

2 U 7/12
17 O 242/11 Landgericht Kiel

verkündet am: **26. März 2013**
Franzmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

Deutscher Verbraucherschutzverein e. V., vertreten durch den
Vorstandsvorsitzenden Dr. Lars Steinhorst, Zum Jagenstein 3, 14478 Potsdam

- Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter -

- Prozessbevollmächtigter: #####
#####

g e g e n

mobilcom-debitel GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Stephan Esch,
Joachim Preisig und Christoph Vilanek, Hollerstraße 126, 24782 Büdelsdorf

- Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

- Prozessbevollmächtigte: #####
#####

#####

hat der 2. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2013 durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Waßmuth und die Richterinnen am Oberlandesgericht Schürger und Dr. Wiggers für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 27. Juli 2012 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 17. Zivilkammer des Landgerichts Kiel geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Der Beklagten wird es untersagt, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgend fettgedruckte oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen,

*5.5 (Sollte der Kunde seine Einzugsermächtigung widerrufen, ersetzt er mobil-com debitel den höheren Aufwand.) **Sonstige Aufwendungen, die vom Kunden zu vertreten sind, insbesondere die Bearbeitungskosten z. B. für Rücklastschriften, sonstige durch mangelnde Deckung des Kontos entstandenen Kosten, oder Kosten, die für die vom Kunden zu vertretende Überprüfung der***

Einrichtungen aufgrund von Störungsmeldungen oder Rechnungsbeanstandungen entstanden sind, sind vom Kunden zu erstatten. (Erfolgt eine Sperre des Anschlusses aus vom Kunden zu vertretenden Gründen, hat der Kunde die aus der Sperre resultierenden Kosten zu tragen.) Die in Rechnung gestellten Aufwände ergeben sich aus der gültigen Tarif- und Preisliste. (Dem Kunden bleibt es jeweils vorbehalten, geringere Kosten nachzuweisen.),

soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 10,00 € oder höher festgelegt ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 145 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 16. Oktober 2011 zu zahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger weitere 145 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. April 2012 zu zahlen.

4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf einen Anteil an den seitens des Klägers für diesen Rechtsstreit verauslagten Gerichtskosten in Höhe von 864 €, der der im Schlussurteil ausgeteilten Kostenquote zu Lasten der Beklagten entspricht, Zinsen in Höhe von 4 % p. a. für die Zeit vom 28. November 2011 bis zum 12. August 2012 (258 von 365 Zinstagen) zu zahlen. Die Tenorierung des Zahlungsbetrages bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

5. Dem Kläger wird die Befugnis zugesprochen, die Urteilsformel mit der Bezeichnung der verurteilten Beklagten auf deren Kosten

im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen.

6. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft darüber zu erteilen, welche Gewinne sie in der Zeit vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni .2012 dadurch erlangt hat, dass sie aufgrund der streitgegenständlichen Rücklastschriftgebührenklausel von ihren Kunden Pauschalen i. H. v. 20,95 €, 14,95 bzw. 10,00 € erlangt hat. Dazu hat sie dem Kläger kaufmännisch darüber Rechnung zu legen, in welchen Fällen sie im genannten Zeitraum Rücklastschriftpauschalen in welcher Höhe erlangt hat und wie hoch der ihr in diesen Fällen jeweils tatsächlich entstandene Schaden war. Die Beklagte kann die Rechnungslegung gegenüber einem vom Kläger zu bezeichnenden, zur Verschwiegenheit verpflichteten vereidigten Wirtschaftsprüfer vornehmen, sofern sie die Kosten seiner Einschaltung trägt und ihn gleichzeitig ermächtigt und verpflichtet, dem Kläger auf Antrag mitzuteilen, ob in der Rechnungslegung ein oder mehrere bestimmte Rücklastschriftfälle enthalten sind.

7. Im Übrigen wird das eingangs bezeichnete Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur Entscheidung über die Zahlungsstufe der Stufenklage an das Landgericht zurückverwiesen.

Die Anschlussberufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kostenentscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens – bleibt dem landgerichtlichen Schlussurteil vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 150.000 €

abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

G r ü n d e

A.

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung einer Bestimmung in ihren vorformulierten Vertragsbestimmungen über eine Schadenspauschale für Rücklastschriften sowie im Wege der Stufenklage in der ersten Stufe Auskunft und Rechnungslegung über die in der Vergangenheit aufgrund dieser Rücklastschriftgebührenklausel erzielten Gewinne und in der zweiten Stufe Zahlung des sich anhand der Auskunft ergebenden Betrags an den Bundehaushalt.

Der Kläger ist ein gemeinnütziger Verein, der in die Liste qualifizierter Einrichtungen gemäß § 4 UKlaG aufgenommen ist. Zu seinen satzungsmäßigen Aufgaben gehört es, Interessen der Verbraucher geltend zu machen, insbesondere auch Verstöße gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterbinden.

Die Beklagte bietet Mobilfunkdienstleistungen an. Bei den in diesem Zusammenhang mit Verbrauchern geschlossenen Verträgen verwendet sie ein vorformuliertes Bedingungsnetz mit der Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen (Credit-/ Laufzeitverträge) der mobilcom debitel GmbH“ (Anlage K 2, Bl. 14 d. A.) und mehrere Tarif- und Preislisten, deren Anwendbarkeit sich nach dem Mobilfunknetz richtet, in dem die vertraglich vereinbarten Leistungen jeweils erbracht werden.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen heißt es in Ziff. 5 unter der Überschrift „Zahlungsbedingungen“ unter anderem:

„5.1 Der Kunde ist zur Zahlung der fälligen Entgelte gemäß den gültigen Tarif- und Preislisten verpflichtet. (...)

5.4. Vertragsbestandteil des Mobilfunkvertrages ist die Vereinbarung einer Einzugsermächtigung zur Abrechnung der fälligen Entgelte. (...)

5.5 Sollte der Kunde seine Einzugsermächtigung widerrufen, ersetzt er mobilcom-debitel den höheren Aufwand. Sonstige Aufwendungen, die vom Kunden zu vertreten sind, insbesondere die Bearbeitungskosten z. B. für Rücklastschriften, sonstige durch mangelnde Deckung des Kontos entstandenen Kosten, oder Kosten, die für die vom Kunden zu vertretende Überprüfung der Einrichtungen aufgrund von Störungsmeldungen oder Rechnungsbeanstandungen entstanden sind, sind vom Kunden zu erstatten. Erfolgt eine Sperre des Anschlusses aus vom Kunden zu vertretenden Gründen, hat der Kunde die aus der Sperre resultierenden Kosten zu tragen. Die in Rechnung gestellten Aufwände ergeben sich aus der gültigen Tarif- und Preisliste. Dem Kunden bleibt es jeweils vorbehalten, geringere Kosten nachzuweisen.

Die Preislisten „Preise und Leistungen“ der Beklagten für die Mobilfunknetze der Telekom, O2, Vodafone und E-Plus, jeweils mit Stand vom 1. Februar 2011 (Anlagen K 3 bis K 6, Bl. 15 bis 18 d. A.), enthielten dazu jedenfalls bis Oktober 2011 unter „Zahlungsverkehr“ folgenden von dem Kläger beanstandeten Eintrag:

„Rücklastschrift (die vom Kunden zu vertreten ist) € 20,95“.

Unter der Überschrift „Allgemeine Gebühren“ enthalten die Preislisten außerdem den - nicht beanstandeten - Eintrag:

„Portopauschale € 2,50 €“,

und unter der Überschrift „Rechnung“ den – ebenfalls als solches nicht beanstandeten – Eintrag

*„Rechnungszahlung durch Überweisung pro Rechnung (bei
Nichtteilnahme am Lastschriftverfahren) € 3,95 €“.*

Mit Schreiben vom 15. September 2011 (Anlage K 7, Bl. 19 bis 21 d. A.) wies der Kläger die Beklagte darauf hin, dass die Schadenspauschale für Rücklastschriften unwirksam sei, da sie den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden überschreite. Die Beklagte habe einen Schaden nur in Höhe der Bankgebühren zwischen 3 und 7 €, die durch die Rücklastschrift anfielen. Der Kläger forderte die Beklagte auf, zur Vermeidung sofortiger gerichtlicher Schritte die Verwendung der beanstandeten Klausel einzustellen und bis zum 23. September 2011 eine durch Vertragsstrafe abgesicherte Unterlassungserklärung abzugeben sowie die Kosten der Abmahnung in Höhe von 145,00 € zu erstatten. Gleichzeitig bat er unter Hinweis auf § 10 UWG um Auskunft über die durch Verwendung der Klausel erzielten Gewinne seit 1. Januar 2008 und in diesem Zusammenhang auch, zu welcher Anzahl der erfolgten Rücklastschriften von Abbuchungen von Kundenkonten es gekommen sei und welche Gebühren die Beklagte dafür jeweils an ihre Hausbanken gezahlt habe.

Die Beklagte teilte durch ihre „Leiterin AGB & Allgemeines Vertragsrecht“ mit Schreiben vom 27. September 2011 (Bl. 22 ff. d. A.) mit, dass sie keine Unterlassungserklärung abgeben könne, weil die Pauschale von 20,95 € nicht den zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteige. Im Rahmen des Schadensersatzes seien unter anderem auch die zusätzlich anfallenden Porto- und Papierkosten und die Kosten für die mit der Prüfung der Bonität beauftragten Wirtschaftsauskunfteien zu berücksichtigen. Zudem seien zusätzliche, über die Vertragsdurchführung hinausgehende Personalkosten in die Berechnung einzubeziehen. Durch die Rücklastschriften müssten die Mitarbeiter der Debitorenbuchhaltung zusätzliche erhebliche

Mehrarbeit leisten, die sie entlohnen müsse. Schließlich erleide sie beim Ausbleiben der Zahlungen des Kunden Zinsverluste, weil sie als netzunabhängiger Provider gegenüber den Netzbetreibern vorleistungspflichtig sei.

Der Kläger beantragte daraufhin am 28. September 2011 in einem gesonderten Verfahren vor dem Landgericht Kiel – 17 O 200/11 –, der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder einen anderen Betrag festzulegen, der den Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge übersteigt. Durch Beschluss vom 29. September 2011 (Bl. 25 – 27 der beigezogenen Akte 17 O 200/11 LG Kiel, im Folgenden: BA) erließ das Landgericht die einstweilige Verfügung antragsgemäß. Die Beschlussgründe enthalten u. a. unter Zitierung von BGH NJW 2009, 1570 f. Ausführungen zur fehlenden Erstattungsfähigkeit der von der Beklagten außergerichtlich angeführten Personalkosten, die in der Rücklastschriftpauschale angesetzt worden sind.

Nach Zustellung des Beschlusses am 10. Oktober 2011 reduzierte die Beklagte die Pauschale für Rücklastschriften unverzüglich auf 14,95 €, ohne jedoch das Änderungsdatum anzupassen, so dass die Preislisten auf der Internetseite der Beklagten beispielsweise am 16. November 2011 noch immer auf Stand 1. Februar 2011 datiert waren (Anlagen K 11 bis 14, Bl. 24 bis 27 d. A.). Die begehrte Unterlassungserklärung gab sie auf nochmalige Aufforderung des Klägers gemäß Schreiben vom 27. Oktober 2011 (Anlage K 15, Bl. 28 bis 29 d. A.) weiterhin nicht ab.

Der Kläger hat mit der im vorliegenden Verfahren am 17. November 2011 eingereichten Klage, zugestellt am 13. Dezember 2011, zunächst seinen im einstweiligen Verfügungsverfahren geltend gemachten Anspruch weiterverfolgt, also die Unterlassung der Verwendung der Klauseln verlangt, soweit in den Preislisten „für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein

anderer Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher der Beklagten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht“.

Nachdem die Beklagte im Widerspruchsverfahren die einstweilige Verfügung als zu unbestimmt beanstandet hatte, konkretisierte der Kläger seinen Antrag im dortigen Verfahren mit Schriftsatz vom 6. Januar 2012 (Bl. 67 d. BA.) zunächst dahin, dass der Beklagten untersagt werden sollte, die Klausel zu verwenden, soweit in den gültigen Tarif- und Preislisten für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein Betrag festgelegt ist, der 3 € übersteigt. Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage beantragte er in der mündlichen Verhandlung vom 11. Januar 2012 letztlich nur noch, die einstweilige Verfügung vom 29. September 2011 mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, „dass als ein anderer Betrag ein Betrag von 10 € festgelegt werden solle“ (Bl. 95 BA.). Durch Urteil vom 11. Januar 2012 hat das Landgericht die einstweilige Verfügung vom 29. September 2011 mit der Maßgabe aufrechterhalten, dass der Verfügungsbeklagten untersagt wird, eine Schadenspauschale von 20,95 € oder einen anderen Betrag festzulegen, der 10 € übersteigt. Das Urteil (Bl. 97 – 105 BA), auf das verwiesen wird, enthält u. a. unter Zitierung von BGH NJW 2009, 3570, Ausführungen zur fehlenden Erstattungsfähigkeit von Personalkosten und zur fehlenden Erstattungsfähigkeit des behaupteten entgangenen Gewinns, die neben anderen Posten als Schadensposten in der Rücklastschriftpauschale enthalten sind.

Nach Zustellung des im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Urteils am 23. Januar 2012 reduzierte die Beklagte am 24. Januar 2012 die Pauschale für Rücklastschriften auf 10,00 € (Anlagen K 16 bis K 19, Bl. 62 bis 65 d. A.), gab jedoch gegenüber dem Kläger weiterhin die begehrte Unterlassungserklärung nicht ab.

Mit außergerichtlichem Schreiben vom 20. März 2012 (Anlage K 20, Bl. 66 d. A.), zugegangen am 12. April 2012, teilte der Kläger der Beklagten mit, dass er auch den Betrag von 10,00 € noch für überhöht halte und allenfalls ein

Betrag von 6,00 € gerechtfertigt sei, und mahnte sie erneut ab. Die geforderte entsprechende Unterlassungserklärung gab die Beklagte wiederum nicht ab.

Im vorliegenden Hauptsacheverfahren hatte der Kläger sich mit Schriftsatz vom 13. Februar 2012 zunächst einen Antrag *vorbehalten*, der die Unterlassung der Verwendung einer entsprechenden Klausel mit einem 6 € übersteigenden Betrag vorsah (Bl. 46 d. A.), hat sich jedoch letztlich mit seinem im Schriftsatz vom 28. März 2012 gestellten Antrag (Bl. 57 d. A.) – den Prozessbevollmächtigten der Beklagten zugestellt am 3. April 2012 (EB Bl. 73 d. A.) - im Hinblick auf die aktuell von der Beklagten verwendete Klausel primär gegen eine Rücklastschriftgebührenklausel von 10 € oder höher gewendet (also einen um 1 Cent weitergehenden Antrag gestellt, als zuletzt im einstweiligen Verfügungsverfahren beantragt). Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass auch die jetzt festgelegte Pauschale für Rücklastschriften in Höhe von 10,00 € zu hoch sei, da dieser Betrag den Schaden übersteige, der der Beklagten im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entstehe. Die Rücklastschriftklauseln von 20,95 €, später 14,95 € und zuletzt 10,00 € verstießen gegen § 307 II Nr. 1 bzw. § 309 Nr. 5 lit. a BGB und seien daher unwirksam. Dazu hat er vorgetragen:

Unmittelbar durch die Rücklastschrift falle der Beklagten nur die ihr von ihren eigenen Hausbanken in Rechnung gestellte Bankgebühr an. Der übliche Rahmen liege je nach Bank zwischen ca. 3,00 € und 8,11 €. So verlange etwa die Commerzbank für eine zurückgegebene Lastschrift bis zu einem Lastschriftbetrag von 1.583 € eine Gebühr von 5,11 €, darüber 1/3 % des Lastschriftbetrags. Die Deutsche Bank verlange für eine zurückgegebene Lastschrift bis zu einem Lastschriftbetrag von 1.533 € eine Gebühr von max. 8,11 € (5,11 € + max. 3,00 €), darüber 1/3 % des Lastschriftbetrags + max. 3,00 €. Die Berliner Sparkasse verlange für eine zurückgegebene Lastschrift 3,00 €, ggf. zzgl. weiterer 3,00 €. Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass der Beklagten höhere Bankkosten als 3,00 € pro Rücklastschrift entstünden. Dazu hat er geltend gemacht, er wisse nicht, ob sich die Beklagte

für die günstigste Bank entschieden habe oder ob ihr von ihren Hausbanken günstigere Großkundenkonditionen eingeräumt worden seien. Keinesfalls könne die Beklagte den Höchstbetrag von 8,11 € ansetzen, weil nicht davon auszugehen sei, dass sie alle ihre Konten bei der teuersten Bank führen würde. Ohne näheren Sachvortrag der Beklagten könne nur der lineare Durchschnittswert von 5,56 € (3 € + 8,11 € / 2) angesetzt werden.

Hinzu kämen allenfalls noch Portokosten für eine erforderliche Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen der Lastschrift in Höhe von 0,55 € und Materialkosten in Höhe von 0,10 €, die vorliegend aber ausschieden, weil die Beklagte nach ihrem Preisverzeichnis eine Portopauschale von 2,50 € geltend machen könne. Der Kläger hat mit Nichtwissen bestritten, dass die Beklagte diese Pauschale neben der Rücklastschriftpauschale nicht anwende. Darauf komme es nach der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB letztlich aber nicht an.

Fiktive anteilige Personalkosten und IT-Kosten könnten nicht als Schaden einberechnet werden, da es sich nicht um einen Schaden des Unternehmens aufgrund der Rücklastschrift, sondern um Aufwendungen zur weiteren Durchführung des Vertrages handele. Im Übrigen handele es sich bei den von der Beklagten mit 4,89 € angesetzten Personalkosten nicht um ihr tatsächlich entstandene Kosten, sondern um einen Phantasiebetrag, wie sich daraus ergebe, dass er Cent genau dem Betrag entspreche, den die Firma klarmobil GmbH im Rechtsstreit 2 U 2/11 des Senats als Personalkosten behauptet habe. Auch die von der Beklagten eingestellten Kosten zur Bonitätsprüfung seien nicht adäquat kausal durch das Fehlschlagen einer einzelnen Lastschrift verursacht. Gleiches gelte für die Refinanzierungskosten, die nicht durch die Rücklastschrift, sondern durch einen Zahlungsverzug des Kunden entstanden, der indes nicht mit einer Rücklastschrift einhergehen müsse. Gewinn entgehe der Beklagten nicht infolge der Rücklastschrift, sondern durch ihre Entscheidung, den Kunden zu sperren.

Bezüglich des gestellten Auskunfts- und Gewinnabschöpfungsanspruchs gemäß § 10 Abs. 1 UWG sei zu berücksichtigen, dass Tatbestandsvoraussetzung weder ein direkter Vorsatz noch eine Absicht sei. Vielmehr reiche ein mindestens bedingt vorsätzlich rechtswidriges Handeln aus.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1.

der Beklagten zu untersagen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu untersagen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgend fettgedruckte oder inhaltsgleiche Klauseln zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen

*5.5 (Sollte der Kunde seine Einzugsermächtigung widerrufen, ersetzt er mobilcom-Debitel den höheren Aufwand.) **Sonstige Aufwendungen, die vom Kunden zu vertreten sind, insbesondere die Bearbeitungskosten z. B. für Rücklastschriften, sonstige durch mangelnde Deckung des Kontos entstandenen Kosten, oder Kosten, die für die vom Kunden zu vertretende Überprüfung der Einrichtungen aufgrund von Störungsmeldungen und Rechnungsbeanstandungen entstanden sind, sind vom Kunden zu erstatten.** (Erfolgt eine Sperre des Anschlusses aus vom Kunden zu vertretenden Gründen, hat der Kunde die aus der Sperre resultierenden Kosten zu tragen.) **Die in Rechnung gestellten Aufwände ergeben sich aus der gültigen Tarif- und Preisliste.** (Dem Kunden bleibt jeweils vorbehalten, geringere Kosten nachzuweisen.)*

- a) soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 10,00 € oder höher festgelegt ist,
- b) hilfsweise soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 14,95 € oder höher festgelegt ist,
- c) hilfsweise soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder höher festgelegt ist.

2.

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 145,00 € zzgl. Zinsen i. H. v. 8 %-punkten über dem Basiszinssatz seit 16. Oktober 2011 zu zahlen,

3.

festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf die seitens des Klägers für diesen Rechtsstreit verauslagten Gerichtskosten Zinsen i. H. v. 4 % p. a. vom Zeitpunkt der Überweisung des Betrages bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht an ihn zu zahlen,

4.

ihm die Befugnis zuzusprechen, die Urteilsformel mit der Bezeichnung der verurteilten Beklagten auf deren Kosten im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen,

(Anm.: Die Ziff. 5. fehlt wegen eines Nummerierungsfehlers des Klägers)

6.

die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 145,00 € zzgl. 8 % Zinsen seit Antragstellung zu zahlen,

7.

die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft darüber zu erteilen, welche Gewinne sie in der Zeit vom 10. Oktober 2011 bis zum 27. Juni 2012 dadurch erlangt hat, dass sie aufgrund der streitgegenständlichen Rücklastschriftgebührenklausel zu Antrag 1. von ihren Kunden Pauschalen i. H. v. 20,95 €, 14,95 € bzw. 10,00 € erlangt hat. Dazu hat sie ihm kaufmännisch darüber Rechnung zu legen, in welchen Fällen sie im genannten Zeitraum Rücklastschriftpauschalen in welcher Höhe erlangt hat und wie hoch der ihr in diesen Fällen jeweils tatsächlich entstandene Schaden war. Die Beklagte kann die Rechnungslegung gegenüber einem von ihm zu bezeichnenden, zur Verschwiegenheit verpflichteten vereidigten Wirtschaftsprüfer vornehmen, sofern sie die Kosten seiner Einschaltung trägt und ihn gleichzeitig ermächtigt und verpflichtet, ihm, dem Kläger, auf Antrag mitzuteilen, ob in der Rechnungslegung ein oder mehrere bestimmte Rücklastschriftfälle enthalten sind und

8.

die Beklagte im Wege der Stufenklage zu verurteilen, den sich anhand der nach Antrag 7. zu erteilenden Auskunft ergebenden Betrag an den Bundeshaushalt zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der zuletzt vom Kläger gestellte Klagantrag zu 1. a) sei rechtsmissbräuchlich, weil der Kläger im einstweiligen Verfügungsverfahren sich mit seinem Antrag nur gegen eine 10 € *übersteigende* Rücklastschriftpauschale gewendet habe. Es handele sich um eine Klagebeschränkung, weil der Kläger in der Replik vom 13. Februar 2012 angekündigt habe, voraussichtlich zu beantragen, ihr die Verwendung der

streitgegenständlichen Klausel zu untersagen, soweit ein 6 € übersteigender Betrag festgelegt ist. Diese sei unzulässig, weil sie ihr nicht zustimme.

In der Sache selbst hat sie die Ansicht vertreten, der Kunde habe nach einer getroffenen Lastschriftabrede für die Einlösung einer ordnungsgemäß eingereichten Lastschrift und damit für eine ausreichende Deckung seines Kontos zu sorgen. Komme er dem nicht nach, regele sich Inhalt und Umfang ihres Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB nach § 249 BGB. Bei der Ermittlung der Pauschale von 20,95 € seien folgende Schadenspositionen berücksichtigt:

An eigenen und fremden Bankgebühren habe sie bis zu 8,75 € pro Rücklastschrift zu tragen. Da es auf den branchentypischen Durchschnittsschaden ankomme, der Kläger selbst die Bankkosten mit maximal 8,11 € angegeben und das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in seiner Entscheidung vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 - Bankkosten in Höhe von 8,11 € in voller Höhe als zu berücksichtigende Schadensposition unterstellt habe, sei dieser Betrag als branchentypisch zu berücksichtigen.

Für die Benachrichtigung des Kunden bei Vorliegen einer Rücklastschrift kalkuliere sie an Brief-, Druck- und Portokosten einen Betrag in Höhe von 0,40 €. Soweit in ihren Preis- und Leistungsverzeichnissen Portokosten von 2,50 € aufgeführt seien, würden diese nur in Rechnung gestellt, wenn ein Kunde bei ihr ausdrücklich die (erneute) Übersendung eines Dokuments anfordere, nicht aber bei der Benachrichtigung über eine Rücklastschrift. Da das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in seiner Entscheidung vom 27. März 2012 für eine Information an den Kunden einen Betrag von 1,50 € als ausreichend berücksichtigt habe, sei dieser Betrag unter Beachtung der Grundsätze des branchentypischen Durchschnittsschadens zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung zugrunde zu legen.

Darüber hinaus würden ihr pro Rücklastschrift Personalkosten von 4,89 € entstehen, weil etliche ihrer Mitarbeiter bei Eingang einer Rücklastschrift unter Verwendung einer speziellen Software ausschließlich damit beschäftigt seien, im Interesse der Kunden individuell in Ansehung der Bonität des jeweiligen Kunden und unter Berücksichtigung der Dauer der Vertragsbeziehung zum jeweiligen Kunden zu eruieren und zu entscheiden, wie im konkreten Einzelfall weiter vorgegangen werden solle, nämlich ob der nicht durch eine Lastschrift eingezogene Rechnungsbetrag mittels der nächsten Rechnung im folgenden Monat erneut geltend gemacht oder alternativ in das Mahnverfahren übergeleitet werden solle, oder ob beim Vorliegen der Voraussetzungen der Kunde zu sperren und die noch ausstehenden Gebühren einzutreiben seien. Insoweit sei auch zu berücksichtigen, dass die ganz überwiegende Mehrheit derjenigen Kunden, die von ihr über das Vorliegen einer Rücklastschrift informiert würden, telefonisch Kontakt mit den dafür zuständigen Mitarbeitern aufnehmen, um ihre persönliche und finanzielle Situation zu erläutern und die weitere Vorgehensweise zu besprechen, was beratungs- und kostenintensiv sei. Die vom Kläger herangezogene Germanwings-Entscheidung des BGH, NJW 2009, 3570, sei mit dem hier gegebenen Sachverhalt nicht vergleichbar, weil es ihren Kunden frei stehe, ihre Einzugsermächtigung zu widerrufen, wovon „etliche“ Kunden Gebrauch gemacht hätten.

Weiter seien die IT-Kosten für die ausschließlich zur Bearbeitung von Rücklastschriften erforderliche Software zu berücksichtigen, die sich auf 0,39 € pro Rücklastschrift belaufen.

Außerdem würden pro Rücklastschrift Refinanzierungskosten von 2,63 € dadurch entstehen, dass sie sich in der Regel gegenüber den Netzbetreibern verpflichten, die Vorleistungen des Netzbetreibers für den jeweiligen Kunden für die gesamte 24-monatige Grundlaufzeit eines Mobilfunkvertrages in Anspruch zu nehmen und im Gegenzuge die Grundgebühren und je nach Vertragsgestaltung auch den vertraglich vereinbarten Mindestumsatz vorab an den jeweiligen Netzbetreiber zu zahlen, unabhängig davon, ob der Kunde

seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Beklagten nachkomme. Verletze der Kunde seine Lastschriftabrede, müsse sie die dadurch entstehende Finanzierungslücke bei einer Bank refinanzieren, wodurch ihr Kosten von 2,63 € pro Rücklastschrift entstünden. Diese seien bei der Bemessung der Schadenspauschale anzusetzen, weil sie selbst in Fällen längeren Zahlungsverzugs auf die Geltendmachung von Verzugszinsen verzichte (Zeugnis Rohr).

Ein Kunde, der seinen Verpflichtungen ihr gegenüber aus der Lastschriftabrede nicht nachgekommen sei, habe ihr zudem den entgangenen Gewinn zu ersetzen, der 18,02 € pro Rücklastschrift betrage. Denn unmittelbare Folge des Eingangs einer Rücklastschrift könne sein, dass der Kunde gesperrt werde und während des Zeitraums der Sperrung keinen Umsatz mehr produziere. Der mit 18,02 € berechnete entgangene Gewinn beziehe sich nur auf diejenigen durchgeführten dauerhaften Sperrungen, die ausschließlich unmittelbar auf die Rücklastschriften zurückzuführen seien.

Zum Beweis für ihren Vortrag zu sämtlichen vorgenannten Schadenspositionen hat sich die Beklagte auf das Zeugnis Rohr bezogen.

Bei der Prüfung der Frage, ob die in Rechnung gestellten Rücklastschriftkosten von 20,95 € den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigen würden, sei zu ihren Gunsten zu berücksichtigen, dass einige Konkurrenzunternehmen bereits kurze Zeit nach Eingang der ersten Rücklastschrift einen weiteren Versuch unternehmen würden, per Lastschrift die Gebühren einzuziehen, und bei einer weiteren Rücklastschrift die Gebühr noch einmal berechneten. Auf diese Praxis verzichte sie im Interesse ihrer Kunden (Zeugnis Rohr).

Da es innerhalb des § 309 Nr. 5a BGB auf eine generalisierende Betrachtung unter Berücksichtigung der branchentypischen Gegebenheiten ankomme, sei vorliegend zu berücksichtigen, dass – was unwidersprochen geblieben ist –

zahlreiche weitere Mobilfunkanbieter bei Vorliegen einer Rücklastschrift Gebühren zwischen 12 € und 19 € verlangen, nämlich O₂ 19 € (Preisliste Stand: Mai 2012), Drillisch Telco GmbH 18,49 €, Simyo 15 € (Stand: Mai 2012), Fonic 15 € (Stand: Januar 2012) und 1 & 1 12 € (Stand: 1. November 2011). Auf die Preislisten gemäß Anlagen B 2 – 6 (Bl. 101 – 110 d. A.) wird Bezug genommen. Dass sie mit der Rücklastschriftgebühr von 20,95 € am oberen Rand liege, lasse sich mit ihrer besonderen Stellung als Mobilfunkprovider begründen, weil sie mangels eines eigenen Netzes mit den großen Netzbetreibern (Telekom, Vodafone, E-Plus und O₂) Verträge schließen müsse, um ihren eigenen Kunden unter eigenem Namen Mobilfunkverträge anbieten zu können.

Das Landgericht hat die Beklagte mit am 27. Juli 2012 verkündetem und am 21. August 2012 berichtigtem Urteil bei Meidung von Ordnungsmitteln untersagt, die im Klagantrag zu 1. genannte Klausel zu Ziff. 5.5 zu verwenden, soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 14,95 € oder höher festgelegt ist. Weiter hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger 145 € nebst Zinsen zu zahlen, festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf 48 % der seitens des Klägers für diesen Rechtsstreit verauslagten Gerichtskosten Zinsen von 4 % vom Zeitpunkt der Überweisung bis zum Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht an den Kläger zu zahlen, sowie dem Kläger die Befugnis zugesprochen, die Urteilsformel mit der Bezeichnung der Beklagten auf deren Kosten im Bundesanzeiger, im Übrigen auf eigene Kosten bekannt zu machen. Die Klaganträge zu 6. bis 8. hat es abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der Unterlassungsanspruch wegen der Rücklastschriftpauschale bestehe hinsichtlich des Hilfsantrags gemäß 1. b) aus § 1 UKlaG i. V. m. § 309 Nr. 5a BGB, weil der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden nicht 14,95 € oder mehr, sondern nur etwas mehr als 10 € betrage. Dabei hat das Landgericht folgende Schadenspositionen berücksichtigt: Die der Beklagten durch die Banken für Rücklastschriften in Rechnung gestellten Bankgebühren, die es auf 6 € pro Rücklastschrift geschätzt hat; für die

Benachrichtigung der Kunden entstehende Brief-, Druck und Portokosten, die die Beklagte selbst mit nur 0,40 € kalkuliert habe; Personal- und Softwarekosten insgesamt nur in Höhe von geschätzt 1,00 € bis 1,50 €, weil der übersteigende Betrag Aufwendungen zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrags beinhalte, die auf den Kunden nicht abgewälzt werden könnten; Refinanzierungskosten in Höhe von 2,63 €. Demgegenüber sei der in die Pauschale einbezogene entgangene Gewinn nicht unmittelbare Folge der Rücklastschrift, sondern eine Folge der Sperrung des Kunden.

Der Zahlungsanspruch gemäß dem Klagantrag zu 2. in Höhe von 145 € ergebe sich aus § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 UWG. Die erste Abmahnung des Klägers vom 15. September 2011 sei berechtigt gewesen, weil die Beklagte ihren Kunden seinerzeit Rücklastschriftkosten von 20,95 € in Rechnung gestellt habe. Demgegenüber bestehe kein Anspruch auf Ersatz der weiteren Kosten von 145 € gemäß dem Klagantrag zu 6., weil der Kläger mit Schreiben vom 20. März 2012 eine Rücklastschriftpauschale von 10 € beanstandet habe, die aber angemessen sei. Der Feststellungsausspruch zu 3. rechtfertige sich ebenfalls aus §§ 5 UKlaG, 12 Abs. 1 UWG. Es handele sich bei dem Kostenvorschuss auf die Gerichtskosten, soweit der Kläger sie nach der Kostenentscheidung nicht selbst tragen müsse, um Aufwendungen zur Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs. Der Anspruch auf Veröffentlichung der Urteilsformel mit der Bezeichnung der Beklagten ergebe sich aus § 7 UKlaG.

Die Stufenklage gemäß den Anträgen zu 7. und 8. sei unbegründet, da der Beklagten nicht, wie für den Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 Abs. 1 UWG vorausgesetzt, vorsätzliches Verhalten hinsichtlich einer unzulässigen Gewinnerzielung vorgeworfen werden könne, weil die Beklagte die Pauschale nach Zustellung der einstweiligen Verfügung auf 14,95 € und nach Zustellung des im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenen Urteils auf 10 € reduziert habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil (Bl. 126 bis 140 i. V. m. dem Berichtigungsbeschluss Bl. 150 d. A.) Bezug genommen.

Mit der Berufung verfolgt der Kläger die abgewiesenen Klaganträge zu 1. a), 6., 7. und 8. und den im Hinblick auf die Kostenentscheidung teilweise abgewiesenen Klagantrag zu 3. weiter, wobei er hinsichtlich des letztgenannten Antrags von einer Feststellungsklage auf einen bezifferten Zahlungsantrag umgestellt hat. Er macht geltend:

Soweit das Landgericht seinen Unterlassungsantrag zu 1. a) abgewiesen habe, weil es der Beklagten Schadensposten von insgesamt 10,53 € zugebilligt habe, habe es unter Verstoß gegen die prozessualen Beweislastregeln einen Teil der Schadenposten zu hoch festgestellt. Abweichend von den üblichen Darlegungs- und Beweislastregeln sei im Falle des § 309 Nr. 5a BGB nach herrschender Auffassung der Verwender der Klausel für die Höhe des ihm nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge anfallenden Schadens vortrags- und beweisbelastet. Selbst die Gegenmeinung lasse es genügen, dass der Anspruchsteller plausibel vortrage, dass dem Verwender – aus externer Sicht – Kosten in Höhe der nach der angegriffenen Klausel geschuldeten Pauschale bei gewöhnlichem Lauf der Dinge nicht anfallen könnten. Es sei dann Sache des Verwenders, durch konkreten Sachvortrag gegebenenfalls darzulegen, dass ihm tatsächliche Schäden in der behaupteten Höhe anfielen. Der Vortrag des Verwenders müsse sich auf den nach dem gewöhnlichen Lauf zu erwartenden, also seinen durchschnittlichen Schaden, nicht auf den im Einzelfall möglichen Maximalschaden (sog. worst-case-Szenario) richten. Soweit der Verwender sich nicht auf seinen eigenen Durchschnittsschaden, sondern auf den branchentypischen Durchschnittsschaden stützen wolle, müsse er dazu konkret vortragen, etwa tragfähige Statistiken eines Berufs- und Unternehmerverbandes vorlegen, nicht nur seine nicht prüfungsfähige subjektive Einschätzung vortragen.

Diesen Vorgaben sei das Landgericht nicht gefolgt. Zwar habe es die Beweislast dem Grunde nach wohl ebenfalls bei der Beklagten gesehen, sei

dann aber der Beklagten ohne tatsächliche Grundlage durch eine Schätzung nach § 287 ZPO zur Seite gesprungen, indem es von dem zwischen den Parteien schriftsätzlich erörterten Rahmen der von unterschiedlichen Banken im Lastschriftfall erhobenen Bankkosten von 3 € bis 8,11 € den arithmetischen Mittelwert von 5,56 € festgestellt und diesen Betrag zugunsten der Beklagten noch auf 6,00 € aufgerundet habe. Diese Schätzung sei unzulässig gewesen, weil er bestritten habe, dass der Beklagten bzw. – soweit man auf die branchentypischen Bankkosten im Rücklastschriftfall abstelle – anderen Mobiltelefondienstleistern vergleichbarer Größe von ihren Banken über das Internetbankentgelt von 3 € hinausgehende Bearbeitungskosten in Rechnung gestellt würden. Die Beklagte haben auch nicht vorgetragen, welche Bankkosten ihr oder anderen Branchenunternehmen im Durchschnitt pro Lastschrift anfielen, sondern stets nur darauf abgestellt, dass maximal jedenfalls 8,11 € anfallen könnten. Sie habe nicht einmal vorgetragen, dass sie überhaupt Konten bei solchen Banken unterhalte, die von ihren Kunden ein über 3 € hinausgehendes Rücklastschriftentgelt verlangen. Außerdem handele es sich bei den veröffentlichten Preisverzeichnissen einiger Banken um die Standardkonditionen für „normale“ Privat- und Geschäftskunden, wohingegen die Beklagte und die anderen namhaften Unternehmen der Telekommunikationssparte Großkunden seien, mit denen Sonderkonditionen vereinbart würden. Das Landgericht hätte deshalb im Ergebnis nur Bankkosten von 3 € zugunsten der Beklagten berücksichtigen dürfen.

Entgegen dem Landgericht sei die Einordnung eines Teils der Personalkosten für die Rücklastschriften als ersatzfähiger Schaden vorliegend unzulässig. Sie beruhe auf einem Fehlverständnis des BGH-Urteils vom 17. September 2009 – Xa ZR 40/08 -. Der BGH habe die Personalkosten nicht deshalb für nicht erstattungsfähig angesehen, weil sie nicht kausal auf die Rücklastschrift zurückzuführen wären, sondern vielmehr darauf abgestellt, dass die - wenn auch kausal verursachten – Personalkosten bei einem auf die Bezahlung per Lastschrift ausgerichteten Vertriebssystem Kosten der weiteren Vertragsdurchführung darstellten und deswegen nicht als Schaden

erstattungsfähig, sondern ggf. in das Entgelt für die Hauptleistung einzupreisen seien. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, habe das Landgericht keinerlei tatsächliche Grundlage gehabt, den insoweit anfallenden Personalkostenanteil auf 1 € bis 1,50 € zu schätzen. Die Beklagte habe ihre kausalen Personalkosten mit 4,89 € angegeben, ohne vorzutragen, wie sich dieser Betrag zusammensetze. Er habe den Betrag, der Cent-genau jenem Personalkostenbetrag, den die klarmobil GmbH in dem Verfahren vor dem OLG Schleswig zu 2 U 2/11 als ihre individuellen Personalkosten behauptet habe, bestritten. Es handele sich nicht um von der Beklagten tatsächlich ausgerechnete Kosten, sondern um einen „branchentypischen Phantasiebetrag“.

Bei den vom Landgericht in Ansatz gebrachten Refinanzierungskosten i. H. v. 2,63 € handele es sich nicht um einen adäquat kausal durch die Rücklastschrift verursachten Schaden, sondern um einen durch den Zahlungsverzug des Kunden entstandenen Schaden. Aber auch wenn man dies anders sehen wollte, wäre die Einbeziehung der Refinanzierungskosten in die Rücklastschriftpauschale gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. §§ 288, 306a BGB unzulässig, weil es sich der Sache nach nahezu ausschließlich um einen Zinsschaden handele. Außerdem schließe die Formulierung der streitgegenständlichen Klausel nicht aus, dass die Beklagte den gesetzlichen Verzugszins gemäß § 288 BGB sogar neben der Rücklastschriftpauschale fordern könne.

Mit dem Berufungsantrag zu 2. verfolgt der Kläger seinen auf Zahlung weiterer Abmahnkosten gerichteten erstinstanzlichen Klagantrag zu 6. weiter. Da die Rücklastschriftpauschale von 10 € unwirksam sei, sei auch die Abmahnung vom 20. März 2012, mit der er diese Pauschale beanstandet habe, berechtigt gewesen.

Mit dem Berufungsantrag zu 3. hat der Kläger seinen erstinstanzlichen Antrag zu 3., mit dem er die Feststellung eines Anspruchs auf Verzinsung der von ihm gezahlten Gerichtskosten von der Überweisung bis zum Eingang des

Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht begehrt hat, auf einen bezifferten Leistungsantrag umgestellt, weil die Höhe der Gerichtskosten, Anfang und Ende des Zinszeitraums nunmehr bekannt sind. Unstreitig hat er die Gerichtskosten in Höhe von 864 € am 28. November 2011 überwiesen und Kostenfestsetzungsantrag am 8. August 2012 gestellt, der ausweislich des Eingangsstempels am 13. August 2012 beim Landgericht eingegangen ist (Bl. 147 d. A.). Für diesen Zeitraum errechnet der Kläger sich, ausgehend von einem Zinssatz von 4 % und Anpassung der Kostenquote von 48% auf 100 % bei seinem vollständigem Obsiegen, einen Betrag von 24,58 €.

Mit den Berufungsanträgen zu 4. und 5. verfolgt der Kläger seine erstinstanzlichen Stufenanträge zu 7. und 8. weiter. Das Landgericht habe die Vorsatzanforderungen des § 10 Abs. 1 UWG überspannt und das Verhalten der Beklagten falsch bewertet. Da das Wissen und Wollen der tatsächlichen Umstände durch die Beklagte außer Streit stehe, komme es nur auf ihren Rechtswidrigkeitsvorsatz an. Dieser sei anzunehmen, wenn der Unterlassungsschuldner – wie hier – den Rechtsverstoß nach Zugang einer Mahnung im Kern fortsetze. Sofern er sein Handeln selbst bis dahin für rechtens gehalten habe, müsse er spätestens ab diesem Zeitpunkt damit rechnen, sich insofern geirrt zu haben. Selbst wenn man den Zugang einer Abmahnung nicht für ausreichend halte, um auf bedingten Vorsatz zu schließen, sei jedenfalls bedingter Vorsatz anzunehmen, wenn der Unterlassungsschuldner das beanstandete Verhalten nach Zustellung einer gerichtlichen Entscheidung fortsetze, wenn sich die Möglichkeit der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zwar nicht aus dem Tenor, aber doch aus den Gründen der gerichtlichen Entscheidung ergebe. Jedenfalls ab Zustellung des Beschlusses des Landgerichts vom 29. September 2011 zum Az. 17 O 200/11 am 10. Oktober 2011 habe die Beklagte vorsätzlich gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i. V. m § 309 Nr. 5a BGB verstoßen, soweit sie eine über 10 € liegende Rücklastschriftpauschale verlangt habe. Die Beklagte habe mit Senkung ihrer Rücklastschriftpauschalen von 20,95 € auf 14,95 € nur soweit nachgegeben, wie ihrem bisherigen Verhalten ein Unterlassungstenor mit dem Risiko der

Zwangsvollstreckung entgegen gestanden habe. Bereits in dem Beschluss vom 29. September 2011 habe das Landgericht Kiel jedoch entschieden, dass die Beklagte lediglich die eigenen zwischen 3 € und 8 € liegenden Bankkosten und die Kosten für die Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen der Lastschrift, welche die Beklagte im Verfügungsverfahren im Schriftsatz vom 8. Dezember 2012 auf Seite 4 selbst mit nur 0,40 € beziffert habe, in die Pauschale einberechnen dürfe. Hätte sie sich rechtstreu verhalten wollen, hätte sie die Entscheidungsgründe des Landgerichts Kiel beachten und die Pauschale nicht über 8,40 € festsetzen dürfen. Nach Zustellung des Urteils vom 11. Januar 2012 im einstweiligen Verfügungsverfahren hätte die Beklagte die Pauschale auf der Grundlage der Entscheidungsgründe nur auf allenfalls 9,03 € festsetzen dürfen (Bankkosten 6 €, Portokosten 0,40 € und möglicherweise Refinanzierungskosten 2,63 €). Dennoch habe die Beklagte die Pauschale auf genau 10 € festgesetzt, gerade genug, um der Zwangsvollstreckung zu entgehen, aber bei Optimierung des eigenen wirtschaftlichen Gewinns wohlwissend in Kauf nehmend, möglicherweise weiterhin objektiv rechtswidrig zu handeln. Dafür, dass der Beklagten als einem der größten Branchenunternehmen mit eigener Rechtsabteilung das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gefehlt haben solle, gebe es keine tatsächlichen Anhaltspunkte. Das gelte erst recht für den Zeitraum ab 10. Oktober 2011, für den der Anspruch ausschließlich geltend gemacht werde. Für diesen Zeitraum sei es ausgeschlossen, dass nicht auch der Prozessbevollmächtigte der Beklagten diese pflichtgemäß darauf hingewiesen habe, dass durchaus die Möglichkeit bestehe, dass sich ein erheblicher Teil der vorgetragenen Schadenspositionen nicht oder nicht in der behaupteten Höhe durchsetzen lassen könne, so dass der ansatzfähige Rücklastschriftschaden noch unter 10 € liegen könne.

Davon, dass die Beklagte sich „stets rechtstreu“ verhalte, könne keine Rede sein. In diesem Zusammenhang sei anzuführen, dass die klarmobil GmbH, die wie die Beklagte zur freenet Group gehöre, von der Beklagten beherrscht und von der Rechtsabteilung der Beklagten betreut werde, noch im Oktober 2012

eine Rücklastschriftpauschale von 14,95 € verwendet habe, obwohl der Beklagten eine Pauschale in dieser Höhe bereits durch das angefochtene Urteil verboten worden sei. Nachdem der klarmobil GmbH dies am 16. Oktober 2012 auf Antrag des Klägers durch einstweilige Verfügung untersagt worden sei (312 O 531/12 LG Hamburg), habe die klarmobil GmbH die Pauschale auf 13,45 € abgesenkt. Nachdem ihr auch die Verwendung einer solchen Pauschale durch Verfügungsurteil vom 8. Januar 2013 untersagt worden sei (312 O 576/12 LG Hamburg), habe sie die Pauschale auf 12,10 € abgesenkt. Offenbar verhalte es sich so, dass die mit den jeweiligen Klauseln erzielten Gewinne die Kosten der verlorenen Prozesse überwogen, so dass sich dieses Vorgehen rechne. Der gesamte Vortrag des Klägers betreffend das Verhalten der klarmobil GmbH ist unwidersprochen geblieben.

Schließlich beanstandet der Kläger die Kostenquote von nur 48 % zu Lasten der Beklagten. Selbst bei Zurückweisung der Berufung wären der Beklagten jedenfalls 63,8 % der Kosten erster Instanz aufzuerlegen. Für die Streitwertbemessung komme es entgegen dem Landgericht nicht darauf an, dass er schriftsätzlich eine Rücklastschriftpauschale von 6 € für angemessen erachtet habe, weil er einen solchen Antrag nicht gestellt habe.

Mit Schriftsatz vom 21. Februar 2013 hat der Kläger mitgeteilt, dass die Anlagen B 2 bis B 6 hinsichtlich der Rücklastschriftpauschalen nicht mehr aktuell seien. Inzwischen hätten die anderen Mobilfunkanbieter die Pauschalen gesenkt. Nach den derzeitigen Preislisten 2013 verlange O₂ nur noch 7,50 €, Simyo 8,50 €, Fonio 7,50 € und Telco (Drillisch Gruppe) 6 €. Lediglich 1 & 1 verlange noch 12 €, weil das entgegenstehende Urteil des Landgerichts Koblenz vom 28. Januar 2013 – 5 O 150/12 – (Bl. 258 – 262 d. A.), mit dem es zur Unterlassung einer Pauschale in dieser Höhe verurteilt worden sei, noch nicht rechtskräftig sei.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils

1. der Beklagten bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzendes Ordnungsgeldes von bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu untersagen, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgend fettgedruckte oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen

*5.5 (Sollte der Kunde seine Einzugsermächtigung widerrufen, ersetzt er mobil-com debitel den höheren Aufwand.) **Sonstige Aufwendungen, die vom Kunden zu vertreten sind, insbesondere die Bearbeitungskosten z. B. für Rücklastschriften, sonstige durch mangelnde Deckung des Kontos entstandenen Kosten, oder Kosten, die für die vom Kunden zu vertretende Überprüfung der Einrichtungen aufgrund von Störungsmeldungen oder Rechnungsbeanstandungen entstanden sind, sind vom Kunden zu erstatten.** (Erfolgt eine Sperre des Anschlusses aus vom Kunden zu vertretenden Gründen, hat der Kunde die aus der Sperre resultierenden Kosten zu tragen.) **Die in Rechnung gestellten Aufwände ergeben sich aus der gültigen Tarif- und Preisliste.** (Dem Kunden bleibt es jeweils vorbehalten, geringere Kosten nachzuweisen.)*

soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 10,00 € oder höher festgelegt ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 145,00 € zzgl. Zinsen i. H. v. 5 %punkten über dem Basiszinssatz seit Antragstellung zu zahlen,
3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ausgerechnete Zinsen in Höhe von 24,58 € zu zahlen,
4. die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft darüber zu erteilen, welche Gewinne sie in der Zeit vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni 2012 dadurch erlangt hat, dass sie aufgrund der streitgegenständlichen Rücklastschriftgebührenklausel von ihren Kunden Pauschalen i. H. v. 20,95 €, 14,95 bzw. 10,00 € erlangt hat. Dazu hat sie dem Kläger kaufmännisch darüber Rechnung zu legen, in welchen Fällen sie im genannten Zeitraum Rücklastschriftpauschalen in welcher Höhe erlangt hat und wie hoch der ihr in diesen Fällen jeweils tatsächlich entstandene Schaden war. Die Beklagte kann die Rechnungslegung gegenüber einem vom Kläger zu bezeichnenden, zur Verschwiegenheit verpflichteten vereidigten Wirtschaftsprüfer vornehmen, sofern sie die Kosten seiner Einschaltung trägt und ihn gleichzeitig ermächtigt und verpflichtet, dem Kläger auf Antrag mitzuteilen, ob in der Rechnungslegung ein oder mehrere bestimmte Rücklastschriftfälle enthalten sind.

Wegen des mit der Berufungsbegründung gestellten weiteren Antrages zu 5., die Beklagte im Wege der Stufenklage zu verurteilen, den sich anhand der nach Berufungsantrag zu 4. erteilenden Auskunft ergebenden Betrag an den Bundeshaushalt zu zahlen, beantragt der Kläger,

die Zurückverweisung an das Landgericht.

Die Beklagte beantragt,

1. die Berufung des Klägers zurückzuweisen,
2. auf die Anschlussberufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Kiel vom 27. Juli 2012 insoweit abzuändern und die Klage des Klägers insoweit abzuweisen, als die Beklagte verurteilt wird, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Verträgen über Mobilfunkdienstleistungen gegenüber Verbrauchern nachfolgende fettgedruckte oder inhaltsgleiche Klausel zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine solche Klausel zu berufen,

*5.5 Sollte der Kunde seine Einzugsermächtigung widerrufen, ersetzt er mobil-com debitel den höheren Aufwand. **Sonstige Aufwendungen, die vom Kunden zu vertreten sind, insbesondere die Bearbeitungskosten z. B. für Rücklastschriften, sonstige durch mangelnde Deckung des Kontos entstandenen Kosten, oder Kosten, die für die vom Kunden zu vertretende Überprüfung der Einrichtungen aufgrund von Störungsmeldungen oder Rechnungsbeanstandungen entstanden sind, sind vom Kunden zu erstatten.** Erfolgt eine Sperre des Anschlusses aus vom Kunden zu vertretenden Gründen, hat der Kunde die aus der Sperre resultierenden Kosten zu tragen. **Die in Rechnung gestellten Aufwände ergeben sich aus der***

gültigen Tarif- und Preisliste. Dem Kunden bleibt es jeweils vorbehalten, geringere Kosten nachzuweisen.

soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 14,95 € oder höher festgelegt ist.

Der Kläger beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, soweit die Klage abgewiesen worden ist. Der mit der Berufung weiterverfolgte Hauptantrag zu 1. a) sei aus den im ersten Rechtszug vorgetragenen Gründen rechtsmissbräuchlich und mangels ihrer Zustimmung zur Klagebeschränkung unzulässig.

Mit der Anschlussberufung verfolgt die Beklagte die Abweisung der Klage auch, soweit sie auf den Hilfsantrag zu 1. b) zur Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Ziff. 5.5 ihrer AGB verurteilt worden ist, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 14,95 € oder mehr festgelegt ist. Die Gesamtsumme der berücksichtigungsfähigen Schadenspositionen liege über einem Betrag von 14,95 €.

Die Darlegungs- und Beweislast habe der Kläger. Selbst wenn man die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast anders als sie beurteilen wolle, müsse sie nicht konkret zur Höhe des branchentypischen Durchschnittsschadens vortragen. Bei einer Prüfung der Vereinbarkeit einer AGB-Klausel mit § 309 Nr. 5a BGB sei der in den AGB festgesetzte Betrag mit dem Durchschnittsschaden zu vergleichen, der nach Schätzung eines informierten Beobachters in der betreffenden Branche normalerweise entstehe, wenn die Voraussetzungen, an die die Zahlungspflicht geknüpft sei, erfüllt seien. Die von dem Landgericht in seiner Eigenschaft als informierter

Beobachter vorgenommene Schätzung sei nicht zu beanstanden. Der Verwender müsse lediglich Tatsachen dartun und ggf. beweisen, aus denen sich das Gericht überzeugen könne, dass der Pauschalbetrag den branchenüblichen Durchschnittsschaden nicht wesentlich übersteige. Diesen Anforderungen sei sie nachgekommen. Sie habe sogar überobligatorisch ihre eigene Kostenkalkulation offengelegt.

Die Beklagte hält daran fest, dass die bei Vorliegen einer Rücklastschrift entstehenden Bankgebühren mindestens mit 8,11 € und nicht, wie vom Landgericht geschätzt, mit durchschnittlich 6 € anzusetzen seien. Dazu verweist sie einerseits darauf, dass sie den Vortrag des Klägers, dass sich die Kosten je nach Bank im Bereich von ca. 3 € bis 8,11 € pro Rücklastschrift bewegen, „unstreitig gestellt“ habe, hält andererseits aber daran fest, dass sie erstinstanzlich vorgetragen habe, dass ihr durch Rücklastschriften an eigenen und fremden Bankkosten Gebühren in Höhe von bis zu 8,75 € entstünden. Auch der Senat habe in seinem Urteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 – innerhalb der Prüfung, ob die dort geltend gemachte Rücklastschriftpauschale unwirksam sei, die von dem dortigen Kläger vorgetragenen zugunsten der dortigen Beklagten ebenfalls mit maximal 8,11 € zugestandenen Bankkosten ohne Weiteres in voller Höhe als zu berücksichtigende Schadensposition unterstellt. Zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung müssten deshalb auch vorliegend mindestens 8,11 € an Bankgebühren angesetzt werden. Die Argumentation der Berufung, dass sie Großkundenkonditionen eingeräumt bekomme, übersehe, dass sie auf die Wahl der Bankverhältnisse ihrer Kunden keinen Einfluss habe. Bei einer Rücklastschrift mangels Kontodeckung hafteten ihre Banken den jeweiligen Banken ihrer Kunden auf der Grundlage des Abkommens über den Lastschriftverkehr für jeden Schaden, der diesen durch unberechtigt eingereichte Lastschriften entstehe. Diesen Schaden reichten ihre Banken an sie weiter.

In dem Rechtsstreit 2 U 2/11 habe der Senat klargestellt, dass die Kosten für eine Information an den Kunden mit 1,50 € jedenfalls ausreichend

berücksichtigt seien. Dieser Betrag sei als branchentypischer Durchschnittsschaden zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung auch vorliegend anzusetzen.

Hinzu kämen die Personalkosten von 4,89 €, die anders als in dem vom BGH zu entscheidenden Germanwings-Fall in NJW 2009, 3570, bei dem es um Personalkosten von 40,15 € pro Rücklastschrift gegangen sei, erstattungsfähig seien. Anders als im vorgenannten Fall, wo die Kunden nur durch Kreditkarte oder Lastschrift bezahlen konnten, könnten vorliegend die Kunden die Einzugsermächtigung jederzeit widerrufen, wovon etliche Kunden auch Gebrauch gemacht hätten. Außerdem handele es sich bei den Mobilfunkverträgen jeweils um ein Dauerschuldverhältnis, weshalb die potentielle Gefahr des Vorliegens einer Rücklastschrift höher sei, als dies bei der Germanwings-Entscheidung der Fall gewesen sei. Da die klarmobil GmbH eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Beklagten sei, die ihre eingehenden Rücklastschriften von der Beklagten bearbeiten lasse, sei es entgegen der Auffassung der Berufung nicht überraschend, dass die klarmobil GmbH in dem Rechtsstreit 2 U 2/11 und die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit ihre Personalkosten jeweils in gleicher Höhe mit 4,89 € angesetzt hätten.

Nicht nachvollziehbar sei es, dass das Landgericht die ihr entstehenden Softwarekosten von 0,39 € pro Rücklastschrift vorliegend offenbar nur als Bestandteil der Personalkosten zugesprochen habe. Es handele sich um eine ausschließlich zur Bearbeitung von Rücklastschriften eingesetzte Software, weshalb diese Kosten neben den Personalkosten erstattungsfähig seien.

Hinzu kämen die vom Landgericht zutreffend mit 2,63 € angesetzten Refinanzierungskosten, weil eine vom Kunden zu vertretende Rücklastschrift immer zwangsläufig dazu führe, dass sie keine Einnahmen zu verbuchen habe, während sie ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern erfüllen müsse. Das habe mit einer wie auch immer gearteten Pauschalierung eines Zinsschadens nichts zu tun.

Selbst wenn man ihren erstinstanzlich vorgetragenen entgangenen Gewinn von 18,02 € einmal vollständig unberücksichtigt lasse, seien danach jedenfalls Positionen von insgesamt 17,72 € anzusetzen.

Der Klageerweiterung durch Erhebung der Stufenklage habe sie erstinstanzlich nicht zugestimmt, ohne dass das Landgericht sich damit auseinandergesetzt habe. In der Sache selbst könne ihr für § 10 Abs. 1 UWG erforderliches vorsätzliches Verhalten nicht ansatzweise vorgeworfen werden. Die Tenorierung des Beschlusses vom 29. September 2011 im einstweiligen Verfügungsverfahren sei zu unbestimmt und deshalb nicht vollstreckungsfähig gewesen. Mit der Reduzierung der Pauschale auf 14,95 € habe sie bewusst einen solchen Betrag gewählt, der niedrig genug erschien, um die Feststellung einer mit dem Verbotstenor über 20,95 € liegenden inhaltsgleichen Klausel im Vollstreckungsverfahren als unwahrscheinlich erscheinen zu lassen. Mit der späteren Reduzierung auf eine Pauschale von 10 € habe sie bereits einen Tag nach Zustellung des Urteils im einstweiligen Verfügungsverfahren reagiert, was ihr Bemühen, sich rechtstreu zu verhalten, dokumentiere. Aus der Abmahnung des Klägers könne auf ihren Vorsatz nicht geschlossen werden, weil dieser im einstweiligen Verfügungsverfahren und im Hauptsacheverfahren ständig seine Auffassung geändert habe, welche Pauschale angemessen sei. Seine Wankelmütigkeit habe darin gegipfelt, im einstweiligen Verfügungsverfahren mit Schriftsatz vom 6. Januar 2012 sogar auszuführen, dass er beantragen werde, die einstweilige Verfügung dahin abzuändern, dass ihr die Verwendung der streitgegenständlichen Klausel zu untersagen sei, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein anderer Betrag festgelegt werde, der 3 € übersteige. Ihr könne nicht zugemutet werden, jede noch so abstruse Vorstellung des Klägers unmittelbar in ihren Tarif- und Preislisten umzusetzen und den ihr daraus entstehenden Schaden in einem Folgeprozess gegenüber dem Kläger geltend zu machen.

In der Berufungsverhandlung vom 5. März 2013 hat die Beklagte die mit Schriftsatz des Klägers vom 21. Februar 2013 vorgetragene aktuellen

Rücklastschriftpauschalen anderer Mobilfunkanbieter mit Nichtwissen bestritten und den Vortrag des Klägers als verspätet gerügt.

Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 12. März 2013 vertritt die Beklagte die Auffassung, der Kläger sei mit seinem neuen Vortrag, wonach die im ersten Rechtszug als Anlagen B 2 – B 6 vorgelegten Preislisten anderer Mobilfunkanbieter nicht mehr aktuell seien und diese Mobilfunkanbieter derzeit lediglich Rücklastschriftpauschalen zwischen 6 € und 8,50 € verlangen würden, gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Abgesehen davon seien neue Angriffs- und Verteidigungsmittel auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO ohne Weiteres nur dann zuzulassen, wenn sie in der Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO) vorgebracht würden, was ebenfalls nicht der Fall sei. Anderenfalls sei die Zulassung zusätzlich gemäß § 530 i. V. mit § 296 Abs. 1 und 4 ZPO zu prüfen. Klarzustellen sei, dass zahlreiche Mobilfunkanbieter und weitere Telekommunikationsunternehmen aktuell nach wie vor eine Rücklastschriftpauschale von 9,50 € und höher pro Rücklastschrift geltend machten. So verlange Vodafone gemäß Internetauftritt vom 10. Januar 2013 eine Rücklastschriftpauschale von 15 €, Unitymedia gemäß der vorgelegten Preisliste, gültig ab 1. Juli 2012, 10 €, sky Deutschland 13 €, skyDSL Deutschland 20 € (für die letztgenannten beiden Anbieter sind keine Preislisten vorgelegt worden), telecolumbus gemäß der vorgelegten Preisliste (Stand: 01/2013) eine Rücklastschriftpauschale von 10 € und blau gemäß der ab dem 1. März 2013 gültigen Preisliste in Höhe von 9,50 €.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf die zwischen den Parteien in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze verwiesen.

B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet, die gemäß § 524 ZPO zulässige Anschlussberufung der Beklagten unbegründet.

I. Berufungsantrag zu 1.

1. Die Klage ist nicht unzulässig, weil der Kläger während des anhängigen Rechtsstreits seinen Klagantrag mit Schriftsatz vom 28. März 2012 umgestellt hat und er anstelle der ursprünglich beantragten Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein anderer Betrag festgelegt ist, der den Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge übersteigt, nunmehr primär die Unterlassung der Verwendung der besagten AGB beantragt, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 10 € oder höher festgelegt ist.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich insoweit nicht um eine Klagebeschränkung, die ihrer Zustimmung bedarf.

a) Es handelt sich nicht um eine Klageänderung nach § 263 ZPO, die wegen fehlender Einwilligung der Beklagten unzulässig wäre, sondern um eine Klageerweiterung, die mangels Änderung des Klagegrundes gemäß § 264 Nr. 2 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen ist. Der neue Klagantrag ersetzt den bisherigen Streitgegenstand nicht durch einen anderen, sondern modifiziert ihn nur quantitativ.

Der Kläger hat im Hauptsacheverfahren von Anfang an schon bei Einreichung der Klage die Auffassung vertreten, dass der Beklagten durch die Rücklastschrift ein Schaden unter 10 €, nämlich allenfalls von ca. 9 €, entstehe (Klagschrift Seite 9). Dazu hat er geltend gemacht, dass für Rücklastschriften Bankgebühren zwischen 3 € und max. 8,11 € anfielen, zu denen allenfalls noch die Portokosten für die Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen

der Lastschrift (0,55 €) und Materialaufwendungen für Papier, Briefumschlag und Druck für die Mitteilung (0,10 €) hinzu kämen. Weitere von der Beklagten angeführte Positionen seien nicht berücksichtigungsfähig. Dass er in seinem ursprünglichen Klagantrag in der Klagschrift entsprechend seinem damaligen Antrag und dem Beschlusstenor im einstweiligen Verfügungsverfahren auf Unterlassung der Verwendung der Klausel angetragen hat, soweit in der Preisliste ein Betrag von 20,95 € oder ein anderer Betrag festgelegt wird, der den üblichen Schaden übersteigt, beruhte ausschließlich darauf, dass die Beklagte die insoweit begehrte Unterlassungserklärung auch auf nochmalige Aufforderung des Klägers gemäß Schreiben vom 27. Oktober 2011 (Anlage K 15, Bl. 28 bis 29 d. A.) weiterhin nicht abgegeben hatte, auch nicht, nachdem sie auf die einstweilige Verfügung vom 29. September 2011 die Pauschale für Rücklastschriften spätestens ab dem 16. November 2011 auf 14,95 € reduziert hatte.

Der mit der Replik vom 13. Februar 2012 (Bl. 46 d. A.) nur *vorbehaltene* (noch nicht zum Zwecke der Klageerhebung konkret angekündigte) Antrag auf eine Erweiterung der Klage dahin, der Beklagten die Verwendung der Klausel zu untersagen, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein anderer Betrag festgelegt ist, *der 6 €* übersteigt, ist nicht rechtshängig geworden, weil der Kläger von diesem Erweiterungsvorbehalt keinen Gebrauch gemacht hat. Weder hat er in der Folgezeit einen Schriftsatz nach §§ 253 Abs. 2 Nr. 2, 261 Abs. 2 ZPO eingereicht, in dem er den bis dahin nur vorbehaltenen Antrag zum Zwecke der Klage unbedingt angekündigt hat, noch hat er den Antrag aus der Replik in der mündlichen Verhandlung gestellt (§ 261 Abs. 2 ZPO).

Vielmehr hat er mit dem der Beklagten förmlich zugestellten Schriftsatz vom 28. März 2012 (Bl. 57 d. A) im Hinblick auf die aktuell von der Beklagten verwendete Preisliste mit einer Rücklastschriftpauschale von 10 € nunmehr primär die Unterlassung der Verwendung der Klausel beantragt, soweit in der Preisliste eine Rücklastschriftpauschale von 10 € oder höher festgelegt ist, und

dazu – ohne Änderung des Klagegrundes – weiterhin geltend gemacht, dass bei der Bemessung der Pauschale nur die Bankgebühren und Benachrichtigungskosten berücksichtigungsfähig seien. Das stellt gegenüber dem Ausgangsantrag vom 17. November 2011 keine Klagebeschränkung dar, sondern – wenn man darin nicht nur eine Konkretisierung des bis dahin unbestimmten Antrags („oder ein anderer Betrag, der den Schaden übersteigt (...)“ sehen wollte - eine Klageerweiterung.

Dabei ist es ersichtlich unerheblich, dass der Betrag von 10 € nominal unter dem Betrag von 20,95 € liegt, weil Gegenstand des Klagantrags zu 1. keine Zahlungsklage ist, bei der ein Zahlungsantrag von 10 € ein Minus gegenüber einem Zahlungsantrag von 20,95 € wäre. Vielmehr geht es um die Unterlassung der Verwendung der streitbefangenen Geschäftsbedingung, soweit in der aktuellen Preisliste eine Rücklastschriftpauschale von 10 € begehrt wird. Das stellt gegenüber dem Unterlassungsbegehren einer solchen Pauschale von 20,95 € aus der maßgeblichen Sicht der Verbraucher, deren Interessen der Kläger wahrnimmt, ein Mehr da, weil es verbraucherfreundlicher ist, wenn die Beklagte nicht nur die Verwendung der Klausel bei einer Schadenspauschale von 20,95 €, sondern sogar bei einer Pauschale von 10 € unterlassen muss, weil der Verbraucher im letztgenannten Fall noch weniger belastet wird, die wirtschaftliche Einbuße auf Seiten der Beklagten aber höher ist.

Im Übrigen kommt es auf den Streit der Parteien, ob eine Klagebeschränkung oder eine Klageerweiterung vorliegt, in diesem Zusammenhang ohnehin nicht an, weil auch eine Beschränkung des Klagantrags in der Hauptsache gemäß § 264 Nr. 2 ZPO nicht als eine Änderung der Klage anzusehen ist und deshalb nicht der Einwilligung der Beklagten gemäß § 263 ZPO bedarf.

Selbst wenn man im Hinblick auf die seitens der Beklagten erfolgte Reduzierung der Rücklastschriftpauschale in der aktuellen Preisliste auf 10 € den in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gestellten Antrag gemäß Schriftsatz vom 28. März 2012 als eine Änderung des Klagegrundes und damit als Klageänderung ansehen wollte, wäre diese jedenfalls gemäß

§ 263 ZPO sachdienlich, weil durch die Zulassung der geänderten Klage die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte zu den berücksichtigungsfähigen Schadenspositionen bei einer Rücklastschriftpauschale erledigt werden können und dadurch ein weiterer Prozess im Hinblick auf die aktuelle Preisliste vermieden werden kann. Auch entspricht es dem Verbraucherschutz, dass die Rechtmäßigkeit der beanstandeten Klausel in Ansehung der aktuellen Preisliste mit einer Rücklastschriftpauschale von 10 € so schnell wie möglich geklärt wird.

b) Da eine Klageerweiterung und keine Klagebeschränkung vorliegt, bedarf die Umstellung des Klagantrags auch nicht als teilweise Klagerücknahme der Zustimmung der Beklagten, wie diese unter Hinweis auf Zöller/Greger, § 264 Rn. 4a, geltend macht.

Gemäß § 269 ZPO kann die Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen worden. Der Kläger hat den Ausgangsantrag indes umgestellt, weil er mit dem Hauptantrag zu 1. a) – wie ausgeführt - sogar ein Mehr im Interesse der Verbraucher begehrt. Für den Fall des Unterliegens mit dem Hauptantrag und dem zu 1. b) gestellten Hilfsantrag verfolgt er im wirtschaftlichen Ergebnis den bei Klageerhebung gestellten Antrag als weiteren Hilfsantrag zu 1. c) weiter. Überdies ist die Antragsumstellung in einem vorbereitenden förmlich zugestellten Schriftsatz erfolgt, noch bevor die Beklagte mündlich zur Klage verhandelt hat, so dass § 269 ZPO auch aus diesem Grunde nicht eingreifen kann.

c) Die Klage ist nicht entsprechend § 242 BGB rechtsmissbräuchlich, weil der Kläger nunmehr die Untersagung der Klausel begehrt, soweit in der Preisliste eine Rücklastschriftpauschale von 10 € oder höher festgelegt ist, während er sich im Widerspruchsverfahren des einstweiligen Verfügungsverfahrens mit seinem zuletzt gestellten Antrag gegen die Verwendung der Klausel nur gewendet hat, soweit die Rücklastschriftpauschale auf einen 10 € übersteigenden Betrag

festgelegt ist, er im Hauptsacheverfahren also nunmehr einen um 1 Cent erweiterten Antrag gestellt hat.

Der Kläger hat gegenüber der Beklagten zu jeder Zeit zum Ausdruck gebracht, dass er der Auffassung ist, dass der durch eine Rücklastschrift entstehende Schaden deutlich unter 10 € liegt. Bereits in der ersten Abmahnung vom 15. September 2011, zu einer Zeit, als in der Preisliste noch ein Betrag von 20,95 € eingestellt war, hat er geltend gemacht, dass die Beklagte einen Schaden nur in Höhe der anfallenden Bankgebühren habe, die einen Betrag zwischen 3 und 7 € nicht überschreiten dürften. Im Widerspruchsverfahren hat er mit Schriftsatz vom 6. Januar 2012 (Bl. 67 BA) mit Nichtwissen bestritten, dass der Beklagten pro Lastschrift höhere Bankgebühren als 3 € anfallen, und damit korrespondierend beantragt, der Beklagten die Verwendung der streitgegenständlichen Klausel zu untersagen, soweit in der Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein Betrag von mehr als 3 € festgelegt ist. Bei Einreichung der Klage in der Hauptsache am 17. November 2011, mit der er den noch unbestimmt formulierten Antrag aus dem einstweiligen Verfügungsverfahren zu einem Zeitpunkt gestellt hat, als das Widerspruchsverfahren noch nicht anhängig und die Unbestimmtheit des Antrags noch nicht Gegenstand rechtlicher Erörterung war, hat er ebenfalls nur die Bankkosten und ggf. noch Benachrichtigungskosten für erstattungsfähig angesehen und ausgeführt, dass der zu erwartende Schaden allenfalls ca. 9 € betrage. Soweit er in der mündlichen Verhandlung im Widerspruchsverfahren nach Erörterung der Sach- und Rechtslage letztlich den Betrag von 3 € auf einen über 10 € liegenden Betrag angepasst hat, war dies offensichtlich dem Umstand geschuldet, dass in dem nur auf summarische Prüfung angelegten einstweiligen Verfügungsverfahren der Sachverhalt nicht abschließend geklärt werden konnte. Dass ein Gläubiger, der seinen Anspruch mit präsenten Beweismitteln im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht vollständig glaubhaft machen kann, seinen Antrag nach Erörterung der Sach- und Rechtslage so anpasst, dass er jedenfalls für einen Teil seines Anspruchs einen schnellen

Vollstreckungstitel erlangt, ist der Art des Verfügungsverfahrens als Eilverfahren geschuldet.

Die Beklagte durfte angesichts des zwischen den Parteien geführten Schriftwechsels aufgrund der Antragstellung im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht darauf vertrauen, dass für den Fall, dass sie die Rücklastschriftpauschale in ihrer Preisliste nur um einen Cent niedriger ansetzte, als ihr auf Antrag des Klägers durch Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren untersagt worden war, der Kläger, der als Verbraucherschutzverein die Interessen der Verbraucher zu vertreten hat, seine durchgehend vertretene Rechtsauffassung, dass ihr Schaden deutlich unter 10 € liege, im Hauptsacheverfahren nicht weiterverfolgen werde.

Dies gilt umso mehr, als die Klage in der Hauptsache, in der der Kläger einen Betrag von 9 € als äußersten Schadensbetrag in der Begründung genannt hatte, bei Zustellung des Urteils im einstweiligen Verfügungsverfahren am 23. Januar 2012 und Herabsetzung der Pauschale auf 10 € am 24. Januar 2012 längst rechtshängig war. Der Kläger hatte aber im Hauptsacheverfahren zu keinem Zeitpunkt Veranlassung zu der Annahme gegeben, dass er seinen Tatsachenvortrag in der Klagschrift, wonach die berücksichtigungsfähigen Schadenspositionen einen Betrag von unter 10 €, nämlich äußerstenfalls 9 € ergeben, fallen lassen wollte.

2. Dem Kläger steht der mit dem Berufungsantrag zu 1. geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 UKlaG zu.

2.1. Der Kläger ist gemäß § 3 Nr. 1 UKlaG anspruchsberechtigt, weil er als qualifizierte Einrichtung gemäß § 4 Abs. 1 UKlaG in der beim Bundesamt für Justiz geführten Liste eingetragen ist.

2.2. Gemäß § 1 UKlaG kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach den §§ 307 bis 309 BGB unwirksam sind.

2.2.1. Bei der streitgegenständlichen Klausel in Ziff. 5.5 handelt es sich um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 BGB. Das gilt gleichermaßen für die in der Preisliste der Beklagten unter „Zahlungsverkehr“ aufgeführte Bestimmung „Rücklastschrift (die vom Kunden zu vertreten ist) € 10“. Das Preisverzeichnis wird durch die Bezugnahme in Nr. 5.5 S. 2 der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Mobilfunkdienstleistungen“ selbst zur Vertragsbedingung (vgl. BGHZ 137, 27 = juris Rn. 23).

Bei den streitgegenständlichen Klauseln handelt es sich nicht um kontrollfreie Preisvereinbarungen. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB sind Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die weder von Rechtsvorschriften abweichen noch diese ergänzen, einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308, 309 BGB entzogen. Da die Vertragsparteien nach dem im Bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Privatautonomie Leistung und Gegenleistung frei bestimmen können, sind Klauseln, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistungspflicht und die dafür zu zahlende Vergütung unmittelbar bestimmen, kontrollfrei (BGH NJW 2002, 2386). Neben den Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistungen sind auch solche Klauseln nicht kontrollfähig, die das Entgelt für eine zusätzlich angebotene Sonderleistung festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen (BGH NJW 2002, 2386). Hingegen stellen Bestimmungen, die kein Entgelt für auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbrachte Sonderleistungen vorsehen, sondern Aufwendungen für die Erfüllung gesetzlich begründeter eigener Pflichten des Verwenders oder für Zwecke des Verwenders auf den Kunden abwälzen, eine kontrollfähige Abweichung von Rechtsvorschriften dar (BGH NJW 2009, 3570; BGH NJW 2012, 2337).

Die bloße Einstellung einer Klausel in ein Regelwerk, das – wie hier – Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt, führt noch nicht dazu, dass die einzelne Klausel als unselbstständiger Bestandteil einer „Gesamtpreisabsprache“ jeder Kontrolle entzogen ist (BGH NJW 2002, 2386).

Vielmehr sind die streitigen Klauseln ohne Rücksicht auf die Preisstruktur insgesamt und die Beschaffenheit der sonstigen Einzelpreise daraufhin zu überprüfen, ob ihnen echte (Gegen-)Leistungen zugrunde liegen oder ob es sich um – zumeist (etwas missverständlich) als Preisnebenabreden bezeichnete – Abreden handelt, die zwar (mittelbare) Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (BGH NJW 2002, 2386).

Ausgehend von diesen Rechtsprechungsgrundsätzen handelt es sich bei der streitgegenständlichen Klausel unzweifelhaft um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die der Inhaltskontrolle unterliegen, und nicht um kontrollfreie Preisabsprachen. Die Beklagte erbringt im Falle der Bearbeitung einer Rücklastschrift keine Leistung für den Kunden, sondern handelt im eigenen Interesse bzw. muss ihrerseits eine Zahlung an eine Bank leisten (Senatsurteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 -, juris). Der Sache nach erhebt sie für Rücklastschriften Schadensersatz in Gestalt von Pauschalen. Sie hat sich im Rechtsstreit deshalb zu Recht auch nicht darauf berufen, die streitgegenständliche Klausel sei eine kontrollfreie Entgeltabrede.

2.2.2. Die streitgegenständliche Klausel ist unwirksam, soweit die Beklagte in ihren Tarif- und Preislisten eine Rücklastschriftpauschale von 10 € oder höher festgelegt hat.

Gemäß § 309 Nr. 5a BGB ist die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Maßgeblich für den gewöhnlich zu erwartenden Schaden ist im Wege der generalisierenden, abstrahierenden Betrachtungsweise der branchentypische Durchschnittsschaden (BGH NJW 1977, 381 = juris Rn. 26; BGH NJW 1982, 331 = juris Rn. 21; BGH NJW 2010, 2122, 2124 Tz. 22; Berger in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 7. Aufl., § 309 28; Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., § 309 Rn. 48; MüKo-Wurmnest, BGB, 6. Aufl., § 309 Nr. 5 Rn. 16; Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 5a Rn. 15;

Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 26; a. A. Lapp/Salomon, jurisPK, 5. Aufl., § 309 Rn. 54 f., 57: der typischerweise zu erwarten sei, ohne dass es dabei auf die jeweilige Branche ankomme). Konkrete Eigenheiten des Verwenders bzw. der Einzelfall sind nach allgemeiner Auffassung nicht maßgeblich (Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 11 Nr. 5 Rn. 15; Lapp/Salomon, a. a. O., § 309 Rn. 54).

a) Wen im Rahmen des § 309 Nr. 5 BGB in welchem Umfang die Darlegungs- und Beweislast trifft, ist umstritten. Der BGH hat die Auffassung vertreten, der die Schadenspauschale geltend machende Verwender müsse die Tatsachen vortragen, die die Feststellung erlaubten, dass die Schadenspauschale an einer durchschnittlichen Einbuße orientiert ist (BGHZ 67, 312 = NJW 1977, 381 = juris Rn. 18, 20 ff., 26). Er hat dies damit begründet, dass nach der gesetzlichen Regel grundsätzlich der Geschädigte Art und Umfang des erlittenen Schadens – konkret oder abstrakt berechnet – dazulegen und zu beweisen hat (§§ 249, 252 BGB). In dem Umfang, in dem eine Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig sei, bringe sie dem AGB-Verwender den Vorteil einer Beweiserleichterung. Sie führe indes nicht zur vollen Beweisbelastung des Schädigers, denn das würde ihn in eine praktisch aussichtslose Beweislage drängen (BGH NJW 1977, 381 = juris Rn. 18). Die Entscheidung ist zwar noch vor Inkrafttreten des seinerzeit schon verabschiedeten, aber noch nicht verkündeten AGB-Gesetzes ergangenen, deren § 11 Nr. 5a AGBG dem heutigen § 309 Nr. 5a BGB entspricht. Sie enthält indes bereits Ausführungen dazu, dass § 11 Nr. 5 AGBG (jetzt § 309 Nr. 5a BGB) materiell den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entspricht und sich aus den Gesetzesmaterialien keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass damit die Darlegungs- und Beweislast zum Nachteil des Vertragspartners eines AGB-Verwenders geändert werden solle (BGH NJW 1977, 381 = juris Rn. 19).

Dass der Verwender im Rahmen des § 309 Nr. 5a BGB nachweisen muss, dass seine Pauschale dem (branchen-)typischen Schadensumfang entspricht,

während nach § 309 Nr. 5b BGB dem Kunden ausdrücklich der Gegenbeweis gestattet werden muss, im konkreten Fall sei ein Schaden gar nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale, entspricht auch der heute ganz herrschenden Auffassung (Brandenburgisches OLG MDR 2012, 391; MüKo-Wurmnest, a. a. O., § 309 Rn. 16 und 24; Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 309 Rn. 29 f.; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger, a. a. O., § 309 Rn. 28 und 30; Erman/Roloff, a. a. O., § 309 Rn. 48 f.; Lapp/Salamon, jurisPK, a. a. O., § 309 Rn. 57 und 61; Jauernig/Stadtler, BGB, 14. Aufl., § 309 Rn. 6; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB, Neubearb. 2006, § 309 Nr. 5 Rn. 18; offengelassen BGH NJW 1982, 331; BGH NJW-RR 2000, 719).

Nach anderer Ansicht hat für den Unwirksamkeitsgrund der generell überhöhten Pauschale derjenige die Beweislast, der sich auf die Unwirksamkeit der Pauschale beruft, also regelmäßig der Verbraucher (Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., § Rn. 16; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., § 11 Nr. 5 Rn. 20).

b) Der Senat schließt sich der herrschenden Meinung an. Nach den gesetzgeberischen Absichten sollte der Verwender darlegen und beweisen, dass die Pauschale im Rahmen des gewöhnlich zu erwartenden Schadens liegt. Eine Umkehr der Beweislast sollte § 309 Nr. 5 BGB nicht bewirken (BT-Drucks. 7/3919 S. 30). Wollte man dem Kunden die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, von denen die Angemessenheit der Pauschale abhängt, auferlegen, so würde er dadurch in eine praktisch aussichtslose Beweislast gedrängt, weil er in der Regel auch nicht ansatzweise die ganz in der Sphäre des Verwenders liegenden Kalkulationsprinzipien und -faktoren kennen kann, von denen es abhängt, ob der Pauschalbetrag hinreichend eng an dem erfahrungsmäßig eintretenden Durchschnittsschaden angelehnt ist oder nicht (Wurmnest, MüKo, a. a. O., 309 Rn. 16). Die Schadenspauschale behält ihren Sinn als wesentliche Beweiserleichterung auch bei einer Darlegungs- und Beweislast des Verwenders, weil der Verwender im Rahmen des § 309 Nr. 5a BGB nicht zu seinem konkreten Schaden, sondern lediglich prüfungsfähige

Tatsachen vortragen und beweisen muss, die die richterliche Feststellung erlauben, dass die Pauschale sich am durchschnittlichen, branchentypischen Schaden orientiert. Eine Offenlegung der innerbetrieblichen Kalkulation im konkreten Fall ist nicht erforderlich (ebenso Erman/Roloff, a. a. O., § 309 Rn. 48; Wurmnest, MüKo, a. a. O., § 309 Rn. 16; BGH NJW 1977, 381 = juris Rn. 26 zum alten Recht). So kann sich ein branchenüblicher Gewinn etwa aus einer tragfähigen Statistik eines Berufs- oder Unternehmensverbandes ergeben (Wurmnest, MüKo, a. a. O., § 309 Rn. 16). Es kann in geeigneten Fällen zum branchenüblichen Schaden auch auf eine Auskunft, etwa der IHK oder Handwerkskammer, Bezug genommen werden (Erman/Roloff, a. a. O.).

c) Selbst auf der Grundlage der Gegenansicht, die dem Vertragspartner des Verwenders die Beweislast dafür auferlegt, dass die Pauschale gemessen am branchentypischen Schaden nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge übersetzt ist, ist jedenfalls dann, wenn die Schadenspauschale ungewöhnlich hoch ist, das Vorbringen des Klauselverwenders nur schlüssig, wenn er die Angemessenheit der Pauschale darlegt (BGH NJW-RR 2000, 719; Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, a. a. O., § 11 Nr. 5 Rn. 22). Das wird beispielsweise schon angenommen, wenn die Pauschale die in der Rechtsprechung als überwiegend angemessen angesehenen Beträge deutlich übersteigt (vgl. dazu BGH NJW-RR 2000, 719) oder wenn der Kunde auf niedrigere Pauschalen anderer Verwender derselben Branche verweisen kann (Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, a. a. O., § 309 Rn. 17).

So liegt der Sachverhalt. Die in den jeweiligen Preislisten der Beklagten festgelegte Pauschale bei einer vom Kunden zu vertretenden Rücklastschrift ist ungewöhnlich hoch.

aa) Das gilt zunächst für die ursprünglich festgelegte Pauschale von 20,95 €, die seinerzeit die Pauschalen sämtlicher Konkurrenten der Beklagten überstieg (12 € bei 1 & 1, 15 € bei simyo GmbH, 15 € bei Fonice, 18,49 € Telco/ Drillisch-Gruppe, 19 € bei O₂).

In der bisherigen Rechtsprechung der Obergerichte sind bislang in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Mobilfunkanbietern bestimmte Pauschalen für Rücklastschriften durchweg schon bei niedrigeren Beträgen als der von der Beklagten zunächst bestimmten Pauschale von 20,95 € als unwirksam gemäß § 309 Nr. 5 a BGB angesehen worden, so zum Beispiel Pauschalen von 15 € (OLG Brandenburg MDR 2012, 291) und 19,90 € (Senatsurteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 – juris, gegen klarmobil). In AGB eines Providers für Webhosting-Verträge, die branchenähnlich zu Mobilfunkverträgen sind, ist eine Pauschale von 9,60 € pro Lastschrift als unwirksam nach § 309 Nr. 5 a BGB angesehen worden (OLG Koblenz, Urteil vom 30. September 2010 – 2 U 1388/09 – juris).

In der landgerichtlichen Rechtsprechung sind Rücklastschriftpauschalen als gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam angesehen worden in Höhe von 12 € (LG Koblenz, Urteil vom 28. Januar 2013 - 5 O 150/12 – gegen 1 & 1, Bl. 258 ff. d. A.), 14,95 € bzw. 13,95 € (vom Kläger unwidersprochen angeführte Urteile des LG Hamburg vom 16. Oktober 2012 - 312 O 531/12 - und vom 8. Januar 2013 - 312 O 575/12 - gegen klarmobil) oder 19 € (LG München I, Urteil vom 17. Januar 2013 – 12 O 7943/12 – gegen O₂, Bl. 251 ff. d. A.).

Die von der Beklagten ursprünglich bestimmte Pauschale von 20,95 € übersteigt sämtliche dieser Pauschalen und ist sogar mehr als doppelt so hoch wie die vom OLG Koblenz als unwirksam angesehene Pauschale. Sie ist in dem Rechtsstreit 2 U 3/12, den ein anderer Verbraucherverein gegen die Beklagte geführt hatte, von dem Senat bereits als übersetzt angesehen worden, was letztlich zur Rücknahme der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Kiel vom 16. März 2012 – 5 O 229/11 geführt hat, mit dem sie u. a. verurteilt worden ist, in ihren AGB für Mobilfunkverträge keine Rücklastschriftpauschale von 20,95 € zu verwenden.

bb) Auch die derzeit in der Tarif- und Preisliste festgelegte Pauschale von 10 € ist im Vergleich zu den aktuellen Pauschalen für Rücklastschriften, die andere große Mobilfunkanbieter erheben, noch immer ungewöhnlich hoch. Wie der

Kläger vorgetragen hat, haben die Mobilfunkunternehmen, auf die die Beklagte sich im ersten Rechtszug mit den Anlagen B2 bis B6 bezogen hat, ihre Pauschalen zwischenzeitlich gesenkt und verlangen aktuell nur noch deutlich niedrigere Rücklastschriftpauschalen als die Beklagte, nämlich Telco (Drillisch Gruppe) 6 €, O₂ 7,50 €, Fonio 7,50 € und Simyo 8,50 €, im Schnitt mithin nur 7,37 €. 1 & 1 verlangt zwar noch 12 €, ist zur Unterlassung der Verwendung einer Preisliste mit einer solchen Pauschale allerdings bereits durch noch nicht rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Koblenz vom 28. Januar 2013 verurteilt worden. Die Pauschale der Beklagten übersteigt die von den vier erstgenannten Mobilfunkkonkurrenten gewählte Pauschale danach im Schnitt um 35,68 %. Das legt es nahe, dass ihre Pauschale über dem branchentypischen Schaden liegt, der durch eine Rücklastschrift entsteht.

Der Kläger ist mit dem neuen Vortrag nicht gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 1 ZPO ausgeschlossen, weil es nicht auf einer Nachlässigkeit beruht, dass er diese Pauschalen konkurrierender Mobilfunkanbieter nicht schon im ersten Rechtszug vorgetragen hat. Bei Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz am 27. Juni 2012 entsprachen die von der Beklagten als Anlagen B2 bis B6 zum Schriftsatz vom 8. Mai 2012 vorgelegten Preislisten (Bl. 101 bis 110 d. A.) dem damaligen Stand, wie sich aus den Daten der vorgelegten Preislisten ergibt (bzgl. O₂ und simyo GmbH jeweils Mai 2012, 1 & 1 November 2011, Telco März 2011). Im Berufungsverfahren sind diese Preislisten aber seit dem Jahre 2013 nicht mehr aktuell. Dazu musste der Senat keine Glaubhaftmachung vom Kläger verlangen, weil dies offenkundig im Sinne des § 291 ZPO ist, nämlich ohne besondere Fachkunde durch Informationen aus allgemein zugänglichen zuverlässigen Quellen, nämlich den im Internet auf den Seiten der jeweiligen Mobilfunkanbieter veröffentlichten Preislisten, feststellbar ist (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 291 Rn. 1).

Ohne Erfolg hat die Beklagte die vom Kläger vorgetragene aktuellen Preise der genannten Mobilfunkanbieter in der Berufungsverhandlung mit Nichtwissen bestritten. Nach § 138 Abs. 4 ZPO ist eine Erklärung mit Nichtwissen nur über

Tatsachen zulässig, die weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Den Handlungen und Wahrnehmungen der Partei stehen die ihrer gesetzlichen Vertreter gleich (BGH NJW 1999, 53 m. w. N.). Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof eine Erkundigungspflicht der Partei angenommen, wenn die maßgebenden Tatsachen Personen bekannt sind, die unter ihrer Anleitung, Aufsicht oder Verantwortung tätig geworden sind (BGH NJW-RR 2009, 1666; BGH NJW 1999, 53; ebenso OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 9. Juni 1999 – 12 U 44/99 -, juris). Der Inhaber eines Großunternehmens muss sich etwa bei seinen Fachabteilungen kundig machen (vgl. zum Ganzen Zöller/Greger, a. a. O., § 138 Rn. 16).

Angesichts des harten Preiskampfes zur Optimierung des eigenen Marktanteils in der Mobilfunkbranche kann es als sicher zugrunde gelegt werden, dass bei einem Großunternehmen mit Milliardenumsatz, wie es die Beklagte ist, die Fachabteilung, die für die Preisbildung und die Festlegung der Tarife und Preise in den jeweils gültigen Preislisten zuständig ist, die Preisgestaltung der größeren konkurrierenden Unternehmen ständig genau beobachtet und nach dem Jahreswechsel deren Preislisten, die für jedermann im Internet zugänglich sind, abrufen und zur Kenntnis nimmt, um erforderlichenfalls die eigenen Preise und Pauschalen anpassen zu können, um nicht Marktanteile zu verlieren. Alles andere wäre lebensfremd. Unter diesen Umständen ist ein Bestreiten mit Nichtwissen unzulässig. Von der Beklagten konnte erwartet werden, dass sie sich nach Zugang des Schriftsatzes des Klägers vom 21. Februar 2013 in ihrer zuständigen Fachabteilung, die mit der Beobachtung der Preise der Konkurrenz beauftragt war, nach den aktuellen Preislisten der genannten Unternehmen erkundigte, wenn sie sich nicht der Mühe unterziehen wollte, diese jedermann zugänglichen Preislisten kurzerhand im Internet selbst aufzurufen. Das Bestreiten der Beklagten ist daher unerheblich und nicht zu berücksichtigen.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz vom 12. März 2013 (§ 296a ZPO) gibt dem Senat keine Veranlassung zur Wiederöffnung der verfahrensfehlerfrei

geschlossenen mündlichen Verhandlung zu diesem Komplex. Soweit die Beklagte darin unter Vorlage von Preislisten klargestellt hat, dass es zahlreiche Mobilfunkanbieter und weitere Telekommunikationsunternehmen gibt, die aktuell eine Rücklastschriftpauschale von 9,50 € und höher geltend machen, nämlich skyDSL Deutschland von 20 €, Vodafone 15 €, sky Deutschland 13 €, Unitymedia und telecolumbus von jeweils 10 € und blau von 9,50 €, legt dies im Umkehrschluss nahe, dass die Beklagte bei ihren Erkundigungen zwischenzeitlich die Richtigkeit des Vortrags des Klägers zu den von ihm benannten Mobilfunkunternehmen bestätigt gefunden hat. Denn es kann davon ausgegangen werden, dass sie anderenfalls solche Preislisten, aus denen sich höhere Preise, als vom Kläger vorgetragen, ergeben, vorgelegt hätte.

Ist danach im Berufungsverfahren zugrunde zu legen, dass die im ersten Rechtszug von der Beklagten eingeführten Preislisten nicht mehr aktuell sind und derzeit Telco (Drillisch Gruppe) eine Rücklastschriftpauschale nur noch von 6 €, O₂ von 7,50 €, Fonio von 7,50 € und simyo von 8,50 € festgelegt haben, hat die Beklagte auch auf der Grundlage der in der Literatur vertretenen Mindermeinung zur Beweislast schlüssig darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Pauschale dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden branchentypischen Schaden entspricht.

Dass es noch andere Unternehmen gibt, die wie die Beklagte ebenfalls eine Rücklastschriftpauschale von 10 € festgelegt haben, ist dabei unerheblich, weil die niedrigeren Preise der vorgenannten Konkurrenten es als naheliegend erscheinen lassen, dass der Betrag von 10 € nicht dem branchentypischen Schaden entspricht.

Erst recht ist es für die Frage der Beweislast ohne Belang, dass es nach dem Vortrag im nicht nachgelassenen Schriftsatz sogar Konkurrenten gibt, die aktuell noch immer höhere Rücklastschriftpauschalen von 13 €, 15 € oder sogar 20 € nehmen. Da Rücklastschriftpauschalen in derartiger Höhe, wie zu aa) ausgeführt, von der Rechtsprechung durchweg als gemäß § 309 Nr. 5a

BGB unwirksam angesehen worden sind, kann sich daraus für die Frage der Beweislast nichts der Beklagten Günstiges ergeben.

dd) Die danach darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat nicht schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt, dass die Rücklastschriftpauschale von 10 € bzw. in der Vergangenheit von 14,95 € und 20,95 € dem branchentypischen Schaden entspricht, der durch eine Rücklastschrift entsteht.

Zwar besteht dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch gegen den Kunden für den Fall, dass trotz getroffener Lastschriftabrede eine Rücklastschrift erfolgt und der Kunde diese zu vertreten hat. Ein solcher Anspruch folgt aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Schuldner hat nach einer getroffenen Lastschriftabrede für die Einlösung einer ordnungsgemäß eingereichten Lastschrift zu sorgen (BGH NJW 2009, 3570). Verletzt er diese Pflicht, etwa, indem er keine ausreichende Deckung auf seinem Konto vorhält, kann der Gläubiger den ihm hieraus entstandenen Schaden ersetzt verlangen (BGH NJW 2009, 3570).

Die Beklagte hat aber bereits nicht dargelegt und unter Beweis gestellt, welcher Schaden Großkunden wie Mobilfunkanbietern durch eine Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge überhaupt entsteht. Sie argumentiert bei allen Schadensposten, die sie anführt, stets nur mit ihren eigenen Kosten. Auf die besonderen Verhältnisse ihres Betriebs kommt es indes bei der anzustellenden generalisierenden, abstrahierenden Betrachtungsweise des branchentypischen Durchschnittsschadens eines Mobilfunkanbieters, wie ausgeführt, nicht an.

Selbst bei einer Betrachtung der konkreten Verhältnisse im Betrieb der Beklagten, hat die Beklagte nicht schlüssig dargelegt, dass die Pauschale ihrem durchschnittlichen Schaden entspricht, weil ihre Kalkulation verschiedene Positionen enthält, die nicht erstattungsfähig sind und die verbleibenden Positionen den geltend gemachten Betrag von 10 € und erst recht nicht die in

der Vergangenheit festgesetzten Pauschalen von 14,95 € und 20,95 € erreichen. Im Einzelnen:

aa) Bankgebühren:

Bei einer Lastschrift sind zwei Banken beteiligt, nämlich die kontoführende Bank des Gläubigers (Zahlungsempfängers) als Inkassostelle und das kontoführende Institut des Schuldners (Zahlungspflichtigen) als Zahlstelle. Eine nicht eingelöste Lastschrift wird nach einem im Lastschriftabkommen definierten Verfahren zwischen den Banken zurückgerechnet, wobei Bankgebühren anfallen. Das sind die Gebühren, die das kontoführende Institut des zahlungspflichtigen Kunden der kontoführenden Bank des Gläubigers in Rechnung stellt, die sie an ihn weitergibt, und deren eigene dem Gläubiger in Rechnung gestellten Gebühren.

Welche Bankkosten bei der anzustellenden generalisierenden Betrachtung durch eine Rücklastschrift typischerweise bei einem Großkunden wie einem Mobilfunkanbieter anfallen, haben beide Parteien nicht vorgetragen, obgleich diese Informationen zu beschaffen wären, beispielsweise durch eine Auskunft des Bankenverbandes.

Beide Parteien tragen jeweils nur zu den angeblichen konkreten Kosten der Beklagten vor. Der Kläger behauptet insoweit einerseits, dass Banken nach ihren Preistafeln üblicherweise für eine nicht einlösbare oder vom Zahlungspflichtigen stornierte Lastschrift Gebühren zwischen ca. 3 € und 8,11 € berechnen, bestreitet aber mit Nichtwissen, dass der Beklagten pro Rücklastschrift höhere Kosten als 3 € anfallen, weil sie sich für das Lastschriftverfahren für die günstigste Bank entschieden haben könne oder ihr von ihren Hausbanken günstige Großkundenkonditionen eingeräumt worden sein könnten. Die Beklagte hat sich den Vortrag des Klägers, dass die Konditionen der Commerzbank AG, Deutschen Bank AG und der Berliner Sparkasse im Bereich zwischen ca. 3 bis 8,11 € liegen, zu Eigen gemacht, behauptet andererseits aber, dass sie an eigenen und fremden Bankkosten

Gebühren in Höhe von teilweise bis zu 8,75 € pro Rücklastschrift zu tragen habe.

Auf die besonderen Verhältnisse des Betriebes der Beklagten kommt es bei der anzustellenden generalisierenden, abstrahierenden Betrachtungsweise des gewöhnlich zu erwartenden branchentypische Durchschnittsschadens aber, wie ausgeführt, gerade nicht an. Schon gar nicht kann dabei mit dem Maximalbetrag von 8,11 € gerechnet werden, den die Deutsche Bank AG nach ihren Geschäftsbedingungen für Rücklastschriften normalerweise berechnet (wenn auch wohl nicht zwingend Großkunden wie der Beklagten) oder mit angeblichen Bankgebühren von bis zu 8,75 €, die die Beklagte im Einzelfall an fremden und eigenen Bankkosten für eine Rücklastschrift bezahlt, ohne dass die entsprechende Bank, bei der Kosten in dieser Höhe angeblich entstehen, namhaft gemacht worden wäre, weil es auf ein sog. worst-case-Szenario bei der Bemessung der Pauschale nicht ankommt (OLG Hamm WM 2008, 1217).

Das Fehlen des Vortrags zum branchentypischen Schaden geht zu Lasten der insoweit darlegungspflichtigen Beklagten.

Äußerstenfalls kann deshalb vorliegend der Betrag angesetzt werden, der sich als gerundeter linearer Durchschnittswert errechnet, ausgehend von dem zwischen den Parteien unstreitigen Mindestgebühren von 3 € und den von der Beklagten behaupteten Gebühren von bis zu 8,75 € ($3 \text{ €} + 8,75 \text{ €} = 11,75 \text{ €} : 2 = 5,87 \text{ €}$). Der streitigen Frage, ob der Beklagten oder anderen Mobilfunkdienstleistern von ihren Banken überhaupt über das Internetbankentgelt von 3 € hinausgehende Bearbeitungsgebühren in Rechnung gestellt werden, und wenn ja, ob diese teilweise sogar bis zu 8,75 € betragen, muss der Senat nicht nachgehen, weil auch dann, wenn man letzteres gedanklich einmal zugunsten der Beklagten als wahr unterstellen wollte und den sich daraus ergebenden Mittelbetrag von 5,87 € rechnerisch ansetzt, unter Berücksichtigung der sonstigen erstattungsfähigen Schadenspositionen die Pauschale von 10 € überhöht ist.

Soweit die Beklagte geltend macht, zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung müsse der Senat 8,11 € zugrunde legen, weil er ihrer Tochtergesellschaft klarmobil diesen Betrag in dem Verfahren 2 U 2/11 in seinem Urteil vom 27. März 2012 „maximal zugestanden habe“, missversteht sie das Senatsurteil. Auch im dortigen Rechtsstreit musste der Senat nicht abschließend entscheiden, welche Bankkosten durchschnittlich anfallen, weil selbst bei Ansatz des dort vorgetragenen Maximalwerts von 8,11 € sich nur eine durchschnittliche Pauschale errechnete, die unterhalb der festgesetzten Pauschale lag, mit der Folge der Unwirksamkeit nach § 309 Nr. 5a BGB (vgl. juris Rn. 121).

Insoweit handelt es sich im Übrigen nur um eine Tatsachenfrage und nicht um eine Rechtsfrage. Tatsächliche Fragen unterliegen indes nicht dem Gebot der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung, sondern sind im Einzelfall nach den geltenden Beweisregeln aufzuklären, soweit sie erheblich sind, was hier aus den schon genannten Gründen aber nicht der Fall ist.

bb) Benachrichtigungskosten

Mit Recht hat das Landgericht für die Benachrichtigung des Kunden vom Fehlschlagen der Lastschrift nur die von der Beklagten kalkulierten Kosten von 0,40 € angesetzt.

Der vom Senat in dem Rechtsstreit 2 U 2/11 gegen die klarmobil hierfür als ausreichend angesetzte Betrag von 1,50 € ist vorliegend nicht zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung zugrunde zu legen. Der Senat hat im damaligen Verfahren lediglich festgestellt, dass die Benachrichtigungskosten einen Betrag von 1,50 € jedenfalls nicht übersteigen, und die weitere Aufklärung dahinstehen lassen, weil auch bei Berücksichtigung dieses maximalen Betrags die im dort entschiedenen Fall streitgegenständliche Pauschale nicht zu rechtfertigen und deshalb ohnehin nach § 309 Nr. 5 BGB unwirksam war.

Im Übrigen kann ein höherer Betrag als die von der Beklagten selbst kalkulierten Kosten von 0,40 € vorliegend auch deshalb nicht angesetzt werden, weil die Tarif- und Preisliste unter „allgemeine Gebühren“ eine Portopauschale von 2,50 € vorsieht. Dass die Beklagte diese Pauschale angeblich im Falle einer Rücklastschrift nicht erhebt, kann ihr nicht zu gute kommen, weil der Wortlaut der Posten im Preis- und Leistungsverzeichnis die Möglichkeit einer gleichzeitigen Geltendmachung der Portopauschale und der Rücklastschriftpauschale nicht ausschließt. Nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB ist deshalb bei kundenfreundlichster Auslegung der AGB davon auszugehen ist, dass die Portokosten durch die Portopauschale bereits abgedeckt sind.

cc) Personalkosten

Die von der Beklagten angesetzten Personalkosten von 4,89 € sind nicht – auch nicht wie vom Landgericht angenommen teilweise in Höhe von 1 bis 1,50 € - erstattungsfähig.

Nur diejenigen Schadenspositionen, die der Verwender auch ohne die Klausel dem Vertragspartner auferlegen könnte, können Gegenstand der Pauschalierung sein (Lapp/Salomon, a. a. O., § 309 Rn. 54).

Die höchstrichterliche Rechtsprechung geht davon aus, dass ein verletzungsbedingt tatsächlich erbrachter Arbeitsaufwand dann einen ersatzfähigen Schaden darstellt, wenn der Arbeitsleistung ein Marktwert nach der Verkehrsauffassung zukommt (BGH NJW 1996, 921). Hiervon hat der BGH allerdings gerade solche Arbeitsleistungen ausgegrenzt, die aufgrund einer am Schutzzweck der Haftungsnorm, an Verantwortungsbereichen und Praktikabilität orientierten Wertung vom Geschädigten selbst zu tragen sind. Hierzu zählt etwa der Arbeits- und Zeitaufwand bei der Schadensermittlung und außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs, selbst wenn der Geschädigte hierfür besonderes Personal einsetzt, sofern der im Einzelfall erforderliche Aufwand die von einem privaten Geschädigten im Rahmen des

Üblichen typischerweise zu erbringende Mühewaltung nicht überschreitet (BGHZ 66, 112, 114 ff.; BGHZ 75, 230 ff. = NJW 1980, 119; BGHZ 76, 216; 218; BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921). Das gilt auch für private Großbetriebe, bei denen dieser Personaleinsatz sich vermögensrechtlich auswirkt, weil sie hierfür eine eigene Abteilung eingerichtet haben, die erforderlich ist, weil aufgrund des Umfangs ihrer geschäftlichen Betätigung sich Anspruchsgrundlagen in großer Vielzahl verwirklichen (BGHZ 66, 112 = NJW 1976, 1256; BGH NJW 1980, 119 für die Bearbeitung von Warenhausdiebstählen). Im vertraglichen Schadensersatzrecht gilt der Grundsatz, dass Personalkosten nicht erstattungsfähig sind, die zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrags aufgewendet werden (BGH NJW 2009, 3570 für die manuelle Bearbeitung einer Rücklastschrift; OLG München, Urteil vom 28. Juli 2011 – 29 U 634/11 -). Auch der eigene zeitliche und organisatorische Aufwand, der dem Gläubiger durch die außergerichtliche Tätigkeit zur Wahrung seines Anspruchs erwächst, ist regelmäßig nicht erstattungsfähig (BGH NJW 1985, 320 = juris Rn. 57).

Nach diesen Maßstäben sind die von der Beklagten geltend gemachten Personalkosten nicht vom Schutzzweck der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst. Nach dem Vortrag der Beklagten bedarf es des zur Bearbeitung von Rücklastschriften eingesetzten Personals deshalb, weil die weitere Bearbeitung nach einer Rücklastschrift nicht automatisiert erfolge. Statt dessen eruierten und entschieden die von der Beklagten eingesetzten Mitarbeiter individuell in Ansehung der Bonität und unter Berücksichtigung der Dauer der Vertragsbeziehung zum jeweiligen Kunden, wie im konkreten Einzelfall weiter vorgegangen werden solle. Insbesondere entschieden sie darüber, ob der nicht durch Lastschrift eingezogene Rechnungsbetrag mittels der nächsten Rechnung im folgenden Monat erneut geltend gemacht oder alternativ in das Mahnverfahren übergeleitet werden solle, oder ob beim Vorliegen der Voraussetzungen der Kunde zu sperren und die noch ausstehenden Gebühren einzutreiben seien. Insoweit handelt es sich nicht um einen Schaden der Beklagten durch die Rücklastschrift, sondern um Aufwendungen zur weiteren

Durchführung und Abwicklung des Vertrags, die nicht erstattungsfähig sind (BGH NJW 2009, 3570 für Personalkosten bei Rücklastschriften).

Soweit Arbeitnehmer der Beklagten bei einer Rücklastschrift individuell die Vertragsbeziehung prüfen und danach entscheiden, wie im jeweiligen Einzelfall weiter vorgegangen werden soll, handelt es sich unzweifelhaft um Aufwendungen, die in die Sphäre des Gläubigers fallen. Jeder Gläubiger muss beim Unterbleiben einer fälligen Zahlung des Schuldners prüfen, wie weiter verfahren werden soll, insbesondere, ob eine verzugsbegründende Mahnung auszusprechen ist, ob weitere Mahnungen sinnvoll sind, wann ggf. eine gerichtliche Rechtsverfolgung eingeleitet werden soll und ob sie angesichts vorhandener oder fehlender Bonität zweckmäßig erscheint. Der für diese Entscheidungsfindung anfallende Personalaufwand dient der Eintreibung der ausstehenden Forderung und etwaig entstandener Schadenspauschalen und unterscheidet sich nicht von der Mühewaltung, die von einem privaten Geschädigten typischerweise zur außergerichtlichen Verfolgung seiner Ansprüche entsteht und im Geschäftsverkehr als Mühewaltung bei der Rechtswahrung zum eigenen Aufgabenkreis des Geschädigten gehört, der außerhalb des Schutzzwecks der Haftung des Schädigers liegt (OLG Hamm WM 2008, 1217 für eine Rücklastschriftpauschale; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 30. September 2010 – 2 U 1388/09 -, juris).

Überdies entstehen die Personalkosten für die individuelle weitere Bearbeitung einer Rücklastschrift auch als Folge der typischen Angebotsstruktur der Beklagten. Gemäß Nr. 5.4 ihrer AGB ist die Vereinbarung einer Einzugsermächtigung zur Abrechnung der fälligen Entgelte Vertragsbestandteil des Mobilfunkvertrags. Indem die Beklagte den Zahlungsverkehr auf das Lastschriftverfahren eingestellt hat, kann sie unter Nutzung eines automatisierten Verfahrens ihre Debitorenbuchhaltung weitgehend einsparen. Im Fall des Lastschriftverfahrens wird typischerweise nur ein geringer Anteil der Lastschriften infolge mangelnder Deckung auf dem Schuldnerkonto oder infolge Widerspruchs rückbelastet, so dass sich die Beklagte insoweit auf die Buchung

und Bearbeitung dieser Rückbelastungen beschränken kann. Bei den hierfür anfallenden Personalkosten handelt es sich nicht um einen Schaden der Beklagten durch die Rücklastschrift, sondern wiederum um Aufwendungen zur weiteren Durchführung und Abwicklung des Vertrages, die dem Verwender trotz der vorgenommenen Vereinbarung des Lastschriftverfahrens verbleiben und nicht erstattungsfähig sind (BGH NJW 2009, 3570 = juris Rn. 13; Senatsurteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 - , juris Rn. 122 ff. für den auch in jenem Rechtsstreit von der klarmobil geltend gemachten Cent-genauen Betrag von 4,89 € an Personalkosten, wie er auch im vorliegenden Verfahren behauptet wird; Brandenburgisches OLG MDR 2012, 391; OLG Koblenz, Urteil vom 30. September 2010 – 2 U 1388/09 -, juris).

Anderes ergibt sich vorliegend nicht daraus, dass Nr. 5.5 S. 1 AGB die Rechtsfolgen für den Fall regelt, dass der Kunde seine Einzugsermächtigung widerruft. Dies ändert nichts daran, dass die Beklagte ihre Struktur des Zahlungsverkehrs auf das Lastschriftverfahren abgestimmt hat. Die Vereinbarung einer Einzugsermächtigung ist nach Nr. 5.4 AGB Vertragsbestandteil des Mobilfunkvertrags. Für den Fall, dass der Kunde die Einzugsermächtigung widerruft, muss er der Beklagten den höheren Aufwand ersetzen. Nach den Preislisten (Anlage K 16 – K 19, Bl. 62 ff. d. A.) muss der Kunde bei Rechnungszahlung durch Überweisung wegen Nichtteilnahme am Lastschriftverkehr pro Rechnung eine Gebühr von 3,95 € zahlen. Da die Forderungsbeträge in der Regel monatlich abgerechnet werden (vgl. 5.1 S. 2 AGB), führt das schon ohne besondere Vorkommnisse bei 12 monatlichen Rechnungen zu einem Aufwand von mindestens 47,40 € jährlich. Bei Besonderheiten im Vertragsverhältnis wie Rücklastschriften, Mahnungen, Ratenzahlung, Änderung des Abrechnungszeitraums, Kartensperrung, Erwerb einer Ersatzkarte mit Freischaltung oder ähnliches, die jeweils außerordentliche Entgelte oder Schadensersatzbeträge auslösen, die gesondert in Rechnung gestellt werden können, kann die Zahl der Rechnungen und damit der Rechnungsentgelte sich noch weiter erhöhen. Es kann angesichts dieser Preisstruktur davon ausgegangen werden, dass nur eine geringe Zahl von

Kunden ihre Rechnungen auf andere Weise als im Lastschriftverfahren zahlt. Damit ist die Struktur des Zahlungsverkehrs auf das Lastschriftverfahren abgestimmt (Brandenburgisches OLG MDR 2012, 391). Die Personalkosten für die Bearbeitung von Rücklastschriften fallen systembedingt an und sind als Folge der unternehmerischen Entscheidung von der Beklagten selbst zu tragen (Brandenburgisches OLG MDR 2012, 391).

Soweit die Beklagte geltend macht, es sei zu berücksichtigen, dass die meisten Kunden nach einer Rücklastschrift telefonisch Kontakt aufnahmen, was beratungs- und damit kostenintensiv sei, handelt es sich – wie bei der Bearbeitung sonstiger Kundenanfragen auch – um allgemeine Verwaltungskosten im Zusammenhang mit der weiteren Durchführung und Abwicklung der Mobilfunkverträge, die die Beklagte mit ihren Kunden geschlossen hat. Die Bearbeitung von Kundenanfragen gehört nach der von der Rechtsordnung festgelegten Zuständigkeits- und Verantwortungsverteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich der Beklagten und ist nicht ersatzfähig (vgl. BGH NJW 2009, 3570, Tz. 13; OLG München, Urteil vom 28. Juli 2011 – 29 U 634/ 11 -).

dd) IT-Kosten

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt zugleich, dass auch die von der Beklagten behaupteten IT-Kosten von 0,39 €, die durch das Vorhalten von Software zur Bearbeitung von Rücklastschriften anfallen, nicht erstattungsfähig sind, weil auch diese Kosten systembedingt auf der Zahlungsstruktur (Lastschriftverfahren) beruhen, für die die Beklagte sich entschieden hat, und die nach dem vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsatz, dass der Schädiger nur für entstandene Schäden, nicht aber für systembedingte Aufwendungen zur Durchführung und Abwicklung des Vertrags einzustehen hat (BGH NJW 2009, 3570), deshalb nicht ersatzfähig sind (vgl. OLG Hamburg NJW-RR 1987, 1449 zur fehlenden Erstattungsfähigkeit der Vorhaltekosten für die EDV-Anlage als allgemeine Geschäftskosten).

Dass es sich dabei um allgemeine Kosten zur Vertragsdurchführung handelt, ergibt sich bei der Software überdies auch daraus, dass eine Software zur Bearbeitung von Rücklastschriften auch erforderlich ist, um jene Rücklastschriften zu bearbeiten, die nicht von dem Kunden zu vertreten sind, sondern durch ein Verschulden der Beklagten entstehen, etwa im Falle der Verwechslung von Kontonummern, eines versehentlichen Lastschrifteneinzugs trotz Widerrufs der Einzugsermächtigung oder nach einem Widerspruch des Kunden gegen die Lastschrift wegen einer überhöhten Rechnung.

ee) Refinanzierungskosten

Die vom Landgericht in Ansatz gebrachten Refinanzierungskosten von 2,63 € sind nicht als Schaden i. S. d. § 309 Nr. 5 a BGB erstattungsfähig.

Es handelt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht um einen adäquat kausal durch die Rücklastschrift verursachten Schaden. Eventuelle Verzinsungsansprüche der Beklagten entstehen nämlich nicht durch die Rücklastschrift, sondern erst durch den Zahlungsverzug des Kunden. Dieser kann, aber muss nicht mit einer Rücklastschrift einhergehen. Insofern ist die Feststellung des Landgerichts, dass eine Rücklastschrift immer einen Zahlungsverzug des Kunden beinhaltet, falsch.

Jedenfalls wäre die Einbeziehung von Refinanzierungskosten in die Rücklastschriftpauschale gemäß § 307 BGB unzulässig. Die Beklagte begründet den Schadensposten mit der durch das Fehlschlagen von Lastschriften entstehenden Finanzierungslücke, die sie bei einer Bank refinanzieren müsse. Der Sache nach macht sie insoweit nahezu ausschließlich einen Zinsschaden geltend. Die Pauschalierung eines Zinsschadens auf einen Fixbetrag in AGB ist gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. §§ 288, 306a BGB unzulässig. Nach dem gesetzlichen Leitbild des § 288 beträgt der Verzugszinssatz gegenüber Verbrauchern 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Die Vereinbarung einer pauschalen Abgeltung von Zinsen als Fixbetrag in AGB gegenüber Verbrauchern ist gemäß § 307 Abs. 1

Nr. 1 BGB unzulässig, weil die Pauschalierung im Einzelfall zu einer vielfachen Überschreitung des gesetzlichen Zinssatzes nach § 288 Abs. 1 BGB führen kann. Denn die Sachverhalte, die bei der Bemessung dieses durchschnittlichen Schadenspostens angesetzt worden sind, können vollkommen verschieden sein und sind einer Pauschalierung nicht zugänglich. Während es Schuldner geben kann, bei denen die Rechnung aufgrund ihres individuellen Telefonverhaltens hunderte oder gar tausende von Euro betragen und bei denen ein sehr langer Zeitraum vorliegen kann, in dem sie mit der Zahlung in im Rückstand sind, wird es auch eine Vielzahl an Kunden geben, die nur wenig Umsatz produzieren und deshalb nur mit einem geringen Rechnungsbetrag in Verzug sind. Dies wird in vielen Fällen auch nur für einen relativ kurzen Zeitraum, möglicherweise nur wenige Tage, der Fall sein, etwa, wenn es versehentlich zu einer ganz kurzzeitigen Unterschreitung einer Kontodeckung und deshalb zu einer Rücklastschrift gekommen ist und der Kunde, nachdem er Kenntnis von der Rücklastschrift erlangt hat, die ausstehende Rechnung sofort bezahlt. Diese Kunden würden durch eine Pauschalierung, in die auch hohe Rechnungsbeträge und lange Verzugszeiträume mit eingeflossen sind, unangemessen benachteiligt.

Im Übrigen schließt die Formulierung der streitgegenständlichen Klausel nicht aus, dass die Beklagte den gesetzlichen Verzugszins gemäß § 288 BGB sogar neben der Rücklastpauschale fordern kann. Nach § 305c Abs. 2 BGB ist diese kundenfeindlichste Auslegung der Klausel der Wirksamkeitsprüfung zugrunde zu legen. Dem einzelnen Kunden ist gar nicht bekannt, dass in der Kalkulation der Rücklastpauschale auch Zinsen enthalten sind, weshalb er gar nicht merken wird, dass der Ersatz des Zinsschadens doppelt gefordert wird, wenn die Beklagte neben der Rücklastschriftpauschale Verzugszinsen erheben sollte.

ff) Entgangener Gewinn

Soweit die Beklagte sich auf einen entgangenen Gewinn von 18,02 € pro Rücklastschrift beruft, kann dieser Betrag ersichtlich nicht zur Berechnung der angemessenen Rücklastschriftkosten herangezogen werden. Dieser Schaden

soll darauf beruhen, dass bei vielen Kunden in Folge einer Rücklastschrift eine Sperre erfolgt, so dass der betroffene Kunde während der Sperre keinen weiteren Umsatz produzieren kann. Dies ist jedoch kein Schaden, der vom Schutzzweck der Lastschriftabrede erfasst ist, aus der sich dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch wegen Rücklastschriften ergibt. Der Kunde ist aufgrund der Lastschriftabrede – und im Übrigen auch nach dem weiteren Inhalt des Mobilfunkvertrags – nämlich nicht verpflichtet, einen bestimmten Umsatz durch Inanspruchnahme der Leistungen der Beklagten zu veranlassen. Wenn die Beklagte einen bestimmten Kunden in ihrem eigenen Interesse sperrt und ihn damit von weiteren Umsätzen abhält, kann sie nicht den durch die Sperrung entgangenen Gewinn bei jeder Rücklastschrift als „Kosten der Rücklastschrift“ liquidieren (Senatsurteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 -, juris).

2.2.3. Des Weiteren ist die Erhebung pauschalierten Schadensersatzes für Rücklastschriften nach § 309 Nr. 5b BGB unwirksam, weil dem Kunden in den Tarif- und Preislisten nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich geringer als die Pauschale. Diese Regelung ist verbraucherfreundlicher als die frühere Regelung in § 11 Nr. 5b AGBG, wonach eine Klausel erst dann unwirksam war, wenn dem anderen Vertragsteil "der Nachweis abgeschnitten" wurde, dass ein Schaden nicht oder nur in geringerer Höhe entstanden sei.

Selbst zur alten Regelung hat das OLG Düsseldorf schon eine Klausel für unwirksam erklärt, wonach eine "Bearbeitungsgebühr für Rücklastschrift je Rücklastschrift 34,80 DM" erhoben wurde (Urteil vom 18. Juli 2002, 6 U 218/01, bei juris). Durch die Aufzählung eines Gebührentatbestandes werde dem Vertragspartner eine "Bearbeitungsgebühr" in fester Höhe aufgegeben. Dies könne der durchschnittliche rechtsungewandte Kunde nur dahin verstehen, dass mit ihr die geschuldete Gebühr abschließend festgelegt werde.

Wenn jetzt nach § 309 Nr. 5b BGB sogar eine ausdrückliche Gestattung des Nachweises erforderlich ist, führt schon die kommentarlose Auflistung als "Preis" in einer Preisliste zu einem Verstoß gegen dieses Klauselverbot. Zwar

muss eine Übersicht grundsätzlich übersichtlich bleiben. Die Auflistung als ein "Preis" unter vielen Positionen in einer Preisliste darf jedoch nicht den Eindruck erwecken, es handele sich um einen unabänderlich feststehenden Betrag. Ein Hinweis auf die Möglichkeit des Nachweises eines geringeren Schadens in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen reicht insoweit nicht aus. Vielmehr sind diejenigen Positionen, die in Wirklichkeit keine Preise, sondern Schadenspauschalen beinhalten, eindeutig als solche zu kennzeichnen und klar erkennbar mit einer Nachweisgestattung im Sinne des § 309 Nr. 5b BGB zu versehen (Senatsurteil vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 -, juris Rn. 127). Dies kann ggf. in einer klar zuzuordnenden Fußnote in den Preislisten geschehen, denen sich die Beklagte in ihren Listen über „Preise und Leistungen“ auch ansonsten bedient, ohne dass dies die Übersichtlichkeit der Preisliste wegen der Überschaubarkeit der Zahl der Fußnoten bislang beeinträchtigt hätte.

gg) Nach alledem beträgt der durch die Rücklastschrift entstehende Schaden der Beklagten durchschnittlich äußerstenfalls 6,27 € (zugrunde gelegter Mittelwert der Bankgebühren von 5,87 € und Benachrichtigungskosten von 0,40 €) und liegt damit weit unter der aktuellen Pauschale von 10 €, ohne dass im vorliegenden Rechtsstreit entschieden werden muss, ob Großkunden, wie der Beklagten und anderen Mobilfunkanbietern, überhaupt über das Internetentgelt von 3 € hinausgehende Bearbeitungsgebühren in Rechnung gestellt werden, und wenn ja, ob diese bis zu 8,75 € betragen oder ob der auf der Grundlage dieser zugunsten der Beklagten als wahr unterstellten Tatsachen errechnete Mittelwert der Bankgebühren von 5,87 € nicht viel zu hoch angesetzt worden ist und der branchentypische Schaden möglicherweise sogar noch unter 6 € liegt.

Selbst wenn entgegen der vom Senat vertretenen Auffassung Refinanzierungskosten von 2,63 € berücksichtigungsfähig wären, läge der Schaden der Beklagten nur bei 8,90 € und damit immer noch unter 10 €.

2.3. Die für einen Unterlassungsanspruch nach § 1 UKlaG erforderliche Wiederholungsgefahr ist gegeben. Hinsichtlich der Rücklastschriftpauschale in

Höhe von 10 € folgt dies bereits daraus, dass die aktuell von der Beklagten verwendeten Preislisten eine entsprechende Pauschale ausweisen.

Soweit der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel nicht nur wegen der konkreten Pauschale von 10 €, sondern auch darüber liegender Beträge („und höher“) begehrt, ist die Wiederholungsgefahr nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte die ursprünglich in ihren Preislisten enthaltene Rücklastschriftpauschale von 20,95 € zunächst auf 14,95 € und seit dem 24. Januar 2012 auf 10,00 € reduziert hat.

Die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unzulässige Klauseln enthalten, begründet eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr. An die Beseitigung dieser Wiederholungsgefahr sind strenge Anforderungen zu stellen. Regelmäßig reichen weder die Änderung der beanstandeten Klausel noch die bloße Absichtserklärung des Verwenders, sie nicht weiter zu verwenden, aus, die Wiederholungsgefahr entfallen zu lassen (BGH NJW 2002, 2386 m. w. N.). Demgegenüber spricht es für das Fortbestehen der Wiederholungsgefahr, wenn der Verwender – wie hier – noch im Rechtsstreit die Zulässigkeit der früher von ihm benutzten Klausel verteidigt und nicht bereit ist, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben (BGH NJW 2002, 2386).

Das gilt vorliegend insbesondere auch deshalb, weil die Beklagte ihre Preislisten zum 24. Januar 2012 nur deshalb geändert hat, weil ihr im einstweiligen Verfügungsverfahren durch Urteil des Landgericht Kiels vom 11. Januar 2012 - 17 O 200/11 - untersagt worden ist, in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder einen Betrag festzulegen, der 10 € übersteigt. Sie hat indes auch danach im vorliegenden Rechtsstreit mit Schriftsatz vom 31. Juli 2012 (Bl. 37 ff. d. BA) die Auffassung vertreten, dass die Pauschale von 20,95 € wirksam sei, und gegen das angefochtene Urteil, durch das sie verurteilt worden ist, die Verwendung der streitgegenständlichen Klausel zu unterlassen, soweit in den

Preislisten eine Rücklastschrift von 14,95 € oder höher festgelegt ist, sogar Anschlussberufung eingelegt, mit der sie die Abweisung der Klage insoweit verfolgt. Sie vertritt im Berufungsverfahren nachhaltig die Auffassung, dass die in Ansehung des Urteils im einstweiligen Verfügungsverfahren auf 10 € reduzierte Pauschale deutlich zu gering sei und selbst dann, wenn man ihren vorgetragene entgangene Gewinn vollständig unberücksichtigt lasse wollte, jedenfalls Schadenspositionen in Höhe von 17,52 € in die Pauschale einzustellen seien. Es kann indes nicht davon ausgegangen werden, dass sie ihre Rechtsauffassung, auch der vorgetragene entgangene Gewinn sei berücksichtigungsfähig, endgültig aufgegeben hat, weil sie die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung sogar in Bezug auf die Pauschale von 20,95 € oder höher nach wie vor verweigert.

Dazu passt, dass sie in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 17 O 200/11 LG Kiel = 2 U 8/12 des Senats die Aufhebung des Urteils vom 11. Januar 2012 nach § 927 ZPO verfolgt. Das lässt befürchten, dass sie im Falle des Erfolgs im Parallelverfahren die Rücklastschriftpauschale umgehend wieder anheben würde.

II. Berufungsantrag zu 2. (weitere 145 € nebst 5% Zinsen seit Antragsstellung)

Der Kläger kann gemäß § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 2 UWG Ersatz der ihm aufgrund seiner Abmahnung vom 20. März entstehenden Aufwendungen verlangen, die in Höhe von 145 € angemessen und der Höhe nach in beiden Rechtszügen unbestritten sind.

Zwar sind grundsätzlich nur die Auslagen der Erstmahnung erstattungsfähig. Vorliegend besteht aber die Besonderheit, dass die Beklagte im Zeitpunkt der Erstmahnung vom 15. September 2011 eine Preisliste verwendete, in der die Rücklastschriftpauschale mit 20,95 € festgelegt worden war. In der Folgezeit hat sie am 24. Januar 2012 als Reaktion auf das im Verfügungsverfahren ergangene Urteil neue Preislisten verwendet, in denen die Pauschale mit 10 € festgesetzt worden ist. Da diese Pauschale aus den Gründen zu I. ebenfalls

gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist, war die Abmahnung berechtigt. Sie war – bezogen auf diese neue Preisgestaltung – eine Erstmahnung und nach § 12 Abs. 1 2 UWG geboten, um der Beklagten Gelegenheit zu geben, die sonst erforderliche Klageerweiterung durch Abgabe einer Unterlassungserklärung zu vermeiden.

III. Berufungsantrag zu 3. (Zahlung bezifferter Zinsen von 24,58 €)

1. Der Übergang von der erstinstanzlichen Feststellungsklage auf eine bezifferte Zahlungsklage ist keine Klageänderung gemäß § 263 ZPO, sondern eine zulässige Klageerweiterung gemäß § 264 Nr. 2 ZPO, weil der Klagegrund identisch geblieben ist (vgl. dazu Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 263 Rn. 8).

Der Kläger konnte im ersten Rechtszug nur einen Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO stellen, weil der Endzeitpunkt für die geltend gemachte Verzinsung noch nicht bekannt war. Denn dieser ist vom Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht abhängig, ab dem auf Antrag des Kostengläubigers eine Verzinsung im Kostenfestsetzungsbeschluss gemäß § 104 Abs. 1 ZPO in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auszusprechen ist. Nach Abschluss der ersten Instanz ist der Kostenfestsetzungsantrag aber am 8. August 2012 gestellt und am 13. August 2012 bei Gericht eingegangen (Bl. 147 d. A.), so dass der streitgegenständliche Zinszeitraum nunmehr feststeht.

2. In der Sache selbst steht dem Kläger der geltend gemachte Zinsanspruch in Höhe von 4 Prozent für die Zeit ab Überweisung des Gerichtskostenvorschusses am 28. November 2011 bis zum 12. August 2012 (Tag vor Eingang des Kostenfestsetzungsantrags bei Gericht) gemäß §§ 280, 286 BGB zu.

Die Verzinsung des Gerichtskostenvorschusses ab Eingang des Kostenfestsetzungsantrags gemäß § 104 Abs. 1 S. 1 ZPO schließt einen weitergehenden materiellen Kostenerstattungsanspruch, etwa wegen Verzugs,

für die Zeit bis Eingang des Kostenfestsetzungsantrags nicht aus (Zöller/Herget, a. a. O., § 104 Rn. 6; Gödicke, JurBüro 2001, 512; Enders, JurBüro 2010, 226; AG Trier JurBüro 2010, 264).

Zum Zeitpunkt der Überweisung des Gerichtskostenvorschusses in Höhe 864 € am 28. November 2011 befand sich die Beklagte mit der Abgabe der Unterlassungserklärung im Verzug. Der Kläger hat sie wegen der Verwendung der Rücklastschriftpauschale von 20,95 € mit Schreiben vom 15. September 2011 abgemahnt und für die Abgabe einer Unterlassungserklärung eine Frist bis zum 23. September 2011 gesetzt. Mit Schreiben vom 28. September 2011 hat die Beklagte die Abgabe der Unterlassungserklärung verweigert, mit der Begründung, dass ihr durchschnittlich ein entsprechender Schaden entstehe, und diese auch auf die nochmalige Aufforderung des Klägers vom 27. Oktober 2011 nicht abgegeben, wodurch Verzug eingetreten ist.

3. Obgleich die Höhe des eingezahlten Gerichtskostenvorschusses, der Zinszeitraum und der Zinssatz feststehen, ist eine endgültige Bezifferung des Zinsschadens erst möglich, wenn die Kostengrundentscheidung des Rechtsstreits fest steht, die dem Schlussurteil im Hinblick auf die noch ausstehende Entscheidung in der zweiten Stufe des im Wege der Stufenklage geltend gemachten Gewinnabschöpfungsanspruchs vorbehalten worden ist (siehe dazu nachfolgend IV). Denn für den Fall, dass der Kläger aufgrund der noch ausstehenden Kostenentscheidung an den Kosten des Rechtsstreits zu beteiligen ist, besteht ein Zinsanspruch auf den eingezahlten Gerichtskostenvorschuss nur entsprechend der Kostenquote zu Lasten der Beklagten.

Der Senat ist trotz des im Berufungsrechtszug gestellten Zahlungsantrags nicht wegen der Bindung an die Parteianträge (§ 308 ZPO) an einem Feststellungsausspruch gehindert, weil die Feststellung gegenüber dem Zahlungsausspruch ein Weniger ist und sich im Rahmen des Leistungsbegehrens hält (vgl. dazu Zöller/Vollkommer, a. a. O., § 308 Rn. 4 m. w. N.). Die ausschließlich von der von Amts wegen im Schlussurteil zu

treffenden Kostenentscheidung abhängige Bezifferung der Zinsforderung auf der Grundlage des Zinsausspruchs ist dem Schlussurteil vorbehalten.

IV. Berufungsantrag zu 4. (vormals Klagantrag zu 7.)

1. Die Stufenklage ist gemäß § 254 ZPO zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt sich die Unzulässigkeit der Klage nicht daraus, dass der Stufenantrag nicht schon bei der Einreichung der Klage im November 2011, sondern erst im Laufe des ersten Rechtszugs rechtshängig gemacht worden ist, weil eine Klageerweiterung nicht der Zustimmung des Beklagten bedarf.

2. Die Stufenklage ist auch begründet. Dem Kläger steht der in der ersten Stufe geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB zu, damit er in die Lage versetzt werden kann, den gegen die Beklagte bestehenden Gewinnabschöpfungsanspruch des Bundeshaushalts gemäß § 10 UWG, zu dessen Geltendmachung er berechtigt ist, beziffern zu können.

2.1. Der Kläger ist gemäß § 10 Abs. 1 UWG prozessführungsbefugt, weil er zu den Klageberechtigten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG gehört, nämlich eine qualifizierte Einrichtung ist, die in die Liste nach § 4 UKlaG eingetragen ist.

2.3. Es ist allgemein anerkannt, dass mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß § 242 BGB einhergeht (OLGR Stuttgart 2007, 408; OLGR Frankfurt GRUR-RR 2009, 265).

3. Nach § 10 Abs. 1 UWG entsteht der Gewinnabführungsanspruch gegen denjenigen, der eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt (a), wenn dies vorsätzlich geschieht (b) und er hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt (c). Diese Voraussetzungen liegen vor.

a) Gemäß § 3 UWG sind unlautere geschäftliche Handlungen unzulässig, wenn sie geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Eine Zuwiderhandlung gegen § 3 UWG hat die Beklagte durch die Verwendung gemäß § 309 Nr. 5a und b BGB unwirksamer AGB in Bezug auf die Rücklastschriftpauschale und Einbeziehung der sich aus ihren Pauschalen ergebenden Beträge in die ihren Kunden erteilten Rechnungen unter Berufung auf ihre Preislisten begangen. Zu geschäftsähnlichen Handlungen gehört auch die Berufung des Verwenders unwirksamer AGB gegenüber dem Kunden auf seine AGB, um angebliche Rechte durchzusetzen (Köhler in Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG, 30. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 14). Die Unlauterkeit ergibt sich aus § 4 Nr. 11 UWG, weil die Bestimmungen der §§ 307 bis 309 BGB Marktverhaltensregelungen darstellen (Köhler, a. a. O., § 1 UKlaG Rn. 14 und § 4 UWG Rn. 11.156a).

b) Die Beklagte hat den Verstoß auch vorsätzlich begangen. 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 bedingter Vorsatz aus (OLGR Stuttgart 2007, 408; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6). Es genügt daher, dass er die Verwirklichung für möglich hält und billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHZ 133, 246, 250; OLG Frankfurt GRUR 2009, 265, 268; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., 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. [zum Vorsatz im Bereicherungsrecht] BGHZ 133, 246, 250 m.w.N.; zum Urheberrecht OLG Hamburg, Urteil v. 8. Februar 2006 - 5 U 78/05 - bei juris Rn. 65). Diese Voraussetzungen hat die Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni 2012, auf den allein sich das Auskunftsverlangen bezieht, erfüllt.

aa) Daran kann, soweit sie im streitgegenständlichen Zeitraum nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10. Oktober 2011 bis zur „unverzöglichen“ Reduzierung der Pauschale auf 14,95 € noch für kurze Zeit eine Rücklastschriftpauschale von 20,95 € in ihre Preisliste eingestellt hatte, kein ernsthafter Zweifel bestehen.

Der Kläger hat die Beklagte mit Schreiben vom 15. September 2011 (Bl. 19 d. A.) wegen der Verwendung der Pauschale von 20,95 € abgemahnt und dazu geltend gemacht, dass in die Pauschale nur die Bankgebühren eingerechnet werden dürften. Alsdann hat er in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 28. September 2011 dazu detaillierte Angaben gemacht und unter Aufnahme der im Antwortschreiben der Beklagten vom 27. September 2011 angeführten Positionen in seine rechtliche Auseinandersetzung ergänzt, dass neben den Bankgebühren zwischen 3 € und max. 8,11 € durch eine Rücklastschrift allenfalls noch die realen Zusatzkosten in Höhe des Portos für eine ggf. erforderliche Benachrichtigung des Kunden über das Fehlschlagen der Lastschrift (0,55 €) und in Höhe der Materialaufwendungen für Papier, Briefumschlag und Druck für die Mitteilung (0,10 €) anfielen. Ferner hat er in der 10-seitigen Antragsschrift ausführlich und zutreffend ausgeführt, dass die von der Beklagten angeführten Personalkosten nach der Rechtsprechung des BGH in NJW 2009, 3570 nicht in die Pauschale eingerechnet werden könnten, weil sie, wie in der zitierten BGH – Entscheidung, Folge der typischen Angebotsstruktur der Beklagten seien, da sie ihre Kunden mit Ziff. 5.4. ihrer AGB zwingt, am Lastschriftverfahren teilzunehmen, und sie dadurch eine Debitorenbuchhaltung weitgehend einsparen könne. Darüber hinaus seien die nach ihrer Einlassung vom 27. September 2011 in die Pauschale eingestellten Kosten der Bonitätsprüfung als Bestandteil eines üblichen, wirtschaftlich geführten Inkassosystems nicht erstattungsfähig.

Eventualvorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist regelmäßig anzunehmen, wenn der Verwender sein Handeln nach einer Abmahnung fortsetzt (OLG Frankfurt GRUR-RR 2010, 482; Köhler, a. a. O., § 10 UWG Rn. 6). Soweit die

Beklagte meint, die Ausführungen in der Abmahnung zur Berechnung der Pauschale seien nicht substantiiert genug gewesen, kann dies dahinstehen, weil der Kläger auf die Rechtslage jedenfalls in dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 17. September 2009 –Xa ZR 40/08 – ausführlich eingegangen ist.

Überdies war auf Antrag des Klägers mit Beschluss des Landgerichts Kiel vom 29. September 2011 – 17 O 200/11 – eine einstweilige Verfügung ergangen, mit der der Beklagten untersagt worden war, die streitgegenständliche Klausel zu verwenden, soweit in der gültigen Tarif- und Preisliste für Rücklastschriften eine Schadenspauschale von 20,95 € oder ein Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher ihr im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht. Darin war unter Aufnahme der Ausführungen des Klägers und Zitierung der vorgenannten BGH-Entscheidung ausgeführt, dass die Pauschale gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist. Spätestens ab Zustellung dieses Beschlusses durch den Gerichtsvollzieher am 10. Oktober 2011, dem die Antragsschrift beigelegt war, hatte die Beklagte Kenntnis von den Rechtsausführungen des Klägers und den landgerichtlichen Beschlussgründen und musste es für möglich halten, dass die Pauschale gemäß § 309 Abs. 1 Nr. 5a BGB unwirksam ist.

Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass die Beklagte dies auch tatsächlich für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat. Die Beklagte wusste, dass sie bei der Kalkulation der Pauschale folgende Posten berücksichtigt hatte: Bankgebühren 3 bis 8,11 €, für die Benachrichtigung des Kunden entstehende Brief-, Druck und Portokosten 0,40 €, Personalkosten 4,89 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 € und angeblich auch in diesem Rechtsstreit behaupteten entgangenen Gewinn von 18,02 €.

Aufgrund der Rechtsprechung des BGH, wie sie oben im Einzelnen dargestellt worden ist, insbesondere aufgrund der Germanwings-Entscheidung des BGH vom 17. September 2009 – Xa ZR 40/08 – konnte die Beklagte zum damaligen Zeitpunkt indes nicht mehr davon ausgehen, dass ihre Personalkosten bei der

Pauschale berücksichtigungsfähig waren, weil sie, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, ihr Zahlungssystem auf eine Zahlungsweise durch Lastschrift aufgrund von Einziehungsermächtigung ausgerichtet hatte. Das Urteil des BGH ist so eindeutig formuliert, dass ihm jeder durchschnittliche Jurist die Rechtsauffassung entnehmen kann, dass Personalkosten nicht als Rücklastschriftkosten erstattungsfähig sind, wenn das Zahlungssystem mit einem automatisierten Verfahren auf eine Teilnahme am Lastschriftverfahren ausgerichtet ist, mit der Folge der Einsparung von Personal für die Debitorenbuchhaltung.

Über die Entscheidung des BGH war in den Medien zeitnah und sogar in den Nachrichten berichtet worden. Die Entscheidung des BGH ist in den einschlägigen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht worden, etwa in NJW 2009, 3570, ZIP 2009, 2247, WRP 2009, 3570 und im BGH-Report 2009, 1237, ebenso in den einschlägigen Rechtsportalen im Internet, wie etwa juris oder beck-online. Der Senat hat keinen Zweifel, dass die Beklagte, die als der größte Mobilfunkanbieter in Deutschland – ein Großunternehmen mit Milliardenumsatz – über eine eigene qualifiziert besetzte Rechtsabteilung verfügt, die Rechtsprechung beobachtet und für die eigenen Handlungsweisen auswertet und in diesem Zusammenhang auch Kenntnis von der Rechtsprechung des BGH in dem vorgenannten Urteil aus dem Jahre 2009 genommen hat – allerspätestens, nachdem der Kläger und das Landgericht Kiel die Entscheidung zitiert haben, und sie es ab Kenntnisnahme nach juristischer Beratung zumindest für rechtlich möglich gehalten hat, dass die Personalkosten in der Rücklastschriftpauschale nicht berücksichtigungsfähig sein könnten.

Für den Senat steht weiter außer Zweifel, dass ihr aufgrund der eindeutigen Rechtslage, wie sie zu I. ausgeführt ist, auch bewusst war, dass ihr aufgrund der Rücklastschrift kein Gewinn entging, weil ein solcher entgangener Gewinn die Folge ihrer eigenen Entscheidung war, den Kunden zu sperren, und ihr selbstverständlich bestens bekannt war, dass der Kunde nach der Lastschriftabrede vertraglich nicht verpflichtet war, einen bestimmten Umsatz zu

erwirtschaften. Das ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sie nach der Abmahnung in ihrem Antwortschreiben vom 27. September 2011 (Anlage K 11, Bl. 24 der Beiakte 17 O 211/11 LG Kiel) entgangenen Gewinn als einen Schadensposten auch gar nicht angeführt hat, wie es nahegelegen hätte, wenn sie von der Berücksichtigungsfähigkeit dieser Position ausgegangen wäre.

Es ergibt sich weiter daraus, dass sie entgangenen Gewinn in Höhe von 18,02 €, den sie in diesem Rechtsstreit als einen angeblich berücksichtigten Schadensposten bei der Ermittlung der Pauschale behauptet, in Wahrheit in der Pauschale auch gar nicht zugrunde gelegt hat. Unter Einrechnung dieses Postens würde sich nämlich – ausgehend von dem Mittelwert der Bankgebühren von 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, behaupteten Personalkosten 4,89 €, IT-Kosten 0,39 € und angesetzten Refinanzierungskosten von 2,63 € - ein Pauschale von 32,20 € und nicht nur ein Betrag von 20,95 € ergeben. Auf der Grundlage der Maximalgebühren von 8,11 € (statt 5,87 €) und der nunmehr von ihr angeführten Kosten der Benachrichtigung von 1,50 € (statt 0,40 €) würde sich sogar ein Gesamtbetrag von 35,74 € errechnen. Es ist fernliegend, dass sie eine Pauschale von „nur“ 20,95 € erhoben hätte, wenn sie der Rechtsauffassung gewesen wäre 32,20 €, wenn nicht sogar 37,74 € bei der Berechnung der Pauschale zugrundelegen zu dürfen. Dies lässt den Schluss zu, dass es sich bei dem Schadensposten entgangener Gewinn von 18,02 € um ein nachträgliches rechtliches Konstrukt handelt, von dessen Berücksichtigungsfähigkeit sie im fraglichen Zeitraum selbst nicht ausgegangen ist.

Die ohne die Personalkosten und den entgangenen Gewinn verbleibenden Positionen ergeben zusammen – unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt erstattungsfähig sind - aber nur einen Betrag von unter 10 € (Mittelwert Bankgebühren 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 €, zusammen 9,29 €).

Spätestens aufgrund Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10. Oktober 2011 und des Antrags auf einstweilige Verfügung, in denen die Entscheidung

des BGH NJW 2009, 3570 zitiert worden ist, konnte die Beklagte sich der Einsicht, dass die Pauschale von 20,95 € gemäß § 309 Nr. 5 a BGB möglicherweise unwirksam war, weil auch in ihrem Fall die Grundsätze, die der BGH in der Germanwings-Entscheidung zur den Personalkosten aufgestellt hatte, anwendbar sein könnten, nicht mehr verschließen.

Am Bestehen des Vorsatzes ab dem streitgegenständlichen Zeitraum ab 10. Oktober 2011 kann auch deshalb kein Zweifel bestehen, weil ihr die Unwirksamkeit der Pauschale senatsbekannt auch schon vor Zustellung der einstweiligen Verfügung anderweitig durch einen anderen Verbraucherschutzverein nachdrücklich vor Augen gehalten worden war.

Mit Schreiben vom 11. August 2011 und 8. September 2011 hatte nämlich die Verbraucherzentrale Berlin e. V. die Beklagte wegen der Rücklastschriftpauschale von 20,95 € abgemahnt und alsdann in dem Rechtsstreit 5 O 229/11 vor dem Landgericht Kiel verklagt, die Verwendung der Pauschale in dieser Höhe zu unterlassen (2 U 3/12 des Senats). Die Klage war der Beklagten am 13. Oktober 2011 – nur 3 Tage nach Zustellung der auf Antrag des hiesigen Klägers erwirkten einstweiligen Verfügung – zugestellt worden.

Ferner hatte senatsbekannt der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e. V. in Berlin die Tochtergesellschaft der Beklagten, die klarmobil GmbH, unmittelbar nach der Germanwings-Entscheidung des BGH mit Schreiben vom 9. Dezember 2009 u. a. wegen Verwendung einer Rücklastschriftpauschale von 19,95 € abgemahnt und am 15. September 2010 gegen sie Klage beim Landgericht Kiel erhoben. Mit Versäumnisurteil des Landgerichts Kiel vom 25. Oktober 2010 - 18 O 243/10 – war die klarmobil GmbH antragsgemäß zur Unterlassung u. a. der Verwendung der Rücklastschriftpauschale von 19,85 € verurteilt worden. Auf die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 2011 hatte das Landgericht Kiel durch am 17. März 2011 verkündetes Urteil das Versäumnisurteil aufrechterhalten (vgl. dazu im Einzelnen den Tatbestand des Senatsurteils vom 27. März 2012 – 2 U 2/11 -). Die zur Begründung der Rücklastschriftpauschale

geltend gemachten Positionen und Rechtsfragen waren mit denen des vorliegenden Rechtsstreits identisch. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beklagte, die unter derselben Anschrift in Büdelsdorf firmiert wie die klarmobil, und die die Cent genaue Übereinstimmung der Höhe der Personalkosten von 4,89 € mit den von der klarmobil in dem genannten Rechtsstreit angeführten Personalkosten von ebenfalls 4,89 € damit begründet, dass sie für die klarmobil die Rücklastschriften mit ihrem Personal bearbeitet habe, dies alles zur Kenntnis genommen hat. Alles andere wäre lebensfremd. Die Beklagte konnte nicht ernsthaft annehmen, dass ihre Rücklastschriftpauschale von 20,95 € wirksam war, wenn ihre Tochtergesellschaft klarmobil sogar zur Unterlassung der Verwendung einer niedrigeren Pauschale von „nur“ 19,95 € verurteilt worden war. Letztlich kommt es auf den Prozess gegen die klarmobil für den Vorsatz der Beklagten aber nicht einmal entscheidend an, weil schon die an sie persönlich gerichteten Abmahnungen und Gerichtsverfahren für sich genommen ausreichen, um jedenfalls ihren Eventualvorsatz anzunehmen.

Durch die Weiterverwendung des Preisverzeichnisses mit einer Pauschale von 20,95 € auch noch einige Zeit nach Zustellung der einstweiligen Verfügung, mag die Zeitspanne auch nur kurz gewesen sein, weil die Beklagte unverzüglich die Pauschale reduziert hat, hat sie es billigend in Kauf genommen, dass sie eine unwirksame Pauschale erhob.

bb) Das gilt auch, soweit sie die Pauschale alsbald nach Zustellung der einstweiligen Verfügung auf 14,95 € reduziert hat. Es kann auf Grund der vorstehenden Ausführungen ohne Weiteres zugrunde gelegt werden, dass sie es für möglich hielt, dass die Senkung der Pauschale auf diesen Betrag bei Weitem nicht ausreichte, um nur den Schaden nach § 309 Nr. 5a BGB abzudecken, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten ist, und sie dies zur Maximierung ihres Gewinn in unlauterer Weise gleichwohl billigend in Kauf genommen hat.

Denn wie bereits ausgeführt, ergeben die verbleibenden Positionen – ohne die Personalkosten und den durch die Sperrung der Kunden angeblich entgangenen Gewinn – nur einen Betrag von unter 10 €.

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Beschlusstenor des Landgerichts Kiel – 17 O 200/11 - vom 29. September 2011 zu unbestimmt gewesen sei, weil ihr untersagt worden ist, die Klausel zu verwenden, soweit in der Preisliste eine Schadenspauschale von 20,95 € „oder ein anderer Betrag festgelegt ist, der den Schaden übersteigt, welcher der Antragsgegnerin im Falle einer Rücklastschrift nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entsteht“. Denn der Gewinnabschöpfungsanspruch setzt nicht voraus, dass gegen den Verwender unwirksamer AGB ein vollstreckungsfähiger Titel in der Hauptsache oder im Wege einer einstweiligen Verfügung ergangen ist. Entscheidend ist allein, dass die Beklagte die Germanwings-Entscheidung des BGH kannte und nicht die Augen davor verschließen konnte, dass die dort aufgestellten Grundsätze auch in ihrem Fall Anwendung finden konnten. Das war ihr, wie ausgeführt, nicht nur durch die Abmahnung des Klägers vom 5. September 2011 und den Beschluss des Landgerichts vom 29. September 2011 in dem Verfügungsverfahren 17 O 200/11, in dem das BGH-Urteil zitiert worden war, sondern auch durch die genannte Abmahnung der Verbraucherzentrale Berlin und deren Klage gegen sie im Rechtsstreit 5 O 229/11 LG Kiel (2 U 3/12) durch die rechtlichen Erörterungen der Prozessbevollmächtigten der Verbraucherschutzverbände senatsbekannt nachhaltig vor Augen geführt worden, ebenso, dass die Position entgangener Gewinn nicht berücksichtigungsfähig war, die sie – wie ausgeführt – in der Realität ohnehin nicht angesetzt hatte.

Wenn sie die Pauschale gleichwohl nur auf 14,95 € herabsetzte, muss sie sich vorwerfen lassen, vor den die Unlauterkeit ihres Verhaltens begründeten Tatsachen wider besseres Wissen die Augen verschlossen zu haben.

cc) Aus den genannten Gründen hat die Beklagte auch vorsätzlich gehandelt, soweit sie seit dem 24. Januar 2012 in ihrer Preisliste für die

Rücklastschriftpauschale einen Betrag von 10 € festgelegt und sich hierauf gegenüber Verbrauchern berufen hat.

Vor diesem Hintergrund kann sich die Beklagte auch nicht darauf zurückziehen, sie habe dies für zulässig erachtet, weil ihr mit dem im einstweiligen Verfügungsverfahren am 23. Januar 2012 zugestellten Urteil nur untersagt worden ist, die Klausel zu verwenden, soweit in ihrer Preisliste ein Betrag von 20,95 € oder ein 10 € *übersteigender* Betrag festgelegt worden ist. Ihr war bekannt, dass der Kläger durchweg die Auffassung vertreten hatte, dass ihr nur eine Pauschale von deutlich unter 10 € zustand. Es lag auf der Hand, dass die Bezifferung eines Betrags von über 10 € in dem bis dahin unbestimmten Antrag nur den prozessualen Besonderheiten des Verfügungsverfahrens geschuldet war. Auf die Ausführung zu I. 1. c) wird insoweit Bezug genommen.

Die Beklagte musste unabhängig vom Antragsprogramm des Klägers die Grenzen des § 309 Nr. 5a BGB selbst prüfen, und der Senat hat keinen Zweifel, dass sie dies auch getan hat.

Wie ausgeführt ergeben die ohne die Personalkosten und den entgangenen Gewinn verbleibenden Positionen zusammen – unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt erstattungsfähig sind - nur einen Betrag von unter 10 € (Mittelwert Bankgebühren 5,87 €, Benachrichtigungsschreiben 0,40 €, IT-Kosten 0,39 €, Refinanzierungskosten 2,63 €, zusammen 9,29 €).

Anderes ergibt sich zugunsten der Beklagten nicht daraus, dass sie im vorliegenden Rechtsstreit mit der Anschlussberufung in ihr Rechenwerk Bankgebühren nicht nur mit dem errechneten Mittelwert, sondern in Höhe von 8,11 € eingestellt wissen will. Unwirksam ist nach dem klaren Wortlaut des § 309 Nr. 5a BGB eine Pauschale, die in den geregelten Fällen den „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ zu erwartenden Schaden übersteigt. Angesichts des eindeutigen Wortlauts konnte die Beklagte in Bezug auf die Bankgebühren offenkundig nicht mit den Maximalgebühren als worst-case-Szenario operieren. Es kann zugrundegelegt werden, dass ihr aufgrund entsprechender Beratung

ihrer Rechtsabteilung und ihres Prozessbevollmächtigten auch bewusst war, dass sich der durchschnittliche Schaden nicht anhand der höchstmöglichen Schadenspositionen als worst-case-Szenario berechnen ließ, und sie es nach entsprechender rechtlicher Beratung jedenfalls für möglich gehalten hat, dass die Pauschale von 10 € unwirksam sein könnte. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten ist dem Vortrag des Klägers, die Beklagte entsprechend beraten zu haben, auch gar nicht entgegen getreten.

Es kommt hinzu, dass der Kläger schon vor Reduzierung der Schadenspauschale auf 10 € in seiner Abmahnung vom 8. September 2011 und ausführlich im Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 28. September 2011 und in der Klagschrift vom 17. November 2011, der Beklagten zugestellt am 13. Dezember 2011, unter Zitierung und Subsumtion der Germanwings-Entscheidung ausgeführt hatte, dass der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende ersatzfähige Schaden unter 10 € liege. Dies alles war der Beklagten, als sie die Pauschale ab dem 24. Januar 2012 nur um 1 Cent niedriger ansetzte, als der Urteilstenor im Verfügungsverfahren lautete, bestens bekannt. Sie musste deshalb damit rechnen, dass die Herabsetzung, gemessen an § 309 Nr. 5a BGB, nicht weit genug war. Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass sie dies im streitgegenständlichen Auskunftszeitraum vom 10. Oktober 2011 bis 27. Juni 2012 für möglich gehalten und bewusst in Kauf genommen hat.

Für die Zeit ab Klageerweiterung gemäß Schriftsatz vom 28. März 2012 (Bl. 56 d. A.) am 3. April 2012 (Bl. 73 d. A.), mit der primär die Unterlassung der Verwendung der Klausel begehrt worden ist, soweit in der gültigen Preisliste eine Rücklastschriftpauschale von 10 € festgelegt ist, ist dies ohnehin offensichtlich.

Der bedingte Vorsatz wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Landgericht Kiel in dem Urteil vom 27. Juli 2012 eine Pauschale von „etwas mehr als 10 €“ für gerechtfertigt gehalten hat. Es handelt sich um das Urteil einer Einzelrichterin, so dass die Kollegialgerichtsregel ohnehin nicht greift. Im

Übrigen bezieht sich der Zeitraum, für den Auskunft begehrt wird, auf die davor liegende Zeit von der Zustellung des Urteils im Verfügungsverfahren am 10. Oktober 2011 bis zur mündlichen Verhandlung im Hauptsacheverfahren im ersten Rechtszug am 27. Juni 2012. In diesem Zeitraum war der Beklagten das unter Missachtung der Regeln des prozessualen Beweisrechts ergangene Urteil vom 27. Juli 2012 indes noch gar nicht bekannt und konnte ihren aus den aufgezeigten Gründen zugrunde zu legenden Eventualvorsatz zur Unwirksamkeit der Pauschale von 10 € nicht zu ihrem Vorteil beeinflussen.

c) Dass die Beklagte einen Gewinn zu Lasten einer Vielzahl von Kunden (Abnehmer) erzielt hat, ist bei der vorliegenden Fallgestaltung unzweifelhaft. Ihnen gegenüber erfolgte die Verwendung und Berufung auf unwirksame AGB, mit der Folge, dass die Beklagte, soweit die Kunden den Betrag der unwirksamen Rücklastschriftpauschale bezahlt haben, einen Gewinn erzielt hat. Dies erfolgte auf Kosten ihrer Kunden, die in Höhe der bezahlten Pauschale eine Vermögenseinbuße erlitten haben, weil die Pauschale gemäß § 309 Nr. 5 BGB unwirksam war, so dass für die Kunden mit der Zahlung kein Vermögensvorteil durch Befreiung von einer bestehenden Verbindlichkeit für sie verbunden war.

Soweit die Beklagte geltend macht, dass sie intern so organisiert sei, dass es ausgeschlossen sei, dass nach der Reduzierung der Rücklastschriftgebühr von zunächst 20,95 € über 14,95 € auf 10 € bei einem Rücklastschriftfall noch die jeweils höhere Rücklastschriftpauschale in Rechnung gestellt wird, verkennt diese Argumentation, dass auch die jeweils niedrigere Pauschale gemäß § 309 Nr. 5a BGB unwirksam ist und nicht in Rechnung gestellt werden durfte. Aus dem eigenen Vortrag der Beklagten ergibt sich im Umkehrschluss, dass sie nach der jeweiligen Reduzierung der Pauschale bei einem Rücklastschriftfall aber jedenfalls die niedrigere Pauschale berechnet hat, die abzuschöpfen ist.

Der Kläger kann auch die Aufnahme des Betrags von 20,95 € in den Tenor des Auskunftsausspruchs verlangen, weil es naheliegend ist, dass die Beklagte diesen Betrag auch nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 10.

Oktober 2011 aufgrund zuvor verschickter Rechnungen noch erhalten und vereinnahmt hat. Auch die Vereinnahmung dieses höheren Betrags aufgrund früherer Rechnungen unterliegt indes der Abschöpfung.

Im Übrigen hat die Beklagte auch nur vorgetragen, dass sie die Pauschale in Höhe von 20,95 € „unverzüglich“ nach Zustellung der einstweiligen Verfügung, die am 10. Oktober 2011 erfolgt ist, gesenkt habe. Dass dies noch am 10. Oktober 2011 oder am darauf folgenden Tag geschehen ist, hat sie nicht vorgetragen und eine entsprechende Preisliste auch nicht vorlegt. Dies ergibt sich auch nicht aus dem angefochtenen Urteil. Aus diesem Grunde ist realistischer Weise von einer Umstellung erst kurz nach dem 10. Oktober 2011 auszugehen, mag die Umstellung auch alsbald ohne schuldhaftes Verzögern erfolgt sein. Dieser Rückschluss ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die Beklagte bezüglich der erneuten Reduzierung der Pauschale von 14,95 € auf 10 € wiederholt ausdrücklich betont hat, dass sie die Pauschale bereits einen Tag nach Zustellung des Urteils vom 11. Januar 2012, die am 23. Januar 2012 durch den Gerichtsvollzieher erfolgt ist, reduziert habe, während sie Derartiges für die erste Reduzierung selbst nicht behauptet. Auch aus diesem Grunde ist der Betrag von 20,95 € in den Urteilstenor aufzunehmen.

4. Wegen der Zahlungsstufe der Stufenklage ist der Rechtsstreit noch nicht entscheidungsreif, weil über die Stufen einer Stufenklage nur nacheinander entschieden werden darf. Die Auskunft ist gerade Voraussetzung dafür, dass der Kläger seinen Zahlungsantrag konkretisieren kann. Insoweit ist der Rechtsstreit auf den Antrag des Klägers in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 2 Nr. 4 ZPO an das Landgericht zurückzuverweisen, das dann zu gegebener Zeit über die Zahlungsstufe zu entscheiden hat.

Für den hier gegebenen Fall der vollständigen Abweisung einer Stufenklage durch das erstinstanzliche Gericht ist anerkannt, dass das Berufungsgericht bei Bejahung des Anspruchs auf Auskunft den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Folgestufen an die erste Instanz in entsprechender Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 4 ZPO zurückverweisen darf, um den Parteien nicht eine

Tatsacheninstanz zu nehmen (BGH NJW 1985, 862; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteile vom 9. Oktober 2007 – 3 U 48/06 -; 13. April 2004 – 3 U 19/02 -; 16. Oktober 2001 – 3 U 144/00 -; Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 538 Rn. 48).

5. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst; sie hat im Schlussurteil zu ergehen.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 709 ZPO. Bei der Bemessung der Sicherheitsleistung hat der Senat berücksichtigt, dass vor dem Hintergrund, dass die Beklagte ein Großunternehmen mit Milliardenumsatz und einer entsprechenden Vielzahl von Kunden ist, auch mit einer ganz erheblichen Zahl von Rücklastschriften zu rechnen ist. Die Auskunftserteilung und Rechnungslegung, bei der nach den verschiedenen Rücklastschriftpauschalen zu differenzieren ist und die einen Zeitraum von immerhin 8 ½ Monaten erfasst, wird deshalb einen ganz erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursachen. Zur Erfüllung des Auskunftsurteils wird die Zuziehung von Fachkräften wie Buchhaltern und insbesondere auch eines Wirtschaftsprüfers mit entsprechenden hohen Kosten erforderlich sein.

Weiter war zu berücksichtigen, dass auch der Unterlassungsausspruch zu 1. angesichts der Vielzahl von Rücklastschriften, die aufgrund des hohen Kundenstamms zu erwarten sind, von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Beklagte ist und bei einer etwaigen Vollstreckung des Urteilstenors zu 1.) aufgrund des erheblichen Firmenwerts der Beklagten mit Ordnungsgeldern von ganz erheblicher Höhe zu rechnen ist.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß § 543 ZPO bestehen nicht. Das gilt insbesondere auch für die Frage der Darlegungs- und Beweislast, die vom BGH bislang offen gelassen worden ist, weil vorliegend beide dazu vertretenen Auffassungen zum selben Ergebnis führen. Die Frage, inwieweit Personalkosten für die Bearbeitung von Rücklastschriften erstattungsfähig sind,

wenn das Zahlungssystem auf das Lastschriftverfahren ausgelegt ist, ist höchstrichterlich bereits geklärt. Die Zulassung ist auch nicht wegen des Gewinnabschöpfungsanspruchs veranlasst, weil dieser auf einer Tatsachenwürdigung des Einzelfalls beruht, die nicht für andere Verfahren grundsätzliche Bedeutung hat.

Waßmuth

Schürger

Dr. Wiggers