

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 10 U 24/13  
312 O 574/12  
LG Hamburg



## Beschluss

In der Sache

**- Kläger und Berufungsbeklagter -**

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt

gegen

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 10. Zivilsenat - durch die Präsidentin des Hanseatischen Oberlandesgerichts ....., die Richterin am Oberlandesgericht ..... und die Richterin am Oberlandesgericht ..... am 25.06.2014:

Der Senat weist darauf hin, dass beabsichtigt ist, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 18.03.2013 ( Az.: 312 O 574/12 ) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 UKlaG der geltend gemachte Unterlassungsanspruch bezüglich der Mahngebührklausel in der am 12.09.2012 geltenden Preisliste der Beklagten zu.

Die darin festgelegte Mahngebühr in Höhe von 5,95 € ist als pauschalierter Schadenersatzanspruch des Verwenders am Maßstab des § 309 Nr. 5 a BGB zu messen und unwirksam, weil nicht festgestellt werden kann, dass sie dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden entspricht.

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass der Verwender im Rahmen von § 309 Nr. 5 a BGB darlegen und ggfls. beweisen muss, dass die Pauschale dem typischen Schadensumfang entspricht. Dies ist auch die vorherrschende Meinung in der Rechtsprechung (wie hier: OLG Schleswig MDR 2013, S. 579; OLG Brandenburg, MDR 2012, S. 391, BGH NJW 1977, S. 381) und Literatur (Palandt/Grüneberg, § 309 Rdn. 29 f, Münch-Kom Wurmnest, § 309 Nr. 5 Rdn. 16; Erman - Roloff § 309 Nr. 5 Rdn. 48 f).

Zutreffend ist zwar, dass es zu dieser Frage eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung nicht gibt (bejahend BGH NJW 1977 S. 381 zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AGBG; offen gelassen etwa BGH NJW-RR 2000, S. 719 und NJW 1982, S. 33 f jeweils zu § 11 Nr. 5 AGBG) und insbesondere in der Literatur auch eine davon abweichende Ansicht vertreten wird (Ulmer/Brandner/Hensen - Fuchs § 309 Nr. 5 Rdn. 23; Wolf/Lindacher/Pfeiffer - Dammann § 309 Rdn. 82 ff).

Die Ansicht der Beklagten, der Kläger habe darzulegen und zu beweisen, dass die streitgegenständliche Mahnkostenpauschale nicht dem typischen Schadensumfang entspräche, überzeugt jedoch nicht.

Nach allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätzen trägt grundsätzlich der Geschädigte die Darlegungs- und Beweislast für Art und Umfang des erlittenen Schadens. Ferner ist aus Gründen der Zumutbarkeit zu vermeiden, dass derjenige in die Beweislast gedrängt wird, dem die Einblicke in die entscheidungsrelevanten Verhältnisse des Prozessgegners fehlen. Die Vertragspartner des Verwenders haben in der Regel keinen Einblick in die in der Sphäre des Verwenders liegenden Kalkulationsprinzipien und Berechnungsfaktoren,

die die Schadenspauschale bestimmen (ähnlich auch OLG Schleswig a.a.O.). Weder Grund noch Höhe dieser schadensbildenden Faktoren sind Außenstehenden erkennbar, so dass schon aus Zumutbarkeitsgesichtspunkten eine Darlegungs- und Beweislast des Verbrauchers ausscheidet (vgl. insoweit auch BGH NJW 1977, S. 381, wonach eine Beweislast des Schädigers für die Angemessenheit der Pauschale als praktisch aussichtslose Beweislage bezeichnet wird).

Entgegen der Ansicht der Beklagten verliert die Pauschale auch nicht ihren Sinn, wenn der Verwender nachweisen muss, dass diese dem typischen Schadensumfang entspricht. Denn der Verwender muss gerade nicht im Einzelfall seinen konkreten Schaden darlegen und beweisen, insbesondere nicht seine innerbetriebliche Kalkulation offen legen (so auch OLG Brandenburg, MDR 2012, S. 391 f), sondern im Rahmen von § 309 Nr. 5 a BGB lediglich Tatsachen vortragen und ggfls. beweisen, die eine Feststellung dazu ermöglichen, dass die Pauschale sich am durchschnittlichen Schaden orientiert (vgl. OLG Schleswig a.a.O.). Der Sinn einer Schadensersatzpauschale als Vereinfachung des Schadensausgleichs durch eine generalisierende Betrachtung unter Ausblendung der Umstände des Einzelfalls behält damit durchaus ihren Sinn.

Auch die Berücksichtigung teleologischer Grundsätze spricht für eine Darlegungs- und Beweislast des Klauselverwenders: Nach dem Referentenentwurf zum AGB - Gesetz sollten Schadenspauschalierungen unwirksam sein, "es sei denn, die Pauschale sei nicht höher, als der gewöhnlich zu erwartende Schaden". Durch diese Formulierung wurde dem Klauselverwender die Darlegungslast auferlegt (vgl. DB 1974, Beil. 18, S. 3). Trotz davon abweichender Formulierungen in § 11 Nr. 5 a AGBG a.F., § 309 Nr. 5 a BGB ist der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum AGB -Gesetz (BT-Druck S. 7/3919, S. 30) nicht zu entnehmen, dass vom Referentenentwurf abgewichen und die Darlegungs- und Beweislast doch dem Vertragspartner des AGB - Verwenders auferlegt werden sollte ( so auch BGH NJW 1972, S. 381, und Münch/Komm - Wurmnest, § 309 Nr. 5 Rdn. 16).

Letztlich bedarf es hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung dazu, ob der Klauselverwender die Angemessenheit der Schadenspauschale in jedem Fall auch beweisen muss. Denn nach den vorgenannten Grundsätzen, insbesondere unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit sowie der Erkenntnismöglichkeiten der Beteiligten nach ihren Herrschafts-

und Risikobereichen, wird man im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast zumindest fordern müssen, dass der Klauselverwender Tatsachen für die Angemessenheit der Pauschale schlüssig darlegt.

Selbst die von der Beklagten zitierte Gegenansicht (Ulmer/Brandner/Hensen - Fuchs, § 309 Nr. 5 Rdn. 23, und Wolf/Lindacher/Pfeiffer - Dammann § 309 Nr. 5 Rdn. 84 f ) fordert nicht generell, dem Kunden die Beweislast für die Unangemessenheit der Schadensersatzpauschale aufzuerlegen, sondern vertritt einen differenzierenden Standpunkt. Der Kunde darf danach nicht einfach und substanzlos bestreiten, dass die Schadenspauschale sich am durchschnittlichen Schaden ausrichtet. Er muss vielmehr die behauptete Überhöhung der Pauschale durch ein "Mindestmaß an Daten" plausibel darlegen (so auch OLG Koblenz, NJW RR 1993, S. 1078 f). Gelingt ihm dies, so soll der Verwender darlegen und ggfls. beweisen müssen, dass die Pauschale dem gewöhnlichen Durchschnittsschaden entspreche (so Fuchs und Dammann a.a.O.). Da der Kläger hier die Angemessenheit der Mahnkostenpauschale plausibel bestritten hat mit seinen Darlegungen zu den üblichen Porto-, Brief- und Druckkosten bei Fertigung und Versand von Mahnungen sowie seinen Einwendungen gegen die Einbeziehung der Personalkosten in die Pauschale, wäre es daher selbst nach dem überwiegenden Teil der von der Beklagten zitierten Gegenansicht an der Beklagten, Tatsachen für die Angemessenheit ihrer Mahnkostenpauschale schlüssig darzulegen.

Dem genügt der Sachvortrag der Beklagten indes nicht. Das Landgericht hat insoweit zutreffend erkannt, dass die Beklagte nicht hinreichend schlüssig dargelegt hat, dass ihr als Mobilfunkanbieterin durch eine Mahnung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein Schaden in Höhe von 5,95 € entsteht.

Im Einzelnen:

1. Personalkosten: 4,89 €

Soweit sich die Beklagte für die Berechnung der Pauschale auf Personalkosten in Höhe von 4,89 € bezieht, ist ihr Vortrag schon unschlüssig, weil nur solche Schadenspositionen nach § 309 Nr. 5a BGB pauschalierungsfähig sind, die im Schadensfall auch erstattungsfähig sind (vgl. Erman/Roloff, § 309 Rdn. 44 a.E.). Dies ist bezüglich der von der Beklagten geltend gemachten Personalkosten nicht der Fall. Dabei teilt der Senat den Standpunkt des

Landgerichts und der auf S. 7 / 8 des angegriffenen Urteils zitierten Rechtsprechung, dass der Geschädigte keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Durchsetzung des Anspruchs und die Schadensbearbeitung hat, soweit diese den üblichen Rahmen nicht überschreiten, weil der übliche Zeit- und Kostenaufwand bei der außergerichtlichen Abwicklung von Ansprüchen zum Pflichtenkreis des Geschädigten gehört. Der Senat schließt sich im Ergebnis auch der Wertung des Landgerichts an, dass der von der Beklagten vorgetragene Arbeitsaufwand bei Vorliegen eines Zahlungsverzuges nicht ausreicht, hier einen besonderen Ausnahmefall mit ungewöhnlich hohen Belastungen zu bejahen. Ob im Einzelfall der erforderliche Arbeitsaufwand bei der Anspruchsdurchsetzung den Rahmen der üblichen und typischerweise zu erbringenden Mühewaltung überschreitet, kann nur anhand objektiver Kriterien beurteilt werden, wobei selbst eine Schadenshäufung hierfür nicht ausreichen würde (so BGH NJW 1980, S. 119 f). Objektive Gründe für einen besonders arbeits- und kostenintensiven Personaleinsatz wie etwa die besondere Schwierigkeit der einzelnen Fälle oder eine die wirtschaftliche Existenz des Geschädigten bedrohende Situation hat die Beklagte nicht geltend gemacht. Wenn sie im Falle des Zahlungsverzuges einen am Einzelfall orientierten kosten- und zeitintensiven Personaleinsatz betreibt, ist dies eine unternehmenspolitische Disposition, die dem Verantwortungsbereich der Beklagten obliegt und bei wertender Betrachtung auch unter Einbeziehung des Schutzzwecks eines Verzugsschadensersatzanspruches nicht auf den Kunden abgewälzt werden kann.

Letztlich können aber die geltend gemachten Personalkosten von 4,89 € auch aus einem anderen Grund nicht in die Mahngebührpauschale einbezogen werden: Da in der Preisliste der Beklagten unter der Rubrik " Sonstige Pauschalbeträge " neben den Mahnkosten von 5,95 € noch weitere Schadensersatzpauschalen für den Fall ausstehender Zahlungen genannt sind ( Rücklastschrift: 14,95 €, Teilsperre nach unbezahlter Rechnung: 9,95 €, Vollsperrung nach unbezahlter Rechnung: 9,95 €, Anschriftenermittlung: 24,95 € ), kann vom objektiven Empfängerhorizont des Kunden der in der Preisliste der Beklagten verwendete Begriff " Mahngebühr " nur so verstanden werden, dass hiervon nur die unmittelbar durch eine Mahnung verursachten Kosten erfasst werden.

Damit können in der hier streitgegenständlichen Mahnkostenpauschale nur solche Personalkosten Berücksichtigung finden, die für die Mahnung als solche, also für die an den Schuldner gerichtete dringende Leistungsaufforderung, anfallen. Da hier davon auszugehen

ist, dass bei der Beklagten als Großunternehmen Mahnungen unter Nutzung entsprechender Computerprogramme vorgefertigt sind und per PC erstellt werden, können Personalkosten für eine Mahnung des Schuldners damit etwa für das Ausdrucken eines maschinell vorgefertigten Mahnschreibens, die weitere Verarbeitung ( das Eintüten ) und die Weiterleitung des Mahnschreibens auf den Postweg anfallen. Einen dahingehenden Personalaufwand macht die Beklagte ausweislich Ihrer Darlegungen zu den Personalkosten von 4,89 € pro Mahnung aber gerade nicht geltend. Sie begründet ihre Personalkosten vielmehr damit, dass Mitarbeiter individuell in Ansehung der Bonität des jeweiligen Kunden und unter Berücksichtigung der Dauer der Vertragsbeziehung eruieren und entscheiden, wie im konkreten Einzelfall weiter vorgegangen werden solle, insbesondere, ob der Kunde in die nächste Stufe des Mahnverfahrens übergeleitet werde oder eine Sperre erfolge und ausstehende Gebühren beigetrieben würden. Hierbei handelt es sich nicht um Personaleinsatz für eine Mahnung, sondern um eine weitergehende Bearbeitung, die der Prüfung und Realisierung des Anspruchs dient. Solche Kosten können nicht als Bestandteil einer reinen Mahnkostenpauschale angesehen werden. Ob sie im übrigen in eine Schadensersatzpauschale einbezogen werden können, bedarf hier letztlich keiner Entscheidung, weil hier nur die Wirksamkeit einer reinen Mahnkostenpauschale zu beurteilen ist.

Da sich die übrigen von der Beklagten geltend gemachten Schadensfaktoren der Mahnkostenpauschale nur auf 3,39 € belaufen, ist die Mahnkostenpauschale nach § 309 Nr. 5a BGB unwirksam.

Vor diesem Hintergrund kann hier auch dahingestellt bleiben, welche Auswirkungen es hat, dass die Beklagte nach Grund und Höhe identische Personalkosten sowohl für die hier streitgegenständliche Mahnkostenpauschale als auch - gerichtsbekannt aus den Verfahren vor diesem Senat zu den Az. 10 U 13/ 3, 10 U 14/13 und 10 U 18/13 - für die Rücklastschriftenpauschale anführt, und ob damit wegen der Möglichkeit der kumulativen Geltendmachung von Rücklastschriftenpauschale einerseits und Mahnkostenpauschale andererseits einer oder u.U sogar beiden Pauschalen die Wirksamkeit zu versagen ist.

2. Soweit die Beklagte auf die Entscheidung des OLG Hamburg zum Az. 5 U 64/84 sowie Entscheidungen des OLG Köln und OLG Düsseldorf aus den 80er Jahren, dort als zulässig betrachtete Mahnpauschalen von 5,— DM sowie eine entsprechende Preissteigerung ver-

weist, ist hieraus zugunsten der hiesigen Beklagten nichts herzuleiten. Eine übereinstimmende Rechtsprechung dahingehend, dass Mahnkostenpauschalen von 5,--DM oder in der hier streitgegenständlichen Höhe zulässig sind, existiert weder am OLG Hamburg ( verneinend für eine Pauschale von 5,--DM etwa OLG Hamburg NJW RR 1987, S. 1449 ) noch ansonsten.

In welcher Höhe eine Mahnkostenpauschale in AGB gem. § 309 Nr. 5a BGB wirksam sind, hängt vielmehr stets von den Umständen des Einzelfalles und den tatsächlich durchschnittlich anfallenden Kosten ab. Einen durch eine Mahnung verursachten branchentypischen oder individuellen Durchschnittsschaden in Höhe von 5,95 € hat die Beklagte hier nicht hinreichend dargetan.

Aus diesem Grund bedarf auch die in Abweichung zum erstinstanzlichen Vortrag von der Beklagten erstmals mit der Berufung aufgeworfene Frage, ob bei der Prüfung der Angemessenheit der Mahnkostenpauschale anstelle des branchentypischen Durchschnittsschadens auch der Durchschnittsschaden gerade des Verwender maßgeblich sein kann, hier keiner Beantwortung.

3. Soweit die Beklagte unter Bezugnahme auf die Kommentierung von MünchKom zu § 309 Nr. 5 Rdn. 11 und die §§ 252 BGB, 287 ZPO meint, ihre Darlegungslast sei gemindert und dieser geminderten Darlegungslast sei sie nachgekommen, ist dies ebenfalls unzutreffend.

Zwar gilt für Schadensersatz in Form entgangenen Gewinns, dass § 252 S. 2 BGB eine Beweiserleichterung zugunsten des Geschädigten enthält und dieser nur solche Umstände darzulegen und in den Grenzen des § 287 ZPO zu beweisen hat, aus denen sich nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit Wahrscheinlichkeit ein Gewinneintritt ergibt. § 252 S. 2 BGB ermöglicht daher dem Geschädigten eine abstrakte Schadensberechnung dergestalt, dass bei der Ermittlung des Gewinns auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge abgestellt werden kann. Der Geschädigte, dem ein Auftrag/Geschäft entgangen ist, braucht daher den dadurch entstandenen Schaden nicht konkret zu berechnen. Aus dem Umstand, dass § 309 Nr. 5 a BGB in sprachlicher Hinsicht an die Formulierung in § 252 BGB anknüpft, kann aber nichts zugunsten der Beklagten hergeleitet werden. Denn trotz der dargelegten Beweiserleichterung hat der Geschädigte, wie die Beklagte auf Seite 11 ihres Schriftsatzes vom

25.9.2013 zutreffend festgestellt hat, stets hinreichende Tatsachen darzutun, die eine Schätzung des nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintretenden Schadens ermöglichen. Solche Tatsachen hat die Beklagte jedoch gerade nicht hinreichend genau dargetan, so dass auch eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO nicht in Betracht kommt.

4. Soweit die Beklagte mit der Berufung unter Bezugnahme auf S. 9 des landgerichtlichen Urteils letztlich geltend macht, das Landgericht habe entgegen § 139 Abs. 2 ZPO keinen Hinweis erteilt, dass es den Vortrag des Klägers zu den einzelnen Kostenpunkten für nicht hinreichend substantiiert halte, greift auch dieser Einwand nicht.

Die Wertung des Landgerichts, die Beklagte habe zu keinem der aufgezählten Kostenpunkte ausreichend substantiiert vorgetragen, bezieht sich auf die Höhe der veranschlagten Schadensposition. In Bezug auf die "Personalkosten" waren die Darlegungen der Beklagten schon dem Grunde nach un schlüssig, weil diese Position im Rahmen einer Mahngebühr nicht erstattungsfähig ist. Da nach Abzug dieser Position rechnerisch lediglich ein Schadensbetrag in Höhe von 3,39 € verbleibt, kam es auf die Frage hinreichender Substantiierung der weiteren Schadensfaktoren nicht an, so dass ein entsprechender richterlicher Hinweis des Landgerichts entbehrlich war. Aus demselben Grund war im Ergebnis auch eine Vernehmung des Zeugen ..... nicht geboten.

Festzuhalten ist damit, dass die Beklagte ihrer Darlegungslast dafür, dass eine Pauschale von 5,95 € dem üblichen Durchschnittsschaden für eine Mahnung entspricht, nicht nachgekommen ist.

Die Berufung der Beklagten hat damit keine hinreichende Erfolgsaussicht.

Die Rechtssache hat auch weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts.

Die Parteien erhalten Gelegenheit, zu den Hinweisen dieses Beschlusses binnen 2 Wochen Stellung zu nehmen, auch zu der Frage, ob die Berufung zurückgenommen werden soll.

.....  
Präsidentin  
des Hanseatischen Oberlan-  
desgerichts

.....  
Richterin  
am Oberlandesgericht

.....  
Richterin  
am Oberlandesgericht