosten eines Gewinnabschöpfungsprozesses selbst bezahlen zu können, weil Klage nach § 10 Abs. 1 UWG nicht zu den Klagen gehören, die den Verbraucherschutzverbänden nach dem UKlaG zugewiesen sind. Eine möglicherweise nicht ausreichende finanzielle Ausstattung für eine Gewinnabschöpfungsklage spricht mithin nicht gegen ein Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen nach § 4 Abs. 4 UKlaG (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*). 58

(b) Es bedarf letztlich keiner Entscheidung des Senats, ob mit der neuen Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 lit. b) UKlaG eine Verschärfung der Rechtslage eingetreten ist. Danach muss für qualifizierte Einrichtungen gesichert erscheinen, dass der Verein seine Ansprüche nicht vorwiegend geltend machen wird, um für sich Einnahmen aus Abmahnungen oder Vertragsstrafen zu erzielen. Dieser Gesichtspunkt war auch schon zuvor in § 4 Abs. 2 lit. a) UKlaG a.F. zu berücksichtigen. Dass im Streitfall eine überwiegende Finanzierung des Klägers durch Abmahnungen und Vertragsstrafen erfolgt, ist von der Beklagten weder dargetan noch sonst ersichtlich. Die Beklagte verweist schlicht auf die Gesetzesänderung, ohne dass sie hieraus eine für sie günstige Rechtsfolge ergibt. 59

(c) Auch die neue Regelung in § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UKlaG weckt keine begründeten Zweifel im Sinne von § 4 Abs. 4 UKlaG. Diese neu aufgenommene Eintragungsvoraussetzung besteht darin, dass den Mitgliedern keine Zuwendungen aus dem Vereinsvermögen gewährt werden und Personen, die für den Verein tätig sind, nicht durch 60

unangemessen hohe Vergütungen oder andere Zuwendungen begünstigt werden. Andere Zuwendungen können etwa Schenkungen, gemischte Schenkungen, Zuwendungen zur Bestreitung von Sonderausgaben, die Befreiung von Verbindlichkeiten oder auch die Begründung eines schuldrechtlichen Anspruchs sein (vgl. BT-Drucksache 19/12804, Seite 29). Darin drückt sich aus, dass der Vereinszweck das öffentliche Interesse am Verbraucherschutz sein muss, nicht das persönliche oder gar finanzielle Interesse der Vereinsmitglieder oder dem Verein nahestehender Personen. Gleichwohl verbietet die Vorschrift nicht, dass Mitglieder auch entgeltlich für den Verein tätig werden. Vergütungen für die Organe des Vereins und für den Verein tätige Personen dürfen nur nicht unangemessen hoch sein. Die Angemessenheit bemisst sich nach der Qualifikation sowie Art und Umfang der Tätigkeit für den Verein (vgl. Micklitz/Rott, in: Münchner Kommentar, ZPO, 6. Auflage, § 4 UKlaG Rn. 20). Dies berücksichtigend ist eine unzulässige Begünstigung von Mitgliedern des Klägers oder Personen, die für den Verein tätig sind, nicht feststellbar. Die Darstellung der Beklagten, nach § 13 Abs. 4 der Satzung des Klägers seien die Vorstandsmitglieder ohne jede Kontrolle der Mitgliederversammlung in der Lage, sich selbst Vergütungen und Aufwandsentschädigungen zuzusagen, ist unzutreffend. Gemäß § 13 Abs. 3 der Satzung wird die Vorstandstätigkeit grundsätzlich ehrenamtlich ausgeübt. Vorstandsmitglieder können gemäß § 13 Abs. 4 Satz 1 der Satzung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse und der Haushaltslage eine angemessene Vergütung auf Grundlage eines Dienstvertrages oder eine pauschalierte Aufwandsentschädigung nach § 3 Nr. 26a EstG erhalten. Mit Recht macht der Kläger geltend, dass die Gewährung unangemessener Vergütungen nach der Satzung ausgeschlossen ist. Entgegen der Darstellung der Beklagten erfolgt die Gewährung von Vergütungen auch nicht kontrollfrei; vielmehr hat der Vorstand nach § 16 Abs. 1 der Satzung zu berichten, welche Zahlungen erfolgt sind. Der Kläger hat weiter vorgetragen, dass die Vorstandsmitglieder zu keinem Zeitpunkt Aufwandsentschädigungen bzw. Vergütungen erhalten hätten, die über die Entlohnung eines sogenannten Minijobs hinausgegangen seien. Dies hat die Beklagten nicht bestritten. Unbestritten geblieben ist auch der Vortrag des Klägers, wonach er über keine Mittel verfüge, die es erlaubten, Vorstandsmitgliedern oder anderen für sie tätigen Personen über eine allenfalls geringe Aufwandsentschädigung bzw. Vergütung hinausgehende Beträge zu zahlen.

(2) Ohne Erfolg führt die Beklagte aus, dass sich das Missverhältnis zwischen Prozessführung und Wahrnehmung der Interessen der Verbraucher durch sachgerechte und wirksame Aufklärung und Beratung seit der letzten Überprüfung zum Nachteil des Klägers verändert habe. Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagte, das sie im Senatstermin am 08. März 2022 nochmals wiederholt hat, ist in Teilen schon nicht nachvollziehbar und bleibt überdies pauschal. Die Argumentation der Beklagten knüpft daran an, dass nach aktueller höchstrichterlicher Rechtsprechung zu qualifizierten Einrichtungen im Sinne des § 606 ZPO die (außer-)gerichtliche Geltendmachung von Verbraucherinteressen bei wertender Betrachtung in der gelebten Praxis nur eine untergeordnete Rolle spielen darf (vgl. BGH, Urteil vom 17. November 2020, Az.: XI ZR 171/19, BGHZ 227, 365 - 377). Die Beklagte verkennt jedoch, dass es für den Streitfall nicht darauf ankommt, ob der Kläger die über § 4 UKlaG hinausgehenden Anforderungen des § 606 ZPO erfüllt, denn er hat vorliegend keine Musterfeststellungsklage erhoben. Soweit die Beklagte auch in diesem Zusammenhang vorträgt, der Kläger habe im Rahmen eines „Geschäftsmodells“ zahlreiche rechtsmissbräuchliche Klagen nach § 10 Abs. 1 UWG zum Zwecke der Einnahmenerzielung erhoben, entbehrt dieser Vortrag der im Zivilprozess notwendigen Substanz. So bleibt offen, inwiefern dem Kläger aus Gewinnabschöpfungsklagen überhaupt Einnahmen zugeflossen seien sollen, wenn der abgeschöpfte Gewinn unstreitig an den Bundeshaushalt fließt. Die Beklagte vermischt in unzulässiger Weise Einnahmen des Klägers und Einnahmen des vom

61

Kläger beauftragten Prozessbevollmächtigten. Mit ihrer Darstellung, die Rechtsverfolgung habe sich unabhängig von den vernachlässigten satzungsgemäßen Aufgaben des Klägers verselbständigt, zieht die Beklagte lediglich eine ihr günstige Schlussfolgerung, ohne hierzu den erforderlichen Tatsachenvortrag zu halten.

(3) Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 29. April 2022 abermals vorträgt, der Kläger betreibe keine ernsthafte, nachhaltige, sachgerechte, merkbare und wirksame Aufklärung der Verbraucher, dringt sie damit ebenfalls nicht durch. Sie überspannt die Anforderungen an die nach § 4 Abs. 2 UKlaG erforderliche Aufklärung der Verbraucher. Richtig ist, dass der Verband nach seiner Satzung im Verbraucherinteresse aufklärend und beratend tätig sein muss. Er darf sich nicht damit begnügen, diese Aufgaben lediglich in seine Satzung zu schreiben. Vielmehr muss er sie auch tatsächlich und auf Dauer wahrnehmen (vgl. D.Baetge, in: juris-PK, BGB, 9. Auflage, § 4 UKlaG mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 20. März 1986, Az.: VII ZR 191/85, NJW 1986, 1613). Gleichwohl genügt die Verfolgung einzelner Verbraucherinteressen in regionalem Maßstab; der Verbraucherschutz muss auch nicht die einzige Aufgabe des Verbandes sein, sondern kann einen Zweck unter mehreren bilden (vgl. D.Baetge, in: juris-PK, BGB, 9. Auflage, § 4 UKlaG Rn. 11). Nach diesen Maßstäben betreibt der Kläger - gerade noch - ausreichende Verbraucheraufklärung und -beratung. Die von der Beklagten mit den Anlagen BB 6 sowie BB 7a bis BB 7c dokumentierten Aktivitäten des Klägers haben einen solchen Umfang und eine solche Verbreitung, dass sie für eine größere Anzahl von Verbrauchern merkbar ist. Unschädlich ist, dass der Kläger lediglich Pressemitteilungen zu Urteilen des Bundesgerichtshofes übernommen hat, denn er wirkt auf diese Weise jedenfalls mittelbar aufklärend und beratend (siehe dazu OVG für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 23. September 2021, Az.: 4 A 1073/20, zitiert nach juris Rn. 82). 62

(4) Soweit die Beklagte darauf verweist, dass entgegen der gesetzlichen Vorgabe des § 17 Abs. 1 UKlaG die Überprüfung des Klägers durch das Bundesamt für Justiz nicht fristgerecht bis zum 31. Dezember 2021 abgeschlossen werden konnte, rechtfertigt allein dies nicht den Schluss, dass es seitens des Bundesamtes für Justiz begründete Zweifel an dem Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen des Klägers gibt. Denn für die eingetretene Verzögerung mag es eine Vielzahl von Gründen, wie beispielsweise Personalengpässe oder Arbeitsüberlastung, geben. 63

4. 64

Das mit der Klage verfolgte Ziel steht mit den satzungsgemäßen Aufgaben des Klägers im Einklang. Das Führen eines Gewinnabschöpfungsprozesses ist vom Satzungszweck des Klägers umfasst. Davon ist auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 13. September 2018 - Az.: I ZR 26/17 - ausgegangen, der ein Gewinnabschöpfungsprozess des hiesigen Klägers zugrunde lag (BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*). 65

5. 66

Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht davon ausgegangen, dass das von der Beklagten beanstandete Verhalten des Klägers bei der Anspruchsverfolgung auch nicht den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs erfüllt. 67

5.1. 68

69

Die Frage, ob eine Unterlassungsklage im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG missbräuchlich ist, richtet sich nach § 8 Abs. 4 UWG bzw. § 2b UKlaG, wohingegen die Rechtsmissbräuchlichkeit einer Gewinnabschöpfungsklage an dem allgemeinen Verbot unzulässiger Rechtsausübung gemäß § 242 BGB zu messen ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*).

5.2. 70

In Anwendung dieses Prüfungsmaßstabes liegen weder in Bezug auf die Unterlassungsanträge noch in Bezug die Ansprüche auf Gewinnabschöpfung hinreichende Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers vor. 71

a. Hervorzuheben ist, dass die Beklagte die Anspruchsverfolgung des Klägers sowohl in Bezug auf den Unterlassungsanspruch als auch in Bezug auf den Gewinnabschöpfungsanspruch bereits unter dem Gesichtspunkt der Klagebefugnis gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG angegriffen hat (siehe dazu oben unter Ziffer **3.**). Maßstab für die Frage, ob das Verhalten des Klägers daneben auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu beanstanden ist, ist dessen Vorgehen im konkreten Fall. Folglich führt der Missbrauchsvorwurf nach § 8 Abs. 4 UWG bzw. § 242 BGB zu einer Einzelkontrolle (so BGH, Urteil vom 04. Juli 2019, Az.: I ZR 149/18, GRUR 2019, 966 - 970 - *Umwelthilfe*) 72

b. Gemessen daran liegen im Streitfall keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers vor und zwar weder in Bezug auf die Unterlassungsanträge (**aa.**) noch in Bezug auf den Anspruch auf Gewinnabschöpfung (**bb.**). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die in jeder Hinsicht zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in den Gründen der angefochtenen Entscheidung verwiesen, die durch das Berufungsvorbringen der Beklagten nicht entkräftet werden. Dies geht zu Lasten der Beklagten, die nach den allgemeinen im Zivilprozess geltenden Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände trägt, aus denen sie den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs ableitet. 73

aa. Im Hinblick auf die Unterlassungsanträge macht die Beklagte mit ihrer Berufung geltend, es sei streitig, ob der Kläger nicht auch für die Unterlassungsklage einen Prozessfinanzierer eingeschaltet habe. Der Kläger weigere sich, die Prozessfinanzierungsverträge vorzulegen; er habe lediglich die „nahezu vollständig geschwärzten Verträge“ vorgelegt, was das Landgericht rechtsfehlerhaft hingenommen habe. In diesem Vorbringen liegt keine ausreichende Auseinandersetzung mit den tragenden Erwägungen der angefochtenen Entscheidung. Die Beklagte gibt die vom Landgericht in diesem Punkt angestellten Überlegungen in unangemessener Weise verkürzt und damit letztlich sinnentstellend wieder. Das Landgericht hat nachvollziehbar begründet, weshalb keine ernstzunehmenden Anhaltspunkte dafür bestünden, dass der Kläger weiterhin die Unterstützung eines Prozessfinanzierers in Anspruch nehme. Hierzu hat die Kammer auf die vom Kläger zur Akte gereichten Kündigungsschreiben (Anlagen K 12 und K 13 sowie Anlagen K 54 und K 55) sowie auf den auszugsweise vorgelegten Prozessfinanzierungsvertrag verwiesen und ausgeführt, diesen Dokumenten lasse sich zweifelsfrei entnehmen, dass die Prozessfinanzierungsverträge beendet seien. Aus welchem Grund die vom Landgericht getroffenen Feststellungen falsch sein sollen, legt die Beklagte mit ihrer Berufung an keiner Stelle dar. Indizien, die dafür sprechen, dass - im Widerspruch zu den vorgelegten Dokumenten - weiterhin eine Prozessfinanzierung stattfindet, sind nicht dargetan. Vor dem Hintergrund, dass der Kläger ausdrücklich bestritten hat, im Streitfall Nebenabreden zum gekündigten Prozessfinanzierungsvertrag getroffen zu haben, genügt es nicht, wenn die Beklagte darauf verweist, dass der Kläger in einem Parallelverfahren mit dem dort 74

beauftragten Prozessfinanzierer eine Zusatzvereinbarung geschlossen habe. Daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, dass der Kläger im Rahmen des vorliegenden Verfahrens in gleicher Weise verfahren ist. Der Abschluss einer Ergänzungsvereinbarung ist für den Streitfall - entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht - auch keineswegs naheliegend. Die von der Beklagten gezogene Schlussfolgerung, weil der Kläger gegen das *Prozessfinanzierer*-Urteil des Bundesgerichtshofes (Az.: I ZR 26/17) sowie gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts (I-2 U 66/18) jeweils Verfassungsbeschwerde eingelegt habe, könnten die ursprünglichen Prozessfinanzierungsverträge zu den Gewinnabschöpfungsverfahren noch nicht beendet sein, ist nicht zwingend. Die Beklagte widerspricht sich insoweit auch selbst, wenn sie einerseits behauptet, es bedürfe einer Ergänzungsvereinbarung, um die Folgen der Entscheidung des Verfassungsgerichts zu regeln, und andererseits meint, dass sich die vertragsrechtlichen Konsequenzen der rechtsmissbräuchlichen Einschaltung eines Prozessfinanzierers in Gewinnabschöpfungsprozessen aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 2 BGB bzw. der ungerechtfertigten Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB ergeben. Soweit die Beklagte meint, der Kläger könne inzwischen auch mit einem anderen Prozessfinanzierer zusammenarbeiten, erfolgt dieser Vortrag ersichtlich ins Blaue hinein. Es handelt sich um eine bloße Mutmaßung, weshalb dem auf Seite 53 der Berufungsbegründung vom 23. September 2021 formulierten Antrag der Beklagten, gerichtet auf die Vorlegung von Urkunden, nicht zu entsprechen war. Ein materiell-rechtlicher Anspruch der Beklagten auf Vorlage im Sinne der §§ 421, 422 ZPO besteht nicht (siehe dazu Geimer, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, § 422 Rn. 2). Den Kläger trifft keine Pflicht, die geforderten Unterlagen ohne jede Unkenntlichmachung vorzulegen. Eine Anordnung gemäß § 142 ZPO kommt nach pflichtgemäßem Ermessen des Senats ebenfalls nicht in Betracht. Es ist schon nicht hinreichend dargetan, dass die beantragte Vorlegung der Wahrheitsfindung dient; im Übrigen würde sie schutzwürdige Belange des Klägers verletzen (siehe dazu Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, § 142 Rn. 8 mit weiteren Nachweisen).

bb. Im Hinblick auf die hier anhängige Gewinnabschöpfungsklage folgt eine Rechtsmissbräuchlichkeit nicht daraus, dass die beiden vorausgegangenen Gewinnabschöpfungsklagen wegen der Einschaltung eines Prozessfinanzierers als rechtsmissbräuchlich anzusehen waren. Gegenteiliges ergibt sich insbesondere nicht aus der von der Beklagten zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung. 75

(1) Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 13. September 2018 - Az.: I ZR 26/17 - entschieden, dass die Gewinnabschöpfungsklage eines Verbraucherverbandes, die von einem gewerblichen Prozessfinanzierer finanziert werde, der im Falle des Obsiegens einen Anteil am abgeschöpften Gewinn erhalten solle, eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Die Einschaltung eines Prozessfinanzierers, dem eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt werde, widerspreche dem Zweck der gesetzlichen Regelung des § 10 UWG. Der Anspruch werde aus dem - nach Ansicht des Gesetzgebers als sachfremd anzusehenden - Motiv des Prozessfinanzierers, Einnahmen aus dem abgeschöpften Gewinn zu erzielen, geltend gemacht; die Interessen der geschädigten Verbraucher spielten letztlich keine, zumindest keine entscheidende Rolle mehr (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*). Anders als die Beklagte meint, ergibt sich aus dieser Entscheidung nicht, dass es dem Kläger verwehrt ist, für die Durchsetzung eines Anspruches auf Gewinnabschöpfung abermals gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (siehe dazu Senatsbeschluss vom 4. Dezember 2019, Az.: I-20 W 90/19). Der Bundesgerichtshof hat nicht das vom Kläger angestrebte Ziel - die Gewinnabschöpfung -, sondern das dazu eingesetzte Mittel - die Einschaltung eines Prozessfinanzierers, dem eine Vergütung in Form 76

eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt wird - missbilligt. Dem entnimmt der Senat, dass der den Rechtsmissbrauch begründende Makel nur der konkret finanzierten Klage anhaftet. Eine Fortwirkung des Rechtsmissbrauchs in dem von der Beklagten dargestellten Sinn folgt daraus nicht. Dagegen spricht vor allem, dass der Bundesgerichtshof Verbraucherverbänden explizit einen Weg aufgezeigt hat, wie Gewinnabschöpfungsklagen nach seiner Auffassung ohne Prozessfinanzierer zu finanzieren sind - nämlich durch einen Antrag des klagenden Verbandes auf Herabsetzung des Streitwertes nach § 12 Abs. 4 Satz 1 UWG, § 51 Abs. 5 GKG. Die Frage, ob der Kläger einen zunächst mit einer prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklage rechtshängig gemachten Gewinnabschöpfungsanspruch nach der Beendigung des Prozessfinanzierungsvertrages mit einer neuen, selbst finanzierten Klage in zulässiger Weise erneut rechtshängig machen kann, ohne sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen, hat der Bundesgerichtshof offen gelassen.

(2) Diese Frage ist bislang nicht entschieden; die von der Beklagten in der Berufungsbegründung zitierte Rechtsprechung ist nicht einschlägig. Sie bezieht sich auf Fallkonstellationen, in denen sich bereits die außergerichtliche Geltendmachung eines Unterlassungsanspruches als missbräuchlich darstellt mit der Konsequenz, dass der fragliche Anspruch klageweise nicht mehr geltend gemacht werden kann (siehe dazu BGH, Urteil vom 20. Dezember 2001, Az.: I ZR 215/98, GRUR 2002, 715 - 717 - *Scanner-Werbung*; Urteil vom 17. Januar 2002, Az.: I ZR 241/99, GRUR 2002, 357 - 360 - *Missbräuchliche Mehrfachabmahnung*; Urteil vom 15. Dezember 2011, Az.: I ZR 174/10, GRUR 2012, 730 - 734 - *Bauheizgerät*; Urteil vom 31. Mai 2012, Az.: I ZR 106/10, GRUR 2013, 176 - 178 - *Ferienluxuswohnung*; Urteil vom 03. März 2016, Az.: I ZR 110/15, GRUR 2016, 961 - 964 - *Herstellerpreisempfehlung bei Amazon*). Diese Rechtsprechung kann nicht auf den Streitfall übertragen werden. Die gegenteiligen Ausführungen der Beklagten verfangen nicht. Die Berufung verkennt, dass der Bundesgerichtshof ausschließlich die konkrete Prozessführung mit der Begründung beanstandet hat, dass die Finanzierung der Klage durch einen gewerblichen Prozessfinanzierer dem Gesetzeszweck des § 10 UWG widerspreche. Was die außergerichtliche Geltendmachung der Gewinnabschöpfungsansprüche betrifft, kann dem Kläger indes nicht vorgeworfen werden, missbräuchlich gehandelt zu haben, denn dies geschah - unstreitig - ohne jede Mitwirkung eines Prozessfinanzierers. Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe Gewinnabschöpfungsansprüche nur geltend gemacht, um später einen Prozessfinanzierer einschalten zu können, bleibt pauschal und ist durch nichts belegt. Zu würdigen ist, dass der Kläger den Gewinnabschöpfungsanspruch - unstreitig - außergerichtlich ohne Einschaltung eines Rechtsanwaltes geltend gemacht hat. Seine Behauptung, zum Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruches sei ein Prozessfinanzierer weder angefragt noch beteiligt gewesen, ist unwidersprochen geblieben und damit gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Es kommt nicht darauf an, dass der Kläger die Erhebung von Gewinnabschöpfungsklagen in der Vergangenheit jeweils von der Einschaltung eines Prozessfinanzierers abhängig gemacht hat. Entscheidend ist, dass die außergerichtliche Geltendmachung von Gewinnabschöpfungsansprüchen mittels entsprechender Aufforderungsschreiben zu einem Zeitpunkt erfolgte, als - unstreitig - noch kein Prozessfinanzierer beteiligt war. Unter diesen Voraussetzungen ist eine „Fortwirkung“ des Rechtsmissbrauchs in dem von der Beklagten dargestellten Sinn abzulehnen. 77

(3) Gleichfalls ohne Erfolg beruft sich die Beklagte auf das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 04. Juli 2019 (Az.: 2 U 46/18) sowie den Beschluss des Oberlandesgerichts Celle vom 26. Februar 2019 (Az.: 13 U 54/18). Vorliegend geht es nicht darum, ob ein Rechtsmissbrauch durch den Wegfall des den Missbrauch begründenden 78

Tatbestandes in einem laufenden Prozess „geheilt“ werden kann, sondern es stellt sich die Frage, ob ein neuer Prozess allein deshalb als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, weil der verfahrensgegenständliche Anspruch in einem früheren Prozess rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wurde. Zu dieser hier in Rede stehenden Fallgestaltung enthalten die vorzierten Entscheidungen keine Ausführungen.

(4) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht kommt es vorliegend auch nicht darauf an, ob ein einmal begründeter Rechtsmissbrauch durch die Kündigung der Prozessfinanzierungsverträge geheilt werden kann. Die Frage ist vielmehr, ob dem Kläger Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist, wenn er einen zunächst mit einer prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklage rechtshängig gemachten Gewinnabschöpfungsanspruch nach der Beendigung des Prozessfinanzierungsvertrages mit einer neuen, selbst finanzierten Klage geltend macht. Diese Frage beantwortet sich in Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu § 242 BGB. 79

(a) Der das materielle Recht beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben gilt auch im Verfahrensrecht (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I* mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Er verpflichtet die Parteien zu redlicher Prozessführung und verbietet den Missbrauch prozessualer Befugnisse. Ein Verstoß gegen § 242 BGB führt zur Unzulässigkeit der Ausübung prozessualer Befugnisse (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 2007, Az.: V ZR 83/06, BGHZ 172, 218 (220) mit weiteren Nachweisen). Bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB können Umstände, die gemäß § 8 Abs. 4 UWG oder § 2b UKlaG einen Rechtsmissbrauch begründen, herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*, Urteil vom 31. Mai 2012, Az.: I ZR 45/11, GRUR 2012, 949 - 953 - *Missbräuchliche Vertragsstrafe*). Ein Missbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 UWG liegt vor, wenn der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolgt und dies als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheint (vgl. Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I*, Urteil vom 06. Oktober 2011, Az.: I ZR 42/10, GRUR 2012, 286 - 288 - *Falsche Suchrubrik*; Urteil vom 6. April 2000, Az.: I ZR 76/98, BGHZ 144, 165 (170) - *Missbräuchliche Mehrfachverfolgung*). Die Ausübung von Befugnissen, die nicht den gesetzlich vorgesehenen, sondern anderen und rechtlich zu missbilligenden Zwecken dienen, ist auch nach § 242 BGB missbräuchlich (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17, GRUR 2018, 1166 - 1171 - *Prozessfinanzierer I* mit weiteren Nachweisen). 80

(b) Dies zugrunde gelegt, ist ein Rechtsmissbrauch des Klägers zu verneinen. Der Senat kann nicht feststellen, dass die Erhebung der Gewinnabschöpfungsklage und zwar - wie dargetan - ohne Einschaltung eines Prozessfinanzierers dem Zweck der gesetzlichen Regelung in § 10 UWG widerspricht. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass an einem abgeschöpften Gewinn allein der Bundeshaushalt partizipiert. Umstände, die bei wertender Gesamtbetrachtung den Schluss rechtfertigen, der Kläger habe die Gewinnabschöpfungsklage aus sachfremden Motiven und nicht zum Zwecke der Durchsetzung des Allgemeininteresses an der Bekämpfung verbraucherrechtswidriger, unlauterer Geschäftspraktiken erhoben, sind nicht feststellbar. 81

(aa) Soweit die Beklagte darauf verweist, der für den vorliegenden Rechtsstreit beauftragte Prozessbevollmächtigte (Rechtsanwalt A.) sei, was unstreitig ist, ein Gründungsmitglied des Klägers, trägt dies nicht die Annahme eines Rechtsmissbrauchs. Der Bundesgerichtshof hat 82

in seinem Urteil vom 13. September 2018 - Az.: I ZR 26/17 - den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs daran geknüpft, dass der Anspruchsberechtigte mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen und Ziele verfolge und diese als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erschienen (BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 27/17, GRUR 2018, 1168 - 1171, *Prozessfinanzierer I*). Bei diesem rechtlichen Ausgangspunkt ist für die Frage des Rechtsmissbrauchs alleine auf den Kläger abzustellen; auf die finanziellen Interessen, die der mit dem Kläger nicht personenidentische Prozessbevollmächtigte verfolgen mag, kommt es nicht an. Eine andere Beurteilung wäre nur dann angezeigt, wenn der Kläger und der ihn vertretene Rechtsanwalt personell oder wirtschaftlich derart miteinander verflochten wären, dass Letzterer darauf Einfluss nehmen könnte, welche Prozesse geführt werden und dessen Motive an der Prozessführung dem Kläger nach Treu und Glauben zuzurechnen wären, oder aber der Verein oder dessen Entscheidungsträger von den vom Prozessbevollmächtigten erzielten Anwaltshonoraren einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil hätten. Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, die dafürsprechen könnten, dass der Kläger nicht selbst darüber entschieden hat, die Gewinnabschöpfungsklage anzustrengen, sondern Rechtsanwalt A. in rechtlich bindender Weise Einfluss auf diese Entscheidung des Klägers genommen hat, ergeben sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht (siehe dazu auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 07. Februar 2017, Az.: I-20 U 139/15). Rechtsanwalt A. ist seit vielen Jahren nur einfaches Mitglied des Klägers; diese Stellung vermittelt ihm keine Einflussmöglichkeit auf die Entscheidung, ob und welche Gewinnabschöpfungsprozesse der Kläger anstrengt. Es ist auch nicht feststellbar, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers - und damit ein Mitglied des klagenden Vereins - in einer mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbarer Art und Weise von der Gewinnabschöpfungsklage profitiert. Hierzu hat der Kläger ausgeführt, dass Rechtsanwalt A. nur die gesetzlichen Anwaltsgebühren erhaltet und dies unter den - für ihn ungünstigeren - Konditionen der Streitwertbegünstigung. Dem ist die Beklagte nicht erheblich entgegengetreten. Ihre Argumentation, das finanzielle Interesse von Rechtsanwalt A. widerspreche dem Zweck des § 10 UWG, soweit er bei Einschaltung eines Prozessfinanzierers eine weitere Gebühr erhalte, verfängt aus den bereits dargelegten Gründen schon im Ansatz nicht. Im Übrigen spricht - wie dargetan - im Streitfall nichts für die Erhebung einer prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklage. Unerheblich ist, ob der Kläger - so die Beklagte - in der Vergangenheit stets denselben Rechtsanwalt mit der Führung von Gewinnabschöpfungsprozesses beauftragt hat. Es bleibt einer qualifizierten Einrichtung im Sinne von § 4 UklaG, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG - ebenso wie jeder anderen Partei - unbenommen, den Rechtsanwalt, den sie mit ihrer Vertretung beauftragt, frei zu wählen und diesen, wenn sie zufrieden ist, erneut zu mandatieren (so auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris, Rn. 115).

(bb) Ohne Erfolg meint die Beklagte, die Vorstandsmitglieder des Klägers seien an den Einnahmen ihres Prozessbevollmächtigten beteiligt. Es handelt sich um eine bloße Mutmaßung der Beklagten, die - worauf bereits das Landgericht hingewiesen hat - jeglicher Grundlage entbehrt. 83

(cc) Der Senat stimmt mit dem Landgericht im Ergebnis auch darin überein, dass der Kläger mit seinem Verhalten im Zusammenhang mit der Streitwertbegünstigung nicht die Grenze zum Rechtsmissbrauch überschritten hat. 84

(aaa) Von einem „Erschleichen der Streitwertbegünstigung“ - so die Beklagte - könnte überhaupt nur dann die Rede sein, wenn der Kläger in dem Verfahren gemäß § 12 Abs. 4 UWG bewusst und gezielt falsche Angaben gemacht und infolge dessen eine 85

Streitwertermäßigung erhalten hätte, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Dazu hätte der Kläger das Gericht wahrheitswidrig darüber täuschen müssen, dass die Belastung mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert zu einer erheblichen Gefährdung der wirtschaftlichen Lage führt. Er hätte also seine Vermögenssituation schlechter darstellen müssen, als sie tatsächlich ist. So liegen die Dinge hier nicht. Zu betonen ist, dass für die Streitwertermäßigung nach § 12 Abs. 4 UWG in der seit dem 9. Oktober 2013 geltenden Fassung für qualifizierte Einrichtungen nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG ein weniger strenger Maßstab als bei Wettbewerbsverbänden zugrunde zu legen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist bei Verbraucherschutzverbänden eine großzügigere Handhabung der Streitwertbegünstigungsregelungen gerechtfertigt, weil sie ausschließlich im öffentlichen Interesse tätig sind und ihre Funktionsfähigkeit deshalb besonders schützenswert ist, andererseits aber ihre Finanzausstattung durch die öffentliche Hand nicht in gleicher Weise gesichert ist wie bei Wirtschaftsverbänden (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Dezember 2016, Az.: I ZR 213/15, zitiert nach juris). Dies berücksichtigend ist dem Kläger keine relevante Täuschungshandlung vorzuwerfen. Richtig ist, dass er einen Zahlungsfluss von 460.193,54 € nicht angegeben hat. Dies ist aber insofern unschädlich, als dass es sich um einen „durchlaufenden Posten“ handelt, der ohne Einfluss auf die tatsächliche Vermögenssituation des Klägers ist. Der Kläger hat dargelegt und dies ist im Ergebnis auch durch das als Anlage K 56 vorgelegte Schreiben des Bundesamtes für Justiz vom 10. November 2020 belegt, dass es sich um Kostenerstattungen aus einem ehemaligen prozessfinanzierten - außergerichtlichen - Gewinnabschöpfungsfall handelt. Dies stellt die Beklagte nicht in Abrede. Sie bestreitet auch nicht, dass diese Kostenerstattungen vom Kläger an den Prozessfinanzierer und den Prozessbevollmächtigten weitergeleitet wurden mit der Folge, dass beim Kläger gar keine Vermögensmehrung eingetreten ist. Sie argumentiert vielmehr, der Kläger sei unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage im Sinne von § 313 Abs. 2 BGB verpflichtet, dem Prozessfinanzierer die angefallenen Kosten zurückzuerstatten. Losgelöst davon, ob dem Prozessfinanzierer materiell-rechtlich ein derartiger Rückzahlungsanspruch zusteht, und unabhängig davon, wie dieser Unwägbarkeit buchhalterisch Rechnung zu tragen ist, rechtfertigt sich damit nicht der gegenüber dem Kläger erhobene Vorwurf des Erschleichens der Streitwertbegünstigung. Denn die Vermögensverhältnisse des Klägers würden sich in diesem Fall jedenfalls nicht günstiger darstellen. Dem Kläger ist allenfalls vorzuwerfen, zunächst nichts zur Aufklärung des Zahlungsflusses von 460.193,54 € beigetragen zu haben. Allein dies macht die Gewinnabschöpfungsklage jedoch nicht rechtsmissbräuchlich.

(bbb) Nichts anderes gilt, soweit die Beklagte dem Kläger vorwirft, in seiner Vermögensdarstellung für die Jahre 2019 und 2020 unzureichende Angaben zu Prozesskosten gemacht zu haben. Es handelt sich wiederum um Kostenerstattungen aus prozessfinanzierten Gewinnabschöpfungsklagen, die der Kläger nach seinem unwidersprochen gebliebenen Vortrag weitergereicht hatte, so dass sie sein Vermögen tatsächlich nicht vermehrt haben. Angesichts dessen, dass das Bundesamt für Justiz die in der Vergangenheit vom Kläger erhobenen prozessfinazierten Gewinnabschöpfungsklagen unstreitig genehmigt hatte, verfängt der Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe gezielt verschleiert, in welchem Umfang er das Abmahn- und Prozessgeschäft betreibe, nicht. Gleichermaßen haltlos und unsubstantiiert ist auch der Vorwurf der „Mauschelei“ zwischen dem Kläger, dem Prozessfinanzierer und dem Bundesamt für Justiz. 86

(ccc) Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht musste der Kläger in seiner Vermögensdarstellung auch keine näheren Angaben zu den Verfassungsbeschwerden machen, die er sowohl gegen das *Prozessfinanzierer*-Urteil des Bundesgerichtshofes - Az.: I ZR 26/17 - als auch gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf - Az.: I-2 U 66/18 - 87

eingelegt hat. Hierzu hat der Kläger vorgetragen, es seien keine Kosten, insbesondere nicht in Form von eigenen Anwaltskosten angefallen, weil er die Verfassungsbeschwerden ohne Einschaltung eines Anwalts selbst eingereicht habe. Dies ist unstreitig geblieben.

(dd) Soweit die Beklagte der Ansicht ist, der Kläger habe die vorliegende Gewinnabschöpfungsklage nach dem Inhalt seiner Satzung gar nicht erheben dürfen, begründet dies ebenfalls nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs. Das Führen eines Gewinnabschöpfungsprozesses ist - wie dargetan - vom Satzungszweck des Klägers umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 27/17, GRUR 2018, 1168 - 1171, *Prozessfinanzierer I*). Richtig ist, dass der Kläger im Rahmen seines Antrages auf Streitwertbegünstigung geltend gemacht hat, die Belastung mit den Prozesskosten im hiesigen Verfahren nach dem vollen Streitwert gefährde seine wirtschaftliche Lage in erheblicher Weise. Daraus folgt - entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht - jedoch nicht, dass der Vorstand des Klägers mit seiner Entscheidung für die Gewinnabschöpfungsklage gegen § 21 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 seiner Satzung verstoßen hat. Zutreffend verweist der Kläger darauf, dass der Vorstand gemäß § 21 Abs. 2 Satz 3 seiner Satzung zu einer Wahrscheinlichkeitsbetrachtung aufgefordert war. Soweit er nach der von ihm anzustellenden Prognose zu der Einschätzung gelangt ist, das mit der Gewinnabschöpfungsklage verbundene Kostenrisiko sei vertretbar, ist dies nicht zu beanstanden. Der Vorstand durfte unter Berücksichtigung des *Prozessfinanzierer*-Urteils des Bundesgerichtshofes - Az.: I ZR 26/17 - davon ausgehen, dass der Streitwert so weit abgesenkt werden würde, dass ein Prozessverlust nicht zur Insolvenz des Klägers führt. Ein Satzungsverstoß ist somit nicht feststellbar. 88

B. 89

Die Berufung des Klägers ist im Hinblick auf den Auskunftsantrag betreffend die Nutzungszinsen nur teilweise begründet. Die Beklagte kann sich in gewissem Umfang mit Erfolg auf die Einrede der Verjährung berufen; darüber hinaus ist die Berufung der Beklagten im Hinblick auf den Wirtschaftsprüfervorbehalt erfolgreich. 90

1. 91

Der Kläger hat gemäß § 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 4 UKlaG in Verbindung mit §§ 306a, 309 Nr. 5 lit. a) BGB einen Anspruch darauf, dass die Beklagte es unterlässt, Verbrauchern ohne vorherige Individualvereinbarung systematisch durch ihr entsprechend programmiertes Abrechnungssystem einen Pauschalbetrag in Höhe von mindestens 4,50 € für jede Rücklastschrift in Rechnung zu stellen. 92

1.1. 93

Der Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG bezieht sich nicht nur auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind. Vielmehr kann der Kläger auch dann aus § 1 UKlaG vorgehen, wenn er die Umgehung einer als Allgemeiner Geschäftsbedingung unwirksamen Regelung im Sinne des § 306a BGB geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 08. März 2005, Az.: XI ZR 154/04, BGHZ 162, 294; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 2014, Az.: I-6 U 84/13, NJW-RR 2014, 729 - 733; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 07. Februar 2019, Az.: 2 U 5/18, GRUR-RR 2019, 432 - 437 mit weiteren Nachweisen). Die Beklagte umgeht das Klauselverbot in § 309 Nr. 5 BGB durch eine "anderweitige Gestaltung" im Sinne des § 306a BGB, indem sie ihr Abrechnungssystem so gestaltet hat, dass sie im Falle einer Rücklastschrift betroffenen Kunden jeweils einen Betrag von 4,50 € in Rechnung stellt. 94

1.2. 95

Durch die gewählte Gestaltung umgeht die Beklagte das durch § 309 Nr. 5 lit. a) BGB 96
statuierte Verbot, mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen einen pauschalierten Schadensersatzanspruch zu vereinbaren, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Sie handelt dabei in der Absicht, die Inhaltskontrolle für eine entsprechende Allgemeine Geschäftsbedingung nach dem Maßstab des § 309 Nr. 5 lit. a) BGB zu vermeiden.

1.3. 97

Nach § 309 Nr. 5 lit. a) BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten 98
Schadensersatzanspruchs für den Verwender unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt (siehe dazu BGH, Urteil vom 18. Februar 2015, Az.: XII ZR 199/13, NJW-RR 2015, 690 - 692). Dies ist bei Gebühren von mindestens 4,50 € pro Rücklastschrift der Fall.

a. Im Hinblick auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast gelten die vom 99
Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze, wonach der Klauselverwender die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass ein pauschalierter Schadensersatzanspruch im Sinne von § 309 Nr. 5 lit. a) BGB dem typischen Schadensumfang entspricht (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2021, Az.: KZR 63/18, BGHZ 229, 1 - 27; BGH, Urteil vom 18. Februar 2015, Az.: XII ZR 199/13, NJW-RR 2015, 690 - 692). Dem Verwender obliegt es dabei lediglich, Tatsachen darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich das Gericht davon überzeugen kann, dass der Pauschalbetrag den branchenüblichen Durchschnittsschaden nicht wesentlich übersteigt. Dazu braucht der Verwender vor Gericht nicht die Einzelheiten seiner Kostenrechnung und Preiskalkulation offen zu legen, sondern kann auch auf tragfähige Statistiken eines Berufs- und Unternehmensverbandes oder Vergleichbares zurückgreifen (vgl. Senatsurteil vom 29. März 2018, Az.: I-20 U 39/17, GRUR-RR 2018, 354 - 356).

b. Diese Grundsätze hat das Landgericht beachtet und ist zu dem Ergebnis gelangt, die 100
Beklagte habe nicht hinreichend dargetan, dass der Pauschalbetrag in Höhe von 4,50 € pro Rücklastschrift den branchenüblichen Durchschnittsschaden nicht wesentlich übersteige. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Der Einwand der Berufung, das Landgericht habe die Anforderungen an die Darlegungslast überspannt, verfängt nicht.

aa. Die Beklagte hat, was das Landgericht richtig erkannt hat, nicht in Abrede gestellt, dass 101
ihr in der Vergangenheit für Rücklastschriften Kosten in Höhe von höchstens 2,95 € entstanden sind. Soweit sie darauf verweist, dass der Kläger diese Auskunft rechtswidrig erlangt habe, liegt darin kein Bestreiten im Sinne des § 138 ZPO. Diesen unstreitigen Sachverhalt hat auch der Senat gemäß §§ 529, 531 ZPO seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

bb. Der Senat verkennt nicht, dass es für die Rechtmäßigkeit des hier in Rede stehenden 102
Betrages im Grundsatz auf den Durchschnittsschaden in der Branche der Beklagten ankommt. Es ist mithin eine objektive Prüfung im Sinne einer typisierenden Betrachtung anzustellen, bei der die Umstände des konkreten Falles - mögen sie für den Eintritt eines besonders hohen oder auch eines besonders niedrigen Schadens sprechen - außer Betracht bleiben müssen. Gleichwohl ist zu würdigen, dass die Beklagte mit 4,50 € von ihren Kunden einen Pauschalbetrag verlangt, der unstreitig deutlich über den Kosten liegt, die ihr tatsächlich entstanden sind. Denn umso fernliegender die behauptete Höhe des

branchentypischen Rücklastschriftschadens, umso höher sind die Anforderungen an einen substantiierten Sachvortrag des Klauselverwenders.

cc. Dies berücksichtigend, ist es der Beklagten nicht gelungen, zureichenden Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die es nachvollziehbar erscheinen lassen, dass der durchschnittliche Rücklastschriftschaden der marktbeherrschenden anderen Telekommunikationsunternehmen bei mindestens 4,50 € liegt. In der Gesamtschau bietet das Vorbringen der Beklagten keine gemäß § 287 ZPO geeignete Schätzgrundlage. Ihr Vortrag weist Lücken, Widersprüche und Unklarheiten auf, die es dem Senat nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände des Streitfalles nicht erlauben, den branchenüblichen Durchschnittsschaden auf mindestens 4,50 € zu schätzen. 103

(1) Der Kläger hat in erster Instanz umfassend dargelegt, dass die führenden deutschen Telekommunikationsunternehmen mittlerweile nur noch Rücklastschriftpauschalen von 4,00 € oder weniger erheben. Dies hat die Beklagte nicht bestritten. Sie hat kein einziges Branchenunternehmen zu benennen vermocht, bei dem tatsächlich Rücklastschriftkosten von mindestens 4,50 € anfallen, was dafür spricht, dass tatsächlich auch keine höheren Rücklastschriftkosten anfallen. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist davon auszugehen, dass gewinnorientiert arbeitende Unternehmen gerade im - wie dem Senat, der mit einer Vielzahl von wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Telekommunikationsunternehmen befasst ist, aus eigener Anschauung bekannt ist - hart umkämpften Telekommunikationsmarkt nicht freiwillig auf die Realisierung relativ einfach durchsetzbarer Schadensersatzansprüche verzichten. 104

(2) Soweit die Beklagte unter Hinweis auf öffentliche Preisverzeichnisse für Privat- und Geschäftskunden argumentiert, die Entgelte der Gläubigerbanken für eine Rücklastschrift lägen durchschnittlich bei mindestens 4,50 €, dringt sie damit nicht durch. Diese Argumentation begegnet schon deshalb durchgreifenden Bedenken, weil die Beklagte sich lediglich auf eine Auflistung von Gebühren einzelner, willkürlich ausgewählter Haus- und Fremdbanken bezieht. Vortrag dazu, weshalb gerade die von ihr ausgewählten - neun - Banken repräsentativ sein sollen und einen zuverlässigen Rückschluss auf die von den Branchenunternehmen tatsächlich zu zahlenden, durchschnittlichen Rücklastschriftkosten zulassen, fehlt. Überdies hat die Beklagte nicht plausibel gemacht, dass die großen Telekommunikationsunternehmen - als große Firmenkunden der Banken - die in den Preisverzeichnissen ausgewiesenen Rücklastschriftkosten tatsächlich zu zahlen haben. Hierzu hat das Landgericht in den Gründen der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, die Beklagte trage einerseits selbst vor, dass branchenübliche Rabatte in Höhe von 50 % gewährt würden. Andererseits berufe sie sich auf eine zu einem anderen Telekommunikationsunternehmen ergangene Entscheidung des Landgerichts Köln vom 21. Juli 2020 (Az.: 31 O 367/16), der zufolge auf die Regelgebühr der dortigen Gläubigerbank in Höhe von 2,40 € ein Rabatt in Höhe von 1,95 € gewährt werde, mithin ein Rabatt, der weit über die - nach Darstellung der Beklagten - branchenüblichen 50 % hinausgehe. Diesen Widerspruch hat die Beklagte auch in der Berufungsinstanz nicht aufzuklären vermocht. 105

(3) Der Vortrag der Beklagten zu den Rücklastschriftbankkosten rechtfertigt keine andere Beurteilung. Unabhängig davon, dass die Beklagte wiederum willkürlich Banken herausgreift und anhand derer zur Höhe der Entgelte für die Ablehnung der Einlösung einer autorisierten Lastschrift wegen fehlender Kontodeckung vorträgt, entwertet sie ihr diesbezügliches Vorbringen weiter dadurch, dass sie darlegt, die Kosten würde sich erheblich unterscheiden und regelmäßigen Änderungen unterliegen. Damit genügt sie der ihr obliegenden Darlegungslast nicht. Aber selbst wenn zu ihren Gunsten anzunehmen wäre, dass die 106

eigenen Kosten der Banken für Rücklastschriften durchschnittlich mindestens 2,71 € betragen, macht allein dies ihre Behauptung, der durchschnittliche Rücklastschriftschaden der marktbeherrschenden anderen Telekommunikationsunternehmen liege bei mindestens 4,50 €, nicht plausibel. Einen Nachweis dafür, dass die den öffentlichen Preisverzeichnissen der Banken zu entnehmenden Rücklastschriftbankkosten irgendeine Bedeutung für die Höhe der von den Branchenunternehmen tatsächlich zu zahlenden Rücklastschriftbankkosten zu haben, ist die Beklagte schuldig geblieben.

(4) Nicht nachvollziehbar ist schließlich der Vortrag der Beklagten zur Höhe der branchentypischen Porto- und Materialkosten für die Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen der Lastschrift. Es reicht nicht aus, wenn sie darlegt, die Kosten einer postalischen Kundenbenachrichtigung würden 1,08 € betragen. Diese Kosten wären nur dann maßgeblich, wenn jedes Branchenunternehmen in jedem Rücklastschriftfall tatsächlich eine postalische Kundenbenachrichtigung versenden würde. Dies ist jedoch offensichtlich nicht der Fall: Schon die Beklagte selbst versendet - unstreitig - keine postalischen Kundenbenachrichtigungsschreiben, sondern informiert ihre Kunden per SMS und/oder E-Mail. So dürften die Dinge auch bei den anderen Branchenunternehmen liegen. Die Beklagte hat mithin schon nicht dargetan, dass die Benachrichtigung durch ein postalisches Schreiben (noch) dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht. 107

2. 108

Der Kläger kann gemäß § 1, § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 4 UKlaG in Verbindung mit§§ 306a, 309 Nr. 5 BGB auch verlangen, dass es die Beklagte unterlässt, Verbrauchern ohne vorherige Individualvereinbarung systematisch durch ihr entsprechend programmiertes Abrechnungssystem einen Betrag in Höhe von mindestens 2,80 € für jede Mahnung in Rechnung zu stellen. 109

2.1. 110

Das Landgericht hat entschieden, dass die beanstandete Pauschale für die Mahnung in Höhe von 2,80 € außerhalb des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schadens im Sinne von § 309 Nr. 5 lit. a) BGB liegt. Darin liegt weder eine Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO, noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine abweichende Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO. 111

2.2. 112

Die Berufungsangriffe der Beklagten führen zu keiner anderen Beurteilung. Die von der Beklagten in der angegriffenen Klausel vorgenommene Pauschalierung der Mahnkosten ist unwirksam. Der Senat sieht sich in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der zuletzt eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt bestätigt hat, wonach ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung einer Klausel besteht, nach welcher bei einem Stromversorgungsvertrag im Fall des Zahlungsverzuges Mahnkosten in Höhe von pauschal 2,50 € pro Mahnung zu zahlen sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2019, Az.: VIII ZR 95/18, NJOZ 2020, 300 - 304). Die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsinstanz geben lediglich Anlass zu folgenden - ergänzenden - Ausführungen: 113

a. Die Beklagte hat branchentypische Mahnkosten in Höhe von mindestens 2,80 € nicht schlüssig dargetan. Zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass die Beklagte lediglich verschiedene Kostenpositionen in Höhe von insgesamt 2,98 € zusammenstellt, von denen sie annimmt, dass sie dem Grunde nach als Mahnkosten ersatzfähig seien. Damit genügt sie 114

indes nicht der ihr obliegenden Darlegungslast. Zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, die den Schluss erlauben, dass die durchschnittliche Mahnkosten der marktbeherrschenden anderen Telekommunikationsunternehmen bei mindestens 2,80 € liegen, ergeben sich aus dieser Aufstellung nicht. Eine Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht angezeigt. Der Beweisantrag der Beklagten stellt sich als Beweisermittlungsantrag dar (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, § 284 Rn. 5). Er zielt darauf ab, bei Gelegenheit der beantragten Beweisaufnahme Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die genaueres Vorbringen oder die Benennung weiterer Beweismittel erst ermöglichen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Mai 2014, Az.: I ZR 137/12, NJW-RR 2014, 1188 - 1190 mit weiteren Nachweisen). Dieses Vorgehen ist unzulässig, denn es läuft auf eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung des Sachverhalts hinaus (vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, Vor § 284 Rn. 5; Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Auflage, § 284 Rn. 18; Bacher, in: Beck'scher Online-Kommentar, ZPO, 43. Edition, Stand: 01.12.2021, § 284 Rn. 40).

b. Die von der Beklagten gefertigte Aufstellung bietet auch keine geeignete Schätzgrundlage im Sinne von § 287 ZPO, weil in dem von ihr ermittelten Betrag in Höhe von insgesamt 2,98 € Kostenpositionen enthalten sind, die bereits dem Grunde nach nicht erstattungsfähig und damit einer Pauschalierung nach § 309 Nr. 5 lit. a) BGB nicht zugänglich sind. 115

aa. Es entspricht der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass einer Pauschalierung (der Höhe nach) nur derjenige Schaden zugänglich ist, der dem Grunde nach ersatzfähig ist. Denn die vorgenannten Vorschriften regeln den Anspruch lediglich seinem Umfang und nicht dem Grunde nach. Wird ein nicht ersatzfähiger Schaden in die Pauschale einbezogen, ist die Klausel nach § 309 Nr. 5 lit. a) BGB unwirksam, weil die Schadenspauschale in einem solchen Fall generell überhöht ist (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2019, Az.: VIII ZR 95/18, MDR 2019, 1118 - 1129; Urteil vom 17. September 2009, Az.: Xa ZR 40/08, NJW 2009, 3570 - 3572; Wurmnest, in: Münchner Kommentar, BGB, 9. Auflage, § 309 Nr. 5 Rn. 10/20; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage, Rn. 26) 116

bb. So verhält es sich hier mit den Personalkosten, Zinsverlusten und Subventionierungskosten in Höhe von insgesamt 1,90 €. Denn bei einer am Schutzzweck der Haftungsnorm sowie an Verantwortungsbereichen und Praktikabilität orientierten Wertung trägt der Geschädigte den für die Schadensermittlung und außergerichtliche Abwicklung seines Schadensersatzanspruchs anfallenden Arbeits- und Zeitaufwand selbst und zwar auch dann, wenn er hierfür besonderes Personal einsetzt oder die Tätigkeiten extern erledigen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2019, Az.: VIII ZR 95/18, MDR 2019, 1118 - 1129 mit weiteren Nachweisen). Auch bei den Zinsverlusten handelt es sich um eine andere, schon im Grundsatz nicht als Mahnkosten ersatzfähige Schadensposition (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2019, Az.: VIII ZR 95/18, MDR 2019, 1118 - 1129 mit weiteren Nachweisen). Für die Subventionierungskosten bei Hardware gilt das Gleiche. 117

c. Folglich ist nicht feststellbar, dass der als Mahnpauschale von der Beklagten verlangte Gesamtbetrag in Höhe von 2,80 € dem Schaden entspricht, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten gewesen wäre. Die Summe der von der Beklagten behaupteten branchentypischen Portokosten und Papier- sowie Druckkosten beträgt nach ihrer eigenen Darstellung lediglich 1,08 € und erreicht damit - selbst unter Berücksichtigung des inzwischen auf 0,85 € gestiegenen Portos - nicht einmal die Hälfte der angegriffenen Mahnkostenpauschale. Dies gilt umso mehr, als dass die Beklagte jedweden Vortrag dazu schuldig geblieben ist, dass die Versendung von Mahnschreiben auf postalischem Weg überhaupt (noch) dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht. Die vom Senat zu den 118

Kundenbenachrichtigungsschreiben gemachten Ausführungen gelten hier entsprechend.

3. 119

Auf Grundlage dieser Erwägungen hat es die Beklagte zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, insbesondere in Preislisten, zum Abschluss von Verträgen über Telekommunikationsdienstleistungen gegenüber Verbrauchern folgende oder diesen inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden oder sich bei der Abwicklung auf solche Klauseln zu berufen: 120

Leistungen	Preis	Takt
Je Rücklastschrift	4,50 EUR	

121

Leistungen	Preis	Takt
Mahngebühr 1. Mahnung	2,80 EUR	
Mahngebühr 2. Mahnung	2,80 EUR	

122

Der Unterlassungsanspruch ergibt sich aus § 1 UKlaG in Verbindung mit § 309 Nr. 5 lit. b) BGB. Dem Landgericht ist darin zuzustimmen, wenn es in den Urteilsgründen ausgeführt hat, dem Verbraucher werde nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet, dass ein Schaden oder eine Wertminderung überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger sei als die ausgewiesene Pauschale (siehe dazu Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 23. November 2017, Az.2 U 1/17, zitiert nach juris, Rn. 150; Urteil vom 26. März 2013, Az.: 2 U 7/12, zitiert nach juris, Rn. 179). Hiergegen hat die Berufung nichts zu erinnern. In Übereinstimmung mit dem Landgericht ist ferner davon auszugehen, dass der Klageantrag zu Ziffer 2) - und der diesem folgende Tenor des Landgerichts - nicht zu weit gefasst sind. Auch hiergegen bringt die Beklagte mit ihrer Berufung nichts vor. 123

4. 124

Den auf Zahlung von 145,- € nebst Zinsen gerichteten Zahlungsantrag haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, so dass insofern gemäß § 91a ZPO nur noch über die Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden war. 125

5. 126

Das Auskunftsbegehren des Klägers, gestützt auf § 242 BGB, ist teilweise begründet. 127

5.1. 128

Im Grundsatz steht dem Kläger ein Anspruch aus § 10 Abs. 1 UWG gegen die Beklagte zu, zu dessen Bezifferung er auf die begehrten Auskünfte angewiesen ist. Nach § 10 Abs. 1 UWG kann derjenige, der vorsätzlich eine nach § 3 UWG oder § 7 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, von den gemäß § 8 Absatz 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den 129

Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden. Die Voraussetzungen für eine Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG sind vorliegend erfüllt. Die Beklagte hat eine nach § 3 Abs. 2 UWG in Verbindung mit § 309 Nr. 5 lit. a) und lit. b) BGB unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen. Dahinstehen kann daher, ob es sich bei es sich bei den Bestimmungen der § 305 ff. BGB um Vorschriften handelt, die im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG a.F. bzw. § 3a UWG n.F. dazu bestimmt sind, das Marktverhalten zu regeln.

a. Gemäß § 3 Abs. 2 UWG sind geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. 130

aa. „Unternehmerische Sorgfalt" im Sinne von § 3 Abs. 2 UWG ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält. Diese Sorgfalt hat die Beklagte nicht eingehalten, indem sie von ihren Kunden seit dem 29. Januar 2013 überhöhte und damit unwirksame Pauschalen für Rücklastschriften von mindestens 13,- € sowie für Mahnungen von mindestens 9,- € und seit dem 13. September 2013 Pauschalen für Rücklastschriften von mindestens 9,50 € sowie für Mahnungen von mindestens 6,50 € vereinnahmt hat. Diese Pauschalen übersteigen den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die den Parteien bekannten Urteile des Landgerichts vom 25. Februar 2015 - Az.: 12 O 64/14 - (Oberlandesgericht Düsseldorf, Az.: I-6 U 52/15) sowie vom 05. Juni 2013 - Az.: 12 O 649/12 - (Oberlandesgericht Düsseldorf Az.: I-6 U 84/13) verwiesen. Die Beklagte hat in dem Verfahren 12 O 64/14 die Berufung zurückgenommen und in dem Verfahren 12 O 649/12 die im Verfügungsverfahren zu ihren Lasten ergangene Entscheidung als endgültige Regelung anerkannt. Auch im Rahmen des vorliegenden Verfahrens stellt die Beklagte nicht in Abrede, dass die von ihr in der Vergangenheit erhobenen Rücklastschrift- und Mahnkostenpauschalen von mindestens 13,- €/9,50 € bzw. 9,50 €/6,50 € überhöht waren. Die hier in Rede stehende Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Beklagte widerspricht regelmäßig den Erfordernissen fachlicher Sorgfalt (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012, Az.: I ZR 45/11, GRUR 2012, 949 - 953). Unstreitig hatte sich die Beklagte gegenüber ihren Kunden auf unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen berufen, um angebliche Rechte durchzusetzen. Dass dies vorliegend durch die automatisierte Inrechnungstellung einer nach § 309 Nr. 5 lit. a) und lit. b) BGB unwirksamen Pauschale geschehen war, ändert daran nichts (vgl. Senatsurteil vom 07. Februar 2017, Az.: I-20 U 139/15 - Gewinne aus Rücklastschriften; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18 - jeweils zitiert nach juris). 131

bb. Der Begriff der "wesentlichen Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers" ist in § 2 Abs. 1 Nr. 8 UWG definiert als die Vornahme einer geschäftlichen Handlung, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Rechtlich irrelevant ist der Einwand der Berufung, die Beklagte zwinge ihre Kunden vertraglich nicht zur Teilnahme am Lastschriftverfahren. Eine wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers liegt vor. Die der Beklagten vorzuwerfenden Verstöße gegen § 309 Nr. 5 lit. a) und lit. b) BGB sind geeignet, die wirtschaftlichen Interessen des Durchschnittsverbrauchers spürbar zu beeinflussen, weil der durchschnittliche Verbraucher als Empfänger einer automatisierten Rechnung, in der ein Pauschalbetrag wegen einer Rücklastschrift bzw. 132

Mahnung geltend gemacht wird, vom Bestehen der Forderung ausgehen wird. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass Vertragsbestandteil des Mobilfunkvertrages üblicherweise die Erteilung einer Einzugsermächtigung für die fälligen Entgelte ist, der Verbraucher die Rücklastschrift bzw. Mahnung in der Regel zu vertreten hat und sich dessen im Allgemeinen auch bewusst ist. Der Kunde der Beklagten wird aufgrund der Inrechnungstellung der Beträge ohne Hinweis auf die Gegenbeweismöglichkeit nach § 309 Nr. 5 lit. b) BGB regelmäßig annehmen, dass er der Beklagten den geforderten Betrag tatsächlich schuldet. Dies führt dann im Ergebnis im Regelfall dazu, dass der Kunde den geltend gemachten Pauschalbetrag bezahlt.

b. Aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils hat die Beklagte den Verstoß vorsätzlich begangen. Die Angriffe der Berufung bleiben erfolglos. 133

aa. Vorsatz liegt nicht nur vor, wenn der Verwender weiß, dass er den Tatbestand des § 3 UWG verwirklicht, und dies auch will ("Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolgs"). Für § 10 UWG reicht auch bedingter Vorsatz aus (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 40. Auflage, § 10 UWG Rn. 6 mit weiteren Nachweisen). Es genügt daher, dass der Verwender die Verwirklichung für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1996, Az.: V ZR 117/95, BGHZ 133, 246 (250); Köhler, a.a.O.; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Auflage, 37. Kap., § 10 UWG Rn. 6). Bedingt vorsätzlich handelt, wer sein wettbewerbsrelevantes Verhalten fortsetzt, obgleich er sich auf Grund der ihm bekannten Tatsachen nicht der Einsicht verschließen kann, dass dieses unlauter ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1996, Az.: V ZR 117/95, BGHZ 133, 246 (250) - zum Vorsatz im Bereicherungsrecht; OLG Hamburg, Urteil vom 8. Februar 2006, Az.: 5 U 78/05, zitiert nach juris - zum Urheberrecht). Dagegen reicht Fahrlässigkeit nicht aus. Irrt der Handelnde, wenn auch nur grob fahrlässig, über die Wettbewerbswidrigkeit seiner Handlungsweise, so greift § 10 UWG nicht ein (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). 134

bb. In Anwendung dieses Prüfungsmaßstabes kann kein Zweifel bestehen, dass die Beklagte mindestens Eventualvorsatz hatte. Mit ihrem Einwand, die im hiesigen Verfahren in Rede stehenden Beträge seien im Jahr 2013 und in den folgenden Jahren branchenüblich gewesen, dringt sie nicht durch. 135

(1) In Übereinstimmung mit dem Landgericht geht auch der Senat davon aus, dass sich der Beklagten angesichts ihres eigenen - unstreitig - erheblich geringeren Schadens aufgedrängt hat, dass sich die von ihr vereinnahmten Pauschalen nicht mehr im Rahmen des § 309 Nr. 5 BGB bewegten. Die Beklagte verstieß mit der Vereinnahmung einer Pauschale für eine Rücklastschrift in Höhe von 13,- € sowie für eine Mahnung in Höhe von 9,- € seit dem 29. Januar 2013 gegen die vollstreckbare Unterlassungsverfügung des Landgerichts Düsseldorf vom 07. Januar 2013 (Az.: 12 O 649/12). Sie musste ab diesem Zeitpunkt jedenfalls mit der Rechtswidrigkeit ihres Tuns rechnen und hat dies jedenfalls im Interesse ihres Gewinnstrebens billigend in Kauf genommen. 136

(2) Zusätzlich war sie mit der Abmahnung vom 04. Dezember 2012 vom Kläger darauf hingewiesen worden, dass die faktische Inrechnungstellung einer Rücklastschriftpauschale ohne vertragliche Regelungen einen Verstoß gegen § 309 Nr. 5 lit. a) und lit. b) BGB in Verbindung mit § 306a BGB und § 3 UWG darstellt. Eventualvorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Verwender sein Handeln nach einer Abmahnung fortsetzt (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18; OLG Frankfurt, Urteil vom 20. Mai 2010, Az.: 6 U 33/09 - jeweils zitiert nach juris). Das gilt jedenfalls dann, wenn die Abmahnung so substantiiert war, dass sie dem 137

Abgemahnten vor Augen geführt hat, dass eine Beurteilung seiner geschäftlichen Handlung als wettbewerbswidrig jedenfalls ernstlich in Betracht komme (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18; OLG Frankfurt, Urteil vom 20. Mai 2010, Az.: 6 U 33/09 - jeweils zitiert nach juris; Koch in: Ullmann, jurisPK-UWG, 5. Auflage, § 10 UWG Rn.18; Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auflage, § 10 UWG Rn. 5). Diese Anforderungen an die Konkretisierung erfüllt die Abmahnung vom 04. Dezember 2012. Sofern die Beklagte ihr Handeln für rechtens gehalten hat, musste sie spätestens mit dem Zugang der Abmahnung damit rechnen, sich insofern geirrt zu haben. Auch wenn sie die Auffassung des Abmahnenden nicht teilt, durfte sie ihre Augen vor der Möglichkeit nicht verschließen, dass das im Streitfall letztlich entscheidende Gericht die Auffassung des Abmahnenden teilen könnte. Indem die Beklagte ihr beanstandetes Verhalten dennoch fortgesetzt hat, hat sie das Risiko eines fortgesetzten Rechtsverstoßes billigend in Kauf genommen. Sie musste sich darauf einstellen, die mit der Handlung erzielten Gewinne nicht behalten zu können (so Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). Angesichts dessen verhilft es der Berufung der Beklagten auch nicht zum Erfolg, wenn sie ausführt, Umstellungsprozesse in einem Großunternehmen seien äußerst zeitaufwändig. Dieses Vorbringen bleibt rein pauschal und entlaste sie von dem Vorwurf zumindest bedingt vorsätzlichen Handelns nicht. Aufgrund des am 05. Juni 2013 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf (Az.: 12 O 649/12), mit dem die Unterlassungsverfügung bestätigt worden war, musste ihr klar sein, dass allgemeine Verwaltungskosten, insbesondere Personalkosten, schon dem Grunde nach nicht berücksichtigungsfähig sind. Bei Wegfall dieser Positionen lag auf der Hand, dass auch die Pauschale für eine Rücklastschrift in Höhe von 9,50 € sowie für eine Mahnung in Höhe von 6,50,- € überhöht und damit unwirksam waren mit der Folge, dass sie ab dem 13. September 2013 die Unzulässigkeit ihres Handelns erkennen konnte.

(3) Ebenso hat die Beklagte vorsätzlich hinsichtlich der Umgehung der Klauselverbote des §§ 309 Nr. 5 lit. a) und lit. b) BGB durch eine anderweitige Gestaltung gemäß § 306a BGB gehandelt. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass sie als Großunternehmen über eine Rechtsabteilung verfügt, die unzweifelhaft in der Lage ist, die Gesetzeslage einzuschätzen. Dass unwirksame Pauschalen, deren Verwendung in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preistafeln rechtskräftig untersagt waren, dadurch zu wirksamen Pauschalen werden, dass sie aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Preistafeln entfernt werden und die pauschale Geltendmachung eines überhöhten Schadens stattdessen ganz ohne vertragliche Regelung erfolgt, erscheint ausgeschlossen. Das erschließt sich bereits dem juristischen Laien und konnte auch der juristisch kompetent beratenen Beklagten bei Programmierung ihrer Rechnungssoftware nicht verborgen bleiben; alles andere wäre lebensfremd. 138

c. Die Beklagte hat durch die Inrechnungstellung und Vereinnahmung der streitbefangenen unwirksamen Pauschalen auch zu Lasten einer Vielzahl von Kunden (Verbrauchern) einen Gewinn gemäß § 10 Abs. 1 UWG erzielt. 139

aa. Ein Gewinn liegt vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmens durch die Zuwiderhandlung verbessert hat. Der Gewinn errechnet sich im Grundsatz aus den Umsatzerlösen abzüglich der Kosten (Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 40. Auflage, § 10 UWG, Rn. 7). Unter den abzuziehenden Kosten sind üblicherweise die Herstellungskosten der erbrachten Leistungen sowie eventuell angefallene Betriebskosten zu verstehen. Gemeinkosten und sonstige betriebliche Aufwendungen, die auch ohne das wettbewerbswidrige Verhalten entstanden wären, sind nicht abzugsfähig (siehe dazu Begründung Regierungsentwurf UWG zu § 10 Abs. 1, BR-Drucksache 301/03 vom 9. Mai 140

2003, Seite 50, und BT-Drucksache 15/1487 vom 22. August 2003, Seite 24; Köhler, a.a.O; Ohly in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Auflage, § 10 Rn. 6).

bb. Gemessen daran, ist das Auskunftsbegehren des Klägers gemäß dem Antrag zu Ziffer 4.a) bis 4.c) und der diesem folgende Tenor des landgerichtlichen Urteils nicht zu weit gefasst. Dem Kläger steht der ausgeurteilte Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB zu, damit er in die Lage versetzt wird, den Gewinnabschöpfungsanspruch gemäß § 10 UWG zu beziffern. Die vom Kläger begehrten Informationen sind zur Vorbereitung und Durchsetzung des Gewinnabschöpfungsanspruches gemäß § 10 Abs. 1 UWG geeignet und erforderlich. 141

(1) Die Verwendung des Begriffs „vereinnahmt“ ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte verkennt, dass sich ihre Auskunftspflicht auch auf Fälle erstreckt, in denen die zunächst vereinnahmte Pauschale wieder ausgekehrt worden ist. Der Senat hat bereits mit Urteil vom 07. Februar 2017 (Az.: I-20 U 139/15) ausgeführt, dass dies - unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens, wie er in § 10 Abs. 2 Satz 1 UWG Niederschlag gefunden hat - auch nicht unbillig ist. Daran wird festgehalten. Hiergegen bringt die Beklagte mit ihrer Berufung auch nichts Substantielles vor. 142

(2) Soweit die Beklagte rügt, sie schulde keine „monatlich geordnete Aufstellung“ übersieht sie, dass das Wort „monatlich“ ausweislich des Berichtigungsbeschlusses vom 19. Juli 2021 gestrichen wurde. Die vom Landgericht ausgeurteilte Verpflichtung, Positionen „einzeln“ anzugeben begegnet keinen Bedenken. Der Schuldner eines Anspruchs auf Gewinnabschöpfung nach § 10 Abs. 1 UWG ist verpflichtet, dem Gläubiger gemäß § 242 BGB die Auskunft zu erteilen, die dieser zur sinnvollen Bezifferung und Begründung seines Zahlungsantrags benötigt. Da gemäß § 10 Abs. 1 UWG der Gewinn herauszugeben ist, ist dieser in prüfungsfähiger Weise mitzuteilen. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Kläger aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit eine in dieser Weise („einzeln“) geordnete Aufstellung verlangt; dies entspricht den kaufmännischen Gepflogenheiten. 143

(3) Soweit die Beklagte geltend macht, das Auskunftsbegehren sei zu weitgehend, da es die Offenlegung von Kalkulationsgrundlagen ihrerseits umfasse, bei denen es sich um schützenswerte Geschäftsgeheimnisse handele, bleibt offen, welche der Informationen für welches Ergebnis eine Kalkulationsgrundlage darstellen und aus welchem Grund geheimhaltungsbedürftig sind. Darauf hat der Senat bereits mit Urteil vom 07. Februar 2017 (Az.: I-20 U 139/15) hingewiesen, ohne dass die Beklagte ihr Vorbringen in diesem Punkt prozesserheblich ergänzt hat. 144

(4) Die Berufung der Beklagten hat indes Erfolg, soweit sie den vom Landgericht ausgeurteilten Wirtschaftsprüfervorbehalt beanstandet. 145

(a) Im Grundsatz ist es - in Übereinstimmung mit dem vom Kläger formulierten Antrag - zulässig, hinsichtlich des Auskunftsanspruches die Belegvorlage nach § 259 Abs. 1 BGB unter einen Wirtschaftsprüfervorbehalt zu stellen, da die Belege zu den Geschäftsgeheimnissen der Beklagten gehören (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1994, Az.: X ZR 82/92, BGHZ 126, 109 (116)). Dadurch lässt sich verhindern, dass Mitbewerber Verbände vorschieben, um Einblick in die Betriebsinterna des Zuwiderhandelnden zu erlangen (vgl. BT-Drucksache 15/1487, Seite 43; siehe dazu Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 40. Auflage, § 10 UWG Rn. 15). Dem Gläubiger obliegt auch die Auswahl des Wirtschaftsprüfers (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1962, Az.: I ZR 114/60, GRUR 1962, 354 - 355 - *Furniergitter*). Gleichwohl kann der Verletzer die Auswahl analog § 315 Abs. 3 BGB überprüfen lassen und eine Neubestellung durch das Gericht beantragen, etwa wenn Zweifel an der Neutralität des 146

ausgewählten Wirtschaftsprüfers bestehen, weil dieser dauernd mit dem Gläubiger zusammenarbeitet oder sein Verhalten auf eine Voreingenommenheit schließen lässt (so Fritzsche, in: Münchner Kommentar, UWG, 2. Auflage, § 9 Rn. 182 mit weiteren Nachweisen).

(b) Zur Vermeidung eines solchen Konflikts ist es für den Streitfall geboten, in den bereits vom Landgericht ausgeurteilten Vorbehalt den Zusatz aufzunehmen, dass der Wirtschaftsprüfer zum Gläubiger nicht in ständiger Geschäftsbeziehung stehen darf. Nicht erforderlich ist dagegen der Zusatz, dass die Beklagte eine gerichtliche Bestellung beantragen kann, wenn Zweifel an der Neutralität des vom Kläger ausgewählten Wirtschaftsprüfers bestehen. Dies ergibt sich aus § 315 Abs. 3 BGB analog und damit aus dem Gesetz. 147

d. Entgegen dem Landgericht erstreckt sich die Auskunftspflicht der Beklagten nach§ 242 BGB im Grundsatz auch auf die Nutzungen aus den von ihr erzielten Gewinnen. 148

aa. Nach § 10 Abs. 1 UWG ist der durch eine unzulässige geschäftliche Handlung zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielte "Gewinn" herauszugeben. Ein Gewinn liegt vor, wenn sich die Vermögenslage des Unternehmens durch die Zuwiderhandlung verbessert hat (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 40. Auflage, § 10 UWG Rn. 6; Poelzig in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 2. Auflage, § 10 Rn. 70; Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Auflage, § 10 Rn. 112; Micklitz, in: Münchener Kommentar, UWG, 2. Auflage, § 10 Rn. 123). Danach umfasst der erzielte Gewinn nicht nur die aufgrund des Wettbewerbsverstoßes erzielten Umsatzerlöse abzüglich etwaiger Kosten, sondern auch die daraus gezogenen Nutzungen, insbesondere auch die dadurch ersparten Zinsaufwendungen für laufende Kredite. Denn auch sie sind Vermögensvorteile, die nach der Äquivalenztheorie kausal auf dem Wettbewerbsverstoß beruhen. Der Wettbewerbsverstoß kann nicht hinweggedacht werden, ohne dass auch die Ersparnis der Zinsaufwendungen entfiele (so auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). 149

bb. Die Auffassung des Landgerichts, dass mit § 10 Abs. 1 UWG nur diejenige Gewinnerzielung abgeschöpft werden solle, die zu Lasten von Kunden (Verbrauchern) erfolge, teilt der Senat nicht. Hierzu hat das Schleswig-Holsteinische OLG mit vorzitierter Entscheidung ausgeführt: 150

„Der Regierungsentwurf sah vor, dass der "auf Kosten" einer Vielzahl von Abnehmern erzielte Gewinn herausgegeben werden sollte (BT-Drucks. 15/1487, S. 7). Dieser zwingende Zusammenhang, den der Regierungsentwurf zwischen den Vermögenseinbußen der Verbraucher und den Gewinnen der Unternehmer herstellen wollte, wurde vor allem von den Verbraucherverbänden als zu eng beurteilt ("UWG-Reform: Gesetz gebrochen, Geld behalten" – Stellungnahme des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. vom 24. 9. 2003). Der Bundesrat wies auf die fehlende Praktikabilität des Unmittelbarkeitserfordernisses hin. Dieses führe dazu, dass ein Vermögensnachteil der Abnehmer von dem klagenden Verbraucherverband dargelegt und bewiesen werden müsste. Dies sei nicht praktikabel und führe zu einer unzumutbaren Belastung der Gerichte. Der Bundesrat forderte, den bereicherungsrechtlichen Ansatz aufzugeben. Stattdessen sollte ein Weg gefunden werden, wie der abzuschöpfende Betrag anhand von Umständen, die für den Gläubiger weitgehend erkennbar oder jedenfalls leicht ermittelbar sind, vom Gericht in relativ freiem Ermessen festgelegt werden könne (Stellungnahme des Bundesrats (BT-Drucks. 15/1487, S. 34). Im Rechtsausschuss wurde die Formulierung geändert, um zum Ausdruck zu bringen, dass die Ermittlung einzelfallbezogener Nachteile nicht erforderlich sein sollte (BT-Drucks. 15/2795, 151

S. 21). Der Gesetzgeber hat sich schließlich dafür entschieden das Merkmal "auf Kosten" durch das Merkmal "zu Lasten" zu ersetzen. Darin liegt nicht nur eine bewusste Abkehr von einem an die bereicherungsrechtliche Terminologie angelehnten Sprachgebrauch, sondern auch der Verzicht auf einen strengen Unmittelbarkeitszusammenhang (Goldmann, a. a. O., § 10 Rn. 109). Nach der Aufgabe des Unmittelbarkeitszusammenhangs stellt das Merkmal "zu Lasten" lediglich einen Zusammenhang zwischen dem Gewinn des unlauter Handelnden und der wirtschaftlichen Schlechterstellung von Abnehmern her, ohne dass es darauf ankommt, ob der Gewinn dem Schaden entspricht oder gar dessen wirtschaftliche Kehrseite darstellt (OLG Stuttgart, GRUR 2007, 435, 437; Goldmann, a. a. O., Rn. 110; Wündisch in Götting/Nordemann, UWG, 3. Aufl., § 10 Rn. 17; Ohly in Ohly/Sosnitza, a. a. O., § 10 Rn. 9).

Dem schließt sich der Senat an. Das vom Landgericht aufgestellte Unmittelbarkeitserfordernis ist überdies auch unvereinbar mit der § 10 Abs. 1 UWG innewohnenden bezweckten Abschreckungswirkung (so auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). Die Bestimmung zielt darauf ab, unrechtmäßig erzielte Gewinne eines Unternehmers abzuschöpfen. Im Sinne der Prävention kann es nur darauf ankommen, ob der Unternehmer unrechtmäßig einen Gewinn erzielt hat. Die Abschreckungswirkung lässt sich nur erreichen, wenn der Unternehmer den gesamten Gewinn herausgeben muss (vgl. Micklitz, in: in: Münchener Kommentar, UWG, 2. Auflage, § 10 Rn. 103 f.). Würden die Nutzungen nicht der Abschöpfung unterliegen, könnte sich der Wettbewerbsteilnehmer durch vorsätzliche Wettbewerbsverstöße einen bis zur Erhebung der Gewinnabschöpfungsklage zinslosen Kredit verschaffen. Das ist mit dem Zweck des § 10 Abs. 1 UWG unvereinbar (so auch Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). 152

cc. Offen bleiben kann, ob die Möglichkeit der Abschöpfung von Nutzungen auf solche Fallgruppen zu beschränken ist, in denen auch dem Verbraucher entsprechende Ansprüche gegen den Unternehmer zustehen (so Köhler, a.a.O., § 10 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen zum Streitstand). Davon wäre hier auszugehen, denn wegen der von der Beklagten durch Nutzungen zu Lasten der Verbraucher gezogenen Gewinne stünde diesen ein bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch aus § 818 Abs. 1 BGB zu. 153

5.2. 154

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, etwaige Gewinnabschöpfungsansprüche des Klägers seien verjährt, und die Einrede der Verjährung erhebt, dringt sie damit nur teilweise durch. 155

a. Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Vorschrift des § 11 Abs. 4 UWG. Danach verjähren Gewinnabschöpfungsansprüche nach § 10 UWG innerhalb von drei Jahren von der Entstehung an. Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmt die Erhebung einer Leistungsklage die Verjährung. Gleiches gilt für die als Stufenklage erhobene Leistungsklage, selbst wenn zunächst nur der Auskunftsantrag gestellt wird (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2012, Az.: IX ZR 168/11; Urteil vom 08. Mai 2007, Az.: XI ZR 278/06; Urteil vom 22. März 2006, Az.: IV ZR 93/05; Urteil vom 27. Januar 1999, Az.: XII ZR 113/97 - jeweils zitiert nach juris; Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, 81. Auflage, § 204 Rn. 2). Dagegen bewirkt die bloße Auskunftsklage für den Leistungsanspruch keine Hemmung, selbst wenn in ihr die Erhebung der Leistungsklage angekündigt wird (vgl. BAG, Urteil vom 26. September 2007, Az.: 10 AZR 511/06; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 15. Februar 2012, Az.: 3 W 10/12, OLG Celle, Urteil vom 03. März 1995, Az.: 15 UF 222/94 - jeweils zitiert nach juris; Ellenberger, a.a.O., § 204 Rn. 2 und 13; Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 204 Rn. 15). 156

157

b. Dies zugrunde gelegt, schuldet die Beklagte Auskunft über die Gewinne, die sie dadurch erzielt hat, dass sie bei der Abwicklung von Telekommunikationsverträgen überhöhte Pauschalbeträge für Rücklastschriften und Mahnungen vereinnahmt hat. Die sich daraus ergebenden Gewinnabschöpfungsansprüche sind nicht verjährt.

aa. Der älteste hier streitgegenständliche Gewinnabschöpfungsanspruch betreffend die Vereinnahmung von Pauschalen für Rücklastschriften und Mahnungen seit dem 29. Januar 2013 ist mit Ablauf des 29. Januar 2013 entstanden. 158

(1) Durch die Erhebung der Stufenklage mit klageerweiterndem Schriftsatz vom 29. Dezember 2014 in dem Rechtsstreit Az.: 12 O 5/15 (vor Abtrennung: 12 O 64/14) wurde die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO am selben Tag gehemmt. Bei einer Stufenklage im Sinne von § 254 ZPO erfasst die Hemmung auch den geltend gemachten unbezifferten Anspruch auf Leistung (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2012, Az.: IX ZR 168/11, zitiert nach juris). 159

(2) Gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endet die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Die Stufenklage in dem Rechtsstreit Az.: 12 O 5/15 wurde durch das *Prozessfinanzierer I*-Urteil des Bundesgerichts vom 13. September 2018 rechtskräftig beendet. Die Hemmung endete somit am 13. März 2019. 160

(3) Gemäß § 209 ZPO wird der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Bei Erhebung der Stufenklage am 29. Dezember 2014 waren von der Verjährungsfrist des § 11 Abs. 4 UWG für den ältesten Anspruch erst 23 Monate abgelaufen. Nach Wegfall der Hemmung am 13. März 2019 lief die Verjährungsfrist mithin noch 13 Monate bis zum April 2020 weiter. Durch die Erhebung der vorliegenden Klage - die Stufenklage wurde mit klageerweiterndem Schriftsatz vom 08. März 2019 anhängig gemacht - wurde der Lauf der Verjährungsfrist vor deren Ablauf erneut gehemmt. 161

bb. Entsprechendes gilt für den Gewinnabschöpfungsanspruch betreffend die Vereinnahmung von Pauschalen für Rücklastschriften und Mahnungen seit dem 13. September 2013. Die Verjährung wurde durch Erhebung der Klage in dem Rechtsstreit Az.: 12 O 184/16 gehemmt. Nach Wegfall der Hemmung am 04. Januar 2019 - sechs Monate nach rechtskräftiger Beendigung des vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf geführten Verfahrens Az.: I-2 U 46/18 - lief die Verjährung jedenfalls noch bis zum 19. Dezember 2019 weiter; sie war zum Zeitpunkt der Erweiterung der vorliegenden Stufenklage mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2019 noch nicht abgelaufen. 162

cc. Der Eintritt der Hemmung durch die Erhebung einer Klage nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hängt nicht davon ab, ob die Klage zulässig ist. Die Hemmungswirkung setzt lediglich voraus, dass der Anspruch wirksam rechtshängig gemacht wird (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013, Az.: IX ZR 92/12, zitiert nach juris; Ellenberger, a.a.O., § 204 Rn. 5; Grothe, in: Münchner Kommentar, BGB, 8. Auflage, § 204 Rn. 26). Dies ist hier der Fall. Der Kläger hat als gemäß § 10 Abs. 1 UWG, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG materiell berechtigte Anspruchsinhaber den Gewinnabschöpfungsanspruch in einer den Anforderungen des § 253 Abs. 2 ZPO entsprechenden Art und Weise zum Gegenstand einer (Stufen-)Klage gemacht. 163

dd. Dem Kläger ist es nach dem Gebot von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB auch nicht verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung zu berufen. Der Umstand, dass die vorausgegangenen Gewinnabschöpfungsklagen aufgrund der Einschaltung eines Prozessfinanzierers rechtsmissbräuchlich waren, reicht für die Annahme 164

rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nichts aus.

(1) Die Vorschriften über die Verjährung enthalten formale Regelungen, die im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellt worden sind, weshalb sich ihre Auslegung grundsätzlich eng an den Wortlaut des Gesetzes anlehnen muss (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, Az.: VI ZR 1188/20, MDR 2021, 1188 - 1190; Urteil vom 6. Juli 1993, Az.: VI ZR 306/92, BGHZ 123, 337 (343) mit weiteren Nachweisen). So ist es legitim und begründet im Regelfall nicht den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, wenn ein Gläubiger eine verjährungshemmende Maßnahme ausschließlich zum Zweck der Verjährungshemmung ergreift (vgl. zum Güteverfahren BGH, Urteil vom 6. Juli 1993, Az.: VI ZR 306/92, BGHZ 123, 337 (344); Urteil vom 25. Mai 2016, Az.: IV ZR 211/15, VersR 2016, 907 - 908; Urteil vom 28. Oktober 2015, Az.: IV ZR 526/14, VersR 2015, 1548 - 1560). Dies schließt es jedoch nicht aus, dass sich das Berufen auf einen Hemmungstatbestand im Einzelfall als rechtsmissbräuchlich darstellen kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, Az.: VIII ZR 157/11, NJW 2012, 995 - 996; BGH, Urteil vom 6. Juli 1993, Az.: VI ZR 306/92, BGHZ 123, 337 (345); Urteil vom 28. September 2004, Az.: IX ZR 155/03, BGHZ 160, 259 (266); Urteil vom 28. Oktober 2015, Az.: IV ZR 526/14, VersR 2015, 1548 - 1560; Urteil vom 17. Februar 2016, Az.: IV ZR 374/14, zitiert nach juris; Urteil vom 21. Dezember 2011, Az.: VIII ZR 157/11, NJW 2012, 995 - 997; Urteil vom 23. Juni 2015, Az.: XI ZR 536/14, NJW 2015, 3160 - 3161; Urteil vom 16. Juli 2015, Az.: III ZR 238/14, zitiert nach juris). Einen Rechtsmissbrauch hat der Bundesgerichtshof in der Vergangenheit etwa zu § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB bei bewusst wahrheitswidrigen Angaben des Gläubigers im Antrag auf Erlass eines Mahnbescheids (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011, Az.: VIII ZR 157/11, NJW 2012, 995 - 996; Urteil vom 23. Juni 2015, Az.: XI ZR 536/14, NJW 2015, 3160 - 3162; Urteil vom 16. Juli 2015, Az.: III ZR 238/14, zitiert nach juris) sowie zu § 204 Abs. 1 Nr. 4 lit. a) BGB bei fehlender Mitwirkungsbereitschaft des Antragsgegners im Güteverfahren angenommen, wenn der Antragsgegner dies dem Antragsteller schon im Vorfeld in eindeutiger Weise mitgeteilt hatte (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 2015, Az.: IV ZR 526/14, MDR 2015, 1422 - 1423; Beschluss vom 17. Februar 2016, Az.: IV ZR 374/14, zitiert nach juris). In einem solchen Fall ist von vornherein sicher, dass der Zweck des außergerichtlichen Güteverfahrens - die Entlastung der Justiz und ein dauerhafter Rechtsfrieden durch konsensuale Lösungen (BT-Drucks. 14/980, Seite 1 und 5) - nicht erreicht werden kann, weshalb sich eine gleichwohl erfolgte Inanspruchnahme der Gütestelle als rechtsmissbräuchlich erweist. Als Rechtsfolge einer derartigen missbräuchlichen Inanspruchnahme des Verfahrens ist es dem Gläubiger gemäß § 242 BGB verwehrt, sich auf eine Hemmung der Verjährung durch Bekanntgabe des Güteantrags zu berufen (für den Fall des Anschlusses an eine Musterfeststellungsklage demgegenüber BGH, Urteil vom 29. Juli 2021, Az.: VI ZR 1118/20, MDR 2021, 1188 - 1190). 165

(2) Die Voraussetzungen eines derartigen Ausnahmetatbestandes sind hier zu verneinen. Es besteht kein Anlass, das Verhalten des Klägers als rechtsmissbräuchlich zu bewerten. Er hat sich schlicht der ihm durch § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eröffneten Möglichkeiten zur Verjährungshemmung bedient. Es handelt sich um bloßen Rechtsgebrauch; darin liegt kein Rechtsmissbrauch. Die Beklagte hat keine Anknüpfungstatsachen dargetan, die es nahelegen könnte, der Kläger habe die vorausgegangenen Gewinnabschöpfungsklagen allein zu dem Zweck erhoben, die verjährungsunterbrechende Wirkung herbeizuführen. 166

(a) So ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass der Kläger kein Interesse hatte, die Gewinnabschöpfungsansprüche tatsächlich zu verfolgen. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Ansicht ist nicht davon auszugehen, der Kläger habe gewissermaßen „sehenden Auges“ eine offensichtlich rechtsmissbräuchliche Klage erhoben. Zutreffend hat bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung darauf abgestellt, dass der 167

Kläger von verschiedenen Gerichten in seiner Ansicht, die Einschaltung eines Prozessfinanzierers sei nicht rechtsmissbräuchlich, bestätigt worden war (siehe dazu Senatsurteil vom 07. Februar 2017, Az.: I-20 U 139/15; OLG Koblenz, Urteil vom 27. Dezember 2017, Az.: 9 U 349/17, LG Düsseldorf, Urteil vom 14. Februar 2018, Az.: 12 O 184/16; LG Kiel, Urteil vom 19. März 2018, Az.: 6 O 250/16 - jeweils zitiert nach juris). Zu würdigen ist auch, dass das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht - entgegen dem *Prozessfinanzierer I*-Urteil des Bundesgerichtshofes, das auch im Schrifttum Kritik erfahren hat (vgl. Halfmeier, WuB 2019, 27 ff.; Ullmann, jurisPR-WettbR 11/2018 Anm. 4) - an seiner bereits mit Urteil vom 23. November 2017 (Az.: 2 U 1/17) geäußerten Auffassung festgehalten hat, wonach der Zulässigkeit einer Gewinnabschöpfungsklage eines Verbraucherverbandes der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht entgegenstehe, wenn dieser einen Prozessfinanzierer eingeschaltet habe, dem mit Zustimmung des Bundesamtes für Justiz für den Fall des Obsiegens eine Vergütung in Form eines Anteils am abgeschöpften Gewinn zugesagt worden sei (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 14. Februar 2019, Az.: 2 U 4/18, zitiert nach juris). Die intensive Auseinandersetzung des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der rechtlichen Begründung des Bundesgerichtshofes in dem *Prozessfinanzierer I*-Urteil belegt, dass die Rechtslage keineswegs so eindeutig ist, wie dies die Beklagte glauben machen will. Davon, dass für den Kläger ohne weiteres erkennbar war, dass die Beteiligung eines gewerblichen Prozessfinanzierers zu einem Rechtsmissbrauch führt, kann bei dieser Sachlage keine Rede sein.

(b) Auch die besonderen Umstände des Streitfalles tragen nicht die Annahme, der Kläger handele rechtsmissbräuchlich, wenn er sich im Rahmen dieses Verfahrens auf eine Verjährungshemmung beruft. Weder ist dem Kläger vorzuwerfen, dass er im Zusammenhang mit der Geltendmachung der Ansprüche auf Gewinnabschöpfung in den vorangegangenen Verfahren bewusst wahrheitswidrige Angaben gemacht hätte, noch war deren Geltendmachung im Wege der Stufenklage von vornherein objektiv ungeeignet, zu einer Klärung der Anspruchsberechtigung und damit zu einem erfolgreichen Abschluss des Verfahrens zu führen. 168

(aa) Insbesondere ist es dem Kläger nicht etwa deshalb verwehrt, sich auf die Hemmung der Verjährung zu berufen, weil er in den Vorprozessen die Einschaltung eines Prozessfinanzierers verheimlicht hatte. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung ist die vorliegende Konstellation schon im Ansatz - aus den vom Kläger auf Seite 63 der Berufungserwiderung dargelegten Gründen - nicht vergleichbar mit dem Fall des Erwirkens eines Mahnbescheides durch vorsätzlich wahrheitswidrige Pflichtangaben. Der Kläger hatte auch keine falschen Angaben gemacht hat, sondern die Prozessfinanzierung lediglich nicht schon bei Klageerhebung offenbart. Dazu war er auch nicht verpflichtet, weshalb sein Verhalten keinen Unwertgehalt aufweist, der bewussten Falschangaben zukommt. Zu würdigen ist ferner, dass der Kläger aus den bereits dargelegten Gründen bei Erhebung der Gewinnabschöpfungsklagen zu der Zulässigkeit der Einschaltung eines gewerblichen Prozessfinanzieres ausgehen durfte. Zu betonen ist, dass es entgegenstehende Rechtsprechung bis zum *Prozessfinanzierer I*-Urteil nicht gab und das Bundesamt für Justiz die Prozessfinanzierungsverträge ausdrücklich gebilligt hatte. 169

(bb) Soweit die Beklagte rügt, der Kläger habe im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die Prozessfinanzierungsverträge nicht vorgelegt und äußere sich nicht zu etwaigen Zusatzvereinbarungen, dringt sie damit nicht durch. Diese Rüge trifft - wie an anderes Stelle dargetan - schon in der Sache nicht zu. Überdies ergibt sich daraus auch im Hinblick auf die Verjährungshemmung kein treuwidriges Verhalten. Ein auf die gezielte Herbeiführung der 170

Verjährungshemmung gerichtetes Verhalten ist darin nicht zu erblicken.

c. Soweit der Kläger allerdings mit dem Klageantrag zu Ziffer 4.d) Auskunft darüber verlangt, welche Nutzungen die Beklagte aus den von ihr vereinnahmten Gewinnen gezogen hat, war die Klage teilweise abzuweisen. Der Kläger kann lediglich Auskunft darüber verlangen, welche Nutzungen die Beklagte aus Gewinnen in dem Zeitraum vom 13.09.2013 bis 15.09.2013 sowie seit dem 15. Januar 2015 gezogen hat, die sie dadurch erzielt hat, dass die von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von 9,50 € oder Mahnungen einen Pauschalbetrag von 6,50 € vereinnahmt hat. Ein weitergehender Auskunftsanspruch besteht nicht. 171

aa. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, Auskunft darüber zu erteilen, welche Nutzungen sie seit dem 29.01.2013 aus Gewinnen gezogen hat, die sie dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von 13,00 € oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von 9,00 € vereinnahmt hat. Ein sich insoweit etwaig zu Gunsten des Klägers ergebender Anspruch auf Gewinnabschöpfung ist verjährt, weshalb die Beklagte gemäß § 214 Abs. 1 BGB berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. 172

(1) Der Umfang der Hemmungswirkung wird im Grundsatz durch den Streitgegenstand bestimmt (siehe dazu Ellenberger, a.a.O., § 204 Rn. 13 mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Das bedeutet, die Hemmung tritt nur für denjenigen Anspruch ein, der gerichtlich geltend gemacht ist, also für den Streitgegenstand der erhobenen Klage (vgl. BGH, Urteil vom 18. November 1981, Az.: IX ZR 91/81, NJW 1983, 388 - 389; Urteil vom 08. Mai 2007, Az.: XI ZR 278/06, zitiert nach juris). Im Grundsatz hemmt eine als Stufenklage erhobene Leistungsklage die Verjährung des Leistungsanspruches auch dann, wenn zunächst nur der Auskunftsantrag gestellt wird (vgl. Schmidt-Räntsch, in: Erman, BGB, 16. Auflage, § 204 Rn. 8 mit Hinweis auf OLG Brandenburg OLG-Report 2005, 547; OLG Naumburg OLG-Report 2005, 950). Bei einem zunächst noch unbestimmten Leistungsanspruches tritt die Hemmungswirkung allerdings nur in der Höhe ein, in der dieser Anspruch nach Erfüllung der seiner Vorbereitung dienenden Hilfsansprüche beziffert wird; sie hindert die Verjährung weiterer, zunächst nicht geltend gemachter Anspruchsteile nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 1992, Az.: IV ZR 183/91, zitiert nach juris). Entsprechendes gilt für eine unbezifferten Klage, bei der es in der Regel zu einer Hemmung hinsichtlich des gesamten Anspruchs kommt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1972, Az.: III ZR 35/72, zitiert nach juris; Urteil vom 25. Februar 1988, Az.: VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298 (301)). Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Kläger nicht auf einzelne Teile seines Anspruchs beschränkt; tut er das, kann darüber hinaus Verjährung eintreten (vgl. Peters/Jacoby, in: Staudinger, BGB Neubearbeitung 2019, § 204 Rn. 19 mit Hinweis auf BGH VersR 1983, 497, 498; VersR 1984, 390, 391). 173

(2) So liegen die Dinge hier. Die Hemmungswirkung der Stufenklage in dem Verfahren 12 O 5/15 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB erstreckt nicht auf Nutzungen aus Gewinnen, die die Beklagte dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag von 13,00 € oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag von 9,00 € vereinnahmt hat, denn diese waren nicht Gegenstand der Stufenklage. Eine entsprechende Auskunft hatte der Kläger in dem Verfahren 12 O 5/15 - unstreitig - nicht begehrt; der Auskunftsantrag verhält sich gerade nicht zu Nutzungsgewinnen. Dieser Umstand rechtfertigt den Schluss, dass der Kläger diese Position aus dem noch unbezifferten Leistungsantrag ausklammern wollte. Den gegenteiligen Ausführungen des Klägers, zuletzt mit Schriftsatz vom 29. April 2022, ist nicht beizutreten. Der Kläger übersieht, dass er mit dem Auskunftsantrag den von ihm auf letzter Stufe geltend gemachten 174

Gewinnabschöpfungsanspruch in einzelne Anspruchsteile aufgegliedert hatte. Auf diese Weise hatte er sein noch unbeziffertes Zahlungsbegehren dahingehend konkretisiert, dass sich der abzuschöpfende Gewinn aus der Differenz zwischen den Einnahmen durch die Rücklastschrift- und Mahnpauschalen in Höhe von mindestens 13,00 € bzw. 9,00 € und den Ausgaben im Zusammenhang mit deren Inrechnungstellung und Vereinnahmung unter Abzug von Rücklastschrift- sowie Benachrichtigungskosten errechnet. Daraus ergibt sich eine limitierende Wirkung des Klageantrages, die sich der Kläger nunmehr entgegenhalten lassen muss. Sein prozessuales Verhalten bietet zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass er den geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruch auf diejenigen Positionen beschränken wollte, die er zum Gegenstand seines Auskunftsbegehrens gemacht hatte mit der Folge, dass die Verjährung des jetzt geltend gemachten Anspruches auf Nutzungszinsen nicht gehemmt wurde. Auch der Sinn und Zweck des § 254 ZPO rechtfertigt es nicht, den im Wege der Stufenklage vorgehenden Kläger mit Blick auf die Hemmung der Verjährung über diese Positionen hinaus zu privilegieren. Der Kläger hatte es in der Hand, die etwaig von der Beklagten aus den erzielten Gewinnen gezogene Nutzungen zum Gegenstand seines Auskunftsbegehrens zu machen. Dies war nicht geschehen.

(3) Der Kläger kann auch nicht mit Erfolg einwenden, der Auskunftsanspruch sei - selbst wenn der noch unbezifferte Gewinnabschöpfungsanspruch hinsichtlich der Nutzungsgewinne verjährt sein sollte - schon allein wegen der noch fortbestehenden Möglichkeit der Aufrechnung mit Nutzungsgewinne nach § 215 BGB vonnöten. Die Beklagte mag - worauf der Kläger verweist - bereits angekündigt haben, ein von ihr gezahltes Ordnungsgeld und angeblich gezahlte Steuern von dem Gewinnabschöpfungsanspruch in Abzug bringen zu wollen. Dies begründet indes keine Aufrechnungslage im Sinne von § 387 BGB. Die Beklagte hat den durch die unlautere Wettbewerbshandlung erzielten Gewinn herauszugeben. Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 UWG mindert sich ihre Herausgabepflicht nach § 10 Abs. 1 UWG um Leistungen, die der Schuldner zur Erfüllung von Verpflichtungen, die auf Grund der Zuwiderhandlung entstanden sind, an Dritte oder den Staat erbringt. Die gesetzliche Regelung sieht demnach eine Saldierung vor; für eine Aufrechnung seitens des Klägers ist kein Raum. 175

bb. Etwas anderes gilt, soweit es um Gewinne geht, die die Beklagte dadurch erzielt hat, dass sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag in Höhe von 9,50 € oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag in Höhe von 6,50 € vereinnahmt hat. Insofern schuldet die Beklagte Auskunft für den Zeitraum vom 13.09.2013 bis 15.09.2013 sowie seit dem 15. Januar 2015. 176

(1) Der Kläger hat in dem Rechtsstreit 12 O 184/16 (die Akte lag dem Senat vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung) in der Klageschrift vom 16. August 2016 mit dem Antrag zu Ziffer 1.d) Auskunft darüber begehrt, welche Nutzungen die Beklagte aus den Gewinnen gezogen hat, die sie in der Zeit vom 16.08.2013 bis 15.09.2013 erzielt hat, indem sie von Verbrauchern für Rücklastschriften einen Pauschalbetrag in Höhe von 9,50 € oder für Mahnungen einen Pauschalbetrag in Höhe von 6,50 € vereinnahmt hat. Unschädlich ist, dass der Auskunftsantrag - im Vergleich zum vorliegenden Verfahren - leicht abweichend formuliert ist. Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO war betreffend den Auskunftsanspruch für die Zeit vom 16.08.2013 bis 15.09.2013 rechtzeitig, nämlich vor Ablauf des 13. September 2016 Hemmung der Verjährung eingetreten. Dementsprechend dringt die Beklagte für die Zeit vom 13.09.2016 bis 15.09.2016 mit der von ihr erhobenen Einrede der Verjährung nicht durch. 177

178

(2) Mit Erfolg verteidigt sich die Beklagte mit der Einrede der Verjährung gegen den Auskunftsanspruch für die Zeit vom 15.09.2013 bis 14. Januar 2015. Maßgeblich ist, dass der Kläger erstmals mit Schriftsatz vom 15.01.2018, eingegangen bei Gericht per Fax am 15.01.2018, in dem Rechtsstreit 12 O 184/16 mit dem Antrag zu Ziffer 1.d) Auskunft auch für die Zeit nach dem 15.09.2013 verlangt hat. Damit ist zwischen dem 15.09.2013 und dem 14. Januar 2015 teilweise Verjährung gemäß § 11 Abs. 4 UWG eingetreten. Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 167 ZPO trat die Hemmung der Verjährung erst ab dem 15. Januar 2015 ein. Gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB endet die Hemmung sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Der Rechtsstreit 12 O 184/16 wurde durch das am 04. Juli 2019 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Az.: I-2 U 46/18) beendet. Durch die Erhebung der vorliegenden Klage - die Stufenklage wurde mit klageerweiterndem Schriftsatz vom 19. Dezember 2019 anhängig gemacht - ist der Lauf der Verjährungsfrist vor deren Ablauf erneut gehemmt worden.

5.3. 179

Der Auskunftsanspruch ist nicht erfüllt. Zwar hat die Beklagte aufgrund der damals vorläufig vollstreckbaren Urteile des Landgerichts Düsseldorf Auskünfte erteilt. Dies hat aber keine Erfüllungswirkung, und zwar bereits deshalb, weil sie nur zur Abwendung der Zwangsvollstreckung erfolgte. 180

C. 181

Der Vollstreckungsschutzantrag der Beklagten gemäß § 712 ZPO ist unbegründet. Wenn ein landgerichtliches Urteil durch das Berufungsgericht bestätigt wird, kann ein solcher Antrag nur unter engen Voraussetzungen begründet sein, da das Gläubigerinteresse bei zweimaliger gerichtlicher Bestätigung noch höher zu bewerten ist (siehe dazu Herget, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, § 712 Rn. 2 mit weiteren Nachweisen). 182

1. 183

Betreffend den titulierten Unterlassungsanspruch scheidet ein weitergehender Vollstreckungsschutz schon deshalb aus, weil es an jedweden Darlegungen der Beklagten zu einem nicht zu ersetzenden Nachteil im Sinne des § 712 Abs. 2 ZPO fehlt. Hinsichtlich des Rechnungslegungsanspruchs ist ein nicht zu ersetzender Nachteil ebenfalls nicht erkennbar, weil die Verurteilung unter Wirtschaftsprüfervorbehalt erfolgt ist und daher ein Bekanntwerden von Geschäftsgeheimnissen nicht droht (vgl. BGH, Beschluss vom 25. August 1978, Az.: X ZR 17/78, GRUR 1978, 726 - 727). Für den Fall einer Vollstreckung aus der Kostenentscheidung ist die Beklagte durch die Regelung des § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO ausreichend geschützt. 184

2. 185

Folglich ist die Gewährung von Vollstreckungsschutz gemäß § 712 ZPO allenfalls im Hinblick auf die Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung zu erwägen. Der Eintritt eines unersetzlichen Nachteils durch die Auskunftsvollstreckung ist von der Beklagten jedoch nicht schlüssig dargetan. 186

2.1. 187

188

Soweit sie meint, sie müsse befürchten, dass ein ihr entstehender Schaden vom Kläger nicht ersetzt werden könne, fehlt es bereits an hinreichend konkreten Darlegungen dazu, aufgrund welcher tatsächlichen Umstände mit der Entstehung eines Schadens in welcher Größenordnung zu rechnen ist. Die Kosten der Auftragserteilung vermögen einen erheblichen Schaden nicht zu begründen, da der diesbezügliche Aufwand verhältnismäßig gering ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen des Senats mit Teil-Urteil vom 28. Oktober 2021 sowie mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 verwiesen.

2.2. 189

Auch unter dem Gesichtspunkt des Geschäftsgeheimnisses ist kein Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO zu gewähren. Es ist schon nicht dargetan, welcher konkreten Gefährdung die Daten beim Kläger im Falle einer Verurteilung der Beklagten zur Auskunftserteilung unterliegen sollen. Mit ihren lediglich allgemein gehaltenen Ausführungen genügt die Beklagte der ihr obliegenden Darlegungslast nicht; ein unersetzlicher Nachteil ergibt sich daraus. Allein der Umstand, dass es sich bei den zu erteilenden Informationen um Geschäftsgeheimnisse handelt, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass eine Vollstreckung der Verurteilung zur Auskunftserteilung für die Beklagte nicht zu ersetzende Nachteile zur Folge hätte (siehe dazu BGH, Urteil vom 08. Januar 1999, Az.: I ZR 299/98, zitiert nach juris). Insbesondere der Vorprozess, in dem die Beklagte die begehrten Auskünfte zumindest teilweise bereits erteilt hat, gibt keinerlei Anlass zu vermuten, der Kläger könne die Daten an unbeteiligte Dritte weitergeben. Der Senat verkennt nicht, dass die vorläufige Vollstreckung des Auskunftsanspruchs in dem Sinne "vollendete Tatsachen“ schafft, dass sich das einmal erlangte Wissen nicht zurückholen lässt. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung führt jedoch der Umstand, dass die Vollstreckung das Prozessergebnis vorwegnehmen würde, auch dann zu keinem unersetzlichen Nachteil, wenn die Auskunft relevante Geschäftsgeheimnisse betrifft (vgl. BGH, Urteil vom 08. Januar 1999, Az.: I ZR 299/98, zitiert nach juris). Dies räumt auch die Beklagte ein. Soweit sie meint, angesichts der Gesamtumstände - einerseits der finanziellen Lage des Klägers und andererseits des festgestellten Rechtsmissbrauchs in den Vorprozessen - sei im Streitfall eine Ausnahme zu machen, vermag der Senat dem aus den bereits dargelegten Gründen nicht zu folgen. Die Ansicht der Beklagten, das Verhalten des Klägers begründe einen fortgesetzten Eingriff in ihre Sphäre und einen nachhaltigen Verstoß gegen redliches Verhalten, teilt der Senat nach umfassender Würdigung aller besonderen Umstände des Einzelfalls - wie dargetan - nicht. Es trifft auch nicht zu, dass der Kläger auf die Inhalte der von ihm in den Vorprozessen erlangten Auskünfte, die er gemäß § 717 ZPO, § 249 BGB, § 812 BGB an die Beklagte herausgegeben hat, zur Begründung seiner Ansprüche im hiesigen Verfahren in relevanter Weise Bezug genommen hat. 190

III. 191

1. 192

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91a, 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO. 193

Soweit die Parteien den Rechtsstreit hinsichtlich der Abmahnkosten nebst Zinsen übereinstimmend für erledigt erklären, waren die Kosten gemäß § 91a ZPO nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nach billigem Ermessen der Beklagten aufzuerlegen, denn sie hat den geltend gemachten Ersatzanspruch nach dem erstinstanzlichen Urteil durch die Zahlung des geschuldeten Betrages erfüllt und sich damit freiwillig in die Rolle des Unterliegenden begeben. 194

195

Im Übrigen ist das Obsiegen der Beklagten nur verhältnismäßig geringfügig, weshalb sowohl die Kosten des Berufungsverfahrens vollständig von ihr zu tragen sind. Im Übrigen bleibt die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten.

2. 196

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO in Verbindung mit § 709 Satz 2 ZPO. 197

3. 198

Der Rechtsstreit ist wegen der Frage, ob die Verjährung des im Wege der Stufenklage geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruches durch die vorangegangenen Verfahren (Az.: 12 O 5/15 sowie 12 O 184/16), in denen die unter Einschaltung eines Prozessfinanzierers erhobenen Gewinnabschöpfungsklagen wegen unzulässiger Rechtsausübung aus § 242 BGB als unzulässig abgewiesen worden waren (vgl. BGH, Urteil vom 13. September 2018, Az.: I ZR 26/17; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04. April 2019, Az.: I-2 U 46/18), gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt ist, von grundsätzlicher Bedeutung. Überdies hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Hinblick auf die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob der Gewinn im Sinne des § 10 Abs. 1 UWG auch die Nutzungen erfasst. In Hinblick auf diese beiden Rechtsfragen wird die Revision zugelassen. „Revisionszulassungsgründe“ bestehen demgegenüber nicht für die Verurteilungen zur Unterlassung gemäß Ziffer 1. und 2.. Insoweit handelt es sich um eine reine Einzelfallentscheidung; der Senat hat die maßgeblichen Umstände des vorliegenden Falles unter Auswertung der zu dieser Problematik ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung in tatrichterlicher Würdigung subsumiert. 199

4. 200

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf bis zu 30.000,- € festgesetzt. 201

4.1. 202

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung den Auskunftsanspruch betreffend Nutzungszinsen weiter. Unter Berücksichtigung des verfahrensgegenständlichen Zeitraumes, für den Nutzungszinsen begehrt werden, dem damals herrschenden Zinsniveau und dem mutmaßlichen Umfang der von der Beklagten erzielten Gewinne schätzt der Senat einen sich daraus ergebenden Zahlungsanspruch gemäß § 287 ZPO auf rund 60.000,- €. Im Hinblick darauf, dass vorliegend allein über den Auskunftsanspruch zu entscheiden war, ist es gerechtfertigt, den Streitwert auf 15.000,- € (= ¼ von 60.000,- €) festzusetzen. 203

4.2. 204

Für die Berufung der Beklagten ist ein Streitwert in Höhe von 15.000,- € in Ansatz bringen. Er setzt sich zusammen aus einem Streitwert in Höhe von insgesamt 10.000,- € für die Unterlassungsanträge, die jeweils mit 2.500,- € zu bewerten sind. Dem Senat ist insoweit - wie der Kläger zu Recht beanstandet - mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 ein Rechenfehler unterlaufen. Es handelt sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit im Sinne von § 319 Abs. 1 ZPO, die hiermit korrigiert wird. Im Übrigen wird wegen der Begründung zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen des Senats mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 verwiesen. Der Schriftsatz der Beklagten vom 02. März 2022 führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Der Senat hält daran fest, dass für die - insgesamt vier - 205

Unterlassungsanträge gemäß Ziffer 1.a) und 1.b) sowie 2.a) und 2.b) jeweils ein Streitwert von 2.500,- € angemessen ist und sieht sich insoweit in vollständiger Übereinstimmung mit der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung war für die Auskunftsanträge kein 5.000,- € übersteigender Streitwert in Ansatz zu bringen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Wirtschaftsprüfervorbehalts, denn nachvollziehbaren Vortrag zu den damit verbundenen Kosten hält die Beklagte nicht. Ihre Behauptung, für die Einschaltung eines Wirtschaftsprüfers seien Kosten in Höhe von bis zu 10.000,- € zu erwarten, bleibt pauschal und ist durch nichts belegt. Soweit die Beklagte vorträgt, zu den berücksichtigungsfähigen Kosten eines zur Auskunft Verpflichteten gehörten neben dem Eigenaufwand auch die Ausgaben für die Inanspruchnahme fachkundiger Dritter, mag dies zutreffen, wenn dies zur Erfüllung der Auskunftsverpflichtung nach den Maßstäben eines wirtschaftlichen Denkenden erforderlich ist. Dies ist seitens der Beklagten indes nicht dargetan. Sie hat nichts dazu ausgeführt, woraus sich die Notwendigkeit für die Einschaltung von Hilfspersonen ergeben soll. Auch für ein besonderes Geheimhaltungsinteresse ist - wie unter **C.** ausgeführt - nichts ersichtlich.

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE