

Unvollständige Referenzliste ist irreführend

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 14.11.2013

Az.: 15 U 80/12

Tenor

Die Berufung der Beklagten, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten gegen das am 8. Februar 2012 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kassel sowie die Anschlussberufung des Klägers, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers werden zurückgewiesen.

Das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kassel vom 8. Februar 2012 wird für vorläufig vollstreckbar ohne Sicherheitsleistung erklärt.

Die Kosten des Rechtsstreits im Berufungsrechtszug hat die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte zu zwei Dritteln und der Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger zu einem Drittel zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung restlichen Werklohnes.

Der Kläger war bis zum Jahr 2008 bei der Beklagten, die im Bereich der ...planung tätig ist, als Arbeitnehmer beschäftigt. Er war dort ... der Abteilung A ...-Planung (A). Der Kläger

kündigte das Arbeitsverhältnis.

Mit Werkvertrag vom 23. September 2008 beauftragte die Beklagte den Kläger mit der „Erbringung von Teilleistungen zu Projekten im Bereich A“.

In § 1 des Vertrages sind die einzelnen Projekte bezeichnet. In § 5 des Vertrages ist geregelt, dass der Auftragnehmer (der Kläger) der B (der Beklagten) das ausschließliche, unwiderrufliche, zeitlich, örtlich und sachlich unbeschränkte, uneingeschränkte Nutzungsrecht an den erbrachten Leistungen für alle Nutzungsarten einräumt. Weiter heißt es in Absatz 3: „Der AN ist berechtigt, seine Leistungen für die B auf Grundlage dieses Werkvertrages auf seiner Referenzliste als selbständiger Planer zu führen, wobei er die B als Hauptauftragnehmer und den von ihm erstellten Leistungsteil kennzeichnen muss“. In § 12 des Werkvertrages sind Geheimhaltungspflichten des Klägers geregelt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den sich in Ablichtung bei den Akten befindlichen Werkvertrag vom 23. September 2008 (Bl. 12 f. d. A.) Bezug genommen.

Der Kläger erbrachte in der Folgezeit die von ihm geschuldeten Leistungen. Mit Rechnung vom 13. November 2009 (Bl. 27 d. A.) berechnete der Kläger der Beklagten einen Betrag von brutto € 124,95 für das Projekt 1 (Bl. 27 d. A.). Mit weiterem Schreiben vom 15. März 2010 setzte der Kläger der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 25. März 2010. Für die Projekte 2, 3, 4 und 5 stellte der Kläger unter dem 13. November 2009 Rechnungen über € 718,46, € 312,38, € 4.685,63 und € 1.112,65. Für das Projekt 6 berechnete der Kläger der Beklagten mit Rechnung vom 15. März 2010 € 553,35. Schließlich machte er für das Projekt 7 mit Rechnung vom 15. Dezember 2008 € 1.249,50 geltend; nach Teilzahlung der Beklagten in Höhe von € 668,69 macht der Kläger insoweit noch € 580,81 geltend. Sein vormaliger Prozessbevollmächtigter, Rechtsanwalt ... aus ..., setzte mit Schreiben vom 18. November 2010 (Bl. 33 f. d. A.) der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 2. Dezember 2010.

Der Kläger hat erstinstanzlich zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn € 124,95 nebst acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz seit dem 26. März 2010 nebst außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 46,41 zu zahlen,

2. die Beklagte ferner zu verurteilen, an ihn weitere € 7.963,28 nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 14. Dezember 2009 aus € 6.829,12, seit dem 16. April 2010 aus € 553,35 und seit dem 16. Januar 2009 aus € 580,81 zu zahlen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat gegenüber den Werklohnansprüchen des Klägers die Aufrechnung mit Gegenforderungen in Höhe von 2 x € 1.641,96 (= € 3.283,92) erklärt und ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Die Beklagte wirft dem Kläger vor, gegen den zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrag vom 23. September 2008 sowie gegen Wettbewerbsrecht verstoßen zu haben. Der Kläger veröffentlichte nämlich unter seiner Internetadresse www....de eine Referenzliste mit im Rahmen des Werkvertrages und seiner Tätigkeit für die Beklagte bearbeiteten Projekten. In der damaligen Referenzliste, die sich in Ablichtung bei den Akten befindet (Bl. 71 f. d. A.), sind die einzelnen Auftraggeber und die Projekte bezeichnet. Ferner ist die Beklagte als Hauptauftragnehmer angegeben. Hinsichtlich des Klägers heißt es, dass die Projekte „im Rahmen der Tätigkeit als Projektleiter bzw. Projektbearbeiter bei der B ... X, Stadt1“, bearbeitet worden sind. Eine Differenzierung zwischen von dem Kläger und von anderen Personen bearbeiteten Leistungsteilen erfolgt nicht.

Außerdem hinterlegte der Kläger u. a. den Namen der Beklagten

„B ... X“ sowie die Kurzbezeichnung der Beklagten „B“ im Quellcode seiner Internetseite, was zur Folge hat, dass potentielle Interessenten und Kunden der Beklagten, welche diese über Suchmaschinen im Internet suchten, die Internetseite des Klägers angezeigt bekamen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 15. Dezember 2008 (Bl. 76 f. d. A.) mahnte die Beklagte den Kläger ab und forderte ihn unter Fristsetzung auf, die Nennung der Beklagten nebst den genannten Auftraggebern sowie Projekten und Leistungsumfang von seiner Internetseite zu entfernen und die anliegende Unterlassungserklärung abzugeben. Ferner forderte sie den Kläger auf, unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von € 50.000,00 deren Anwaltskosten in Höhe von € 1.641,96 bis spätestens zum 31. Dezember 2008 zu begleichen. Der Kläger stellte in der Folgezeit seine Referenzliste ein bis zwei Tage offline und danach mit leichten Modifizierungen erneut auf seiner Internetseite ein. Wegen des Textes der Referenzliste wird auf Bl. 84 f. d. A. Bezug genommen. Die Beklagte mahnte den Kläger erneut mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 12. Januar 2011 (Bl. 80 f. d. A.) ab und machte erneut Anwaltskosten in Höhe von € 1.641,96 geltend. Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger habe sich durch die Gestaltung und Veröffentlichung der Referenzlisten in unzulässiger Weise an den guten Ruf der Beklagten angelehnt und diesen in unzulässiger Art und Weise ausgenutzt. Außerdem habe er, der Kläger, die Referenzlisten ohne Genehmigung der Beklagten veröffentlicht.

Der Kläger hält die Abmahnungen für unberechtigt. Er behauptet, er habe in seiner Referenzliste zutreffend darüber informiert, dass er bei der Beklagten als Team- und Projektleiter beschäftigt gewesen sei. Die Abmahnung aus dem Januar 2011 sei unwirksam, da es sich insoweit unverändert um den identischen Sachverhalt wie bei der Abmahnung vom 15. Dezember 2008 gehandelt habe. Außerdem hält der Kläger den angesetzten Geschäftswert für überhöht.

Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird ergänzend Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Die 4. Zivilkammer des Landgerichts Kassel hat mit dem angegriffenen Urteil vom 8. Februar 2012 die Beklagte verurteilt, an den Kläger € 5.328,63 nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 4.650,33 seit dem 14. Dezember 2009, aus € 124,95 seit dem 26. März 2010 und aus € 553,35 seit dem 16. April 2010 sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 46,41 zu zahlen; im Übrigen hat die 4. Zivilkammer die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat die 4. Zivilkammer ausgeführt, gegenüber dem Werklohnanspruch des Klägers in Höhe von € 8.088,23 könne die Beklagte mit Gegenforderungen in Höhe von € 2.759,60 aufrechnen. Die Beklagte habe nämlich gegen den Kläger in dieser Höhe einen Aufwendersatzanspruch gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Der Kläger habe mit den von ihm gestalteten und auf seiner Internetseite www...de veröffentlichten Referenzlisten gemäß § 5 Abs. 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages vom 23. September 2008 sowie gegen die §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG verstoßen.

Der Kläger sei zwar gemäß § 5 Abs. 3 des genannten Werkvertrages berechtigt gewesen, seine Leistungen für die Beklagte auf der Grundlage des Werkvertrages auf seiner Referenzliste als selbstständiger Planer zu führen. Dies habe er allerdings nur unter Kennzeichnung der Beklagten als Hauptauftragnehmer und unter Kennzeichnung des von ihm erstellten Leistungsteils gedurft. Letztere Kennzeichnung habe der Kläger indes nicht vorgenommen. Er habe in seinen in den Abmahnungen angesprochenen Referenzlisten nicht dargestellt, welche Leistungen er und welche die Beklagte durch andere Personen vorgenommen habe. Er habe vielmehr die genannten Projekte als im Rahmen seiner Tätigkeit „als Projektleiter bzw. Projektbearbeiter bei der B“ gekennzeichnet. Der Kläger habe selbst eingeräumt, dass die Beklagte jedenfalls Aufgaben von einem geringen Ausmaß vorgenommen habe. Dies werde aus den

von dem Kläger veröffentlichten Referenzlisten indes nicht deutlich.

Die Art der Darstellung der Referenzlisten verstoße gegen § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG. Der Kläger habe in wettbewerbswidriger Weise die Stellung der Beklagten am Markt ausgenutzt und auf sein erst kürzlich gegründetes Unternehmen übertragen. Dies stelle zugleich ein irreführendes Verhalten im Sinne des § 5 Abs. 1 UWG dar.

Die Beklagte sei daher berechtigt gewesen, den Kläger abzumahnern und ihn zur Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung aufzufordern. Die der Beklagten dadurch entstandenen Anwaltskosten seien gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG ersatzfähig. Der von dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten angesetzte Gegenstandswert von € 50.000,00 sei nicht zu beanstanden.

Allerdings könne die Beklagte nur eine Netto-Gebühr aus einem Geschäftswert von € 50.000,00 nebst der Pauschale für Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen verlangen, da sie vorsteuerabzugsberechtigt ist. Insgesamt könne die Beklagte somit mit Gegenforderungen in Höhe von € 2.759,60 aufrechnen, so dass noch eine restliche Werklohnforderung des Klägers in Höhe von € 5.328,63 verbleibe.

Hiergegen stehe der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB nicht zu. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche nach §§ 8, 9 UWG verjährten gemäß § 11 UWG in sechs Monaten. Jedenfalls seit dem 12. Januar 2011, dem Datum der zweiten Abmahnung, habe die Beklagte keine neuen vertrags- bzw. wettbewerbswidrigen Handlungen des Klägers dargelegt. Infolgedessen könne die Beklagte der Werklohnforderung des Klägers im noch berechtigten Umfang kein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Argumentation der 4. Zivilkammer wird auf die Gründe des angefochtenen Urteils

Bezug genommen.

Gegen das ihr am 13. März 2012 zugestellte Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer am 13. April 2012 eingelegten und sogleich begründeten Berufung.

Mit der Berufungsbegründung rügt die Beklagte u. a., die 4. Zivilkammer sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche der Beklagten verjährt seien. Es handele sich hier um sog. Dauerverstöße. Die Verjährung der daraus resultierenden Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche könne nicht beginnen, solange der Eingriff noch fortduere. Überdies habe die 4. Zivilkammer § 215 BGB übersehen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf den Anwaltsschriftsatz vom 13. April 2012 Bezug genommen (Bl. 330 ff. d. A.).

Nachdem die Beklagte zunächst beantragt hatte, die Klage unter Abänderung des am 8. Februar 2012 verkündeten Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Kassel abzuweisen, hat sie zuletzt mit Anwaltsschriftsatz vom 9. September 2013 (Bl. 460 ff. d. A.) den Anspruch des Klägers in Höhe von € 5.328,63 unter Verwahrung gegen die Kostenlast anerkannt und beantragt nunmehr sinngemäß,

sie unter Abänderung des am 8. Februar 2012 verkündeten Urteil des Landgerichts Kassel zu verurteilen, an den Kläger € 5.328,63 zu zahlen und die Klage im Übrigen abzuweisen.

Nachdem der damalige Berichterstatter des Senats mit Verfügung vom 18. Mai 2012 dem Kläger eine Frist zur Berufungserwiderung bis zum 31. Oktober 2012 gesetzt hatte, hat dieser mit Anwaltsschriftsatz vom 31. August 2012 Anschlussberufung eingelegt. Diese richtet sich insoweit gegen das angegriffene Urteil, als die 4. Zivilkammer darin die Aufrechnung der Beklagten gegen die Forderung des Klägers mit Aufwendungsersatzansprüchen in Höhe von € 2.759,60 für statthaft erachtet hatte. Die Kosten für die Abmahnungen seien

schon deswegen nicht ersatzfähig, weil beide Abmahnungen unberechtigt gewesen seien. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung der Anschlussberufung wird auf den Anwaltschriftsatz vom 31. August 2012 Bezug genommen (Bl. 385 ff. d. A.).

Der Kläger beantragt,

die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Kassel und unter Zurückzuweisung der Berufung der Beklagten zu verurteilen, an ihn € 8.088,23 nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 6.829,12 seit dem 14. Dezember 2009, aus € 124,95 seit dem 26. März 2010, aus € 553,35 seit dem 16. April 2010, aus € 580,81 seit dem 16. Januar 2009 sowie außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 46,41 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt insoweit,

die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 17. Oktober 2013 das schriftliche Verfahren angeordnet und als Termin, bis zu dem Schriftsätze eingereicht werden können, den 30. Oktober 2013 bestimmt.

II.

Die Berufung der Beklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Auch die Anschlussberufung des Klägers ist zulässig. Insbesondere ist sie innerhalb der Berufungserwiderungsfrist eingelegt und begründet worden (§ 524 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Beide Rechtsmittel haben in der Sache jedoch keinen Erfolg, weil das angefochtene Urteil weder auf einer Rechtsverletzung beruht noch nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (vgl. § 513 Abs. 1 ZPO).

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren die Hauptforderung in Höhe von € 5.328,63 anerkannt.

Ein darüber hinaus gehender Werklohnanspruch des Klägers in Höhe von (weiteren) € 2.759,60 besteht nicht.

In dieser Höhe ist der ursprünglich entstandene Werklohnanspruch des Klägers nämlich infolge der Aufrechnung der Beklagten mit gegen den Kläger gerichteten Ansprüchen erloschen.

Die 4. Zivilkammer hat zutreffend erkannt, dass die Beklagte gegen den Kläger einen Aufwendungsersatzanspruch in Höhe von € 2.759,60 aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG hat.

Dabei kann offen bleiben, ob der vorliegende Verstoß gegen § 5 Abs. 3 des Werkvertrages der Parteien wegen des unmittelbaren Wettbewerbsbezuges zugleich einen Verstoß gegen § 3 UWG darstellt (vgl. zu der grundsätzlichen Frage, ob Verstöße gegen wettbewerbsrelevante Vertragsbestimmungen zugleich unlauter im Sinne des UWG sein können, etwa – mit erheblichen Unterschieden im Einzelnen – OLG Hamburg, Urteil vom 16.09.2004 – 3 U 34/04, OLGR Hamburg 2005, 474, 475; OLG Dresden, Urteil vom 30.11.2004 – 14 U 1679/04, GRUR-RR 2005, 354, 355; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 4, Rdnr. 10.42; von Walter, Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, 2007, S. 172 ff.).

Der Kläger hat nämlich – wie die 4. Zivilkammer zutreffend erkannt hat – mit den von ihm gestalteten und auf seiner Internetseite www....de veröffentlichten Referenzlisten gegen § 5 Abs. 1 UWG verstoßen.

Die damalige Darstellung in den Referenzlisten stellte eine unerlaubte Irreführung über die Befähigung des Klägers im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG dar. Die insoweit erforderliche Täuschungseignung liegt dann vor, wenn das bei den angesprochenen Verkehrskreisen erzeugte Verständnis mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (vgl. etwa

BGH, Urteil vom 20.01.2005 – I ZR 96/02, NJW-RR 2005, 684). Ausreichend ist hierbei allein die Eignung zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise; eine Irreführung muss nicht auch tatsächlich eingetreten sein.

Hier hat der Kläger durch seine Formulierungen „[...] auf den folgenden Seiten erhalten sie einen Überblick über unsere zahlreichen Referenzprojekte in den Bereichen [...]“ und „Nachfolgende Projekte wurden im Rahmen der Tätigkeit als Projektleiter bzw. Projektbearbeiter bei der B ... X [...]“ bei der Marktgegenseite – den Nachfragern von Planungsleistungen auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs – den Eindruck erweckt, dass die genannten Projekte allein von der Firma „C“ bearbeitet bzw. von ihm, dem Kläger, allein im Rahmen seiner Tätigkeit als Projektleiter bzw. Projektbearbeiter bei der Beklagten bearbeitet worden seien. Zugleich hat er damit den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass es eine irgendwie geartete Mitwirkung der Beklagten nicht gegeben hat. Die unvollständigen Angaben waren damit geeignet, die Marktgegenseite – die Nachfrager von Planungsleistungen auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs, in erster Linie also Kommunen und kommunale Eigenbetriebe – in die Irre zu führen (in diesem Sinne für eine gleichsam umgekehrte Fallkonstellation auch BGH, Urteil vom 20.01.1961 – I ZR 79/59, GRUR 1961, 356).

Zudem stellt das Hinterlegen des Begriffes „B ... X“ sowie der Kurzbezeichnung der Beklagten „B“ durch den Kläger im Quellcode seiner Internetseite eine unlautere geschäftliche Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG dar (vgl. zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer derartigen Verhaltensweise etwa EuGH, Urteil vom 11.07.2013 – C-657/11, Tz. 52 ff., EuZW 2013, 910, 912 f.; Glossner, in: Leupold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 2, Rdnr. 493 ff.; Hoeren, MMR 2006, 814). Diese Vorgehensweise hatte nämlich damals zur Folge, dass potentielle Interessenten und Kunden der Beklagten, welche

diese über bestimmte Suchmaschinen im Internet suchten, die Internetseite des Klägers angezeigt bekamen.

Entgegen der Ansicht des Klägers liegt auch kein Fall einer missbräuchlichen Abmahnung im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG vor. Entsprechende Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch (vgl. etwa die exemplarische Übersicht von Glossner, in: Leupold/Glossner (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl. 2013, Teil 2, Rdnr. 524) fehlen hier.

Vor diesem Hintergrund war die Beklagte somit berechtigt, den Kläger abzumahnern und ihn zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung aufzufordern. Die der Beklagten dadurch entstandenen Anwaltskosten sind gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG dem Grunde nach ersatzfähig.

Der in diesem Zusammenhang angesetzte Gegenstandswert von € 50.000,00 ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht zu beanstanden. Der Gegenstandswert richtet sich nach der Höhe des für die Gerichtskosten geltenden Wertes (§ 23 Abs. 1 Satz 3 RVG, § 12 Abs. 1 GKG; § 3 ZPO). Da die Abmahnung auf Verschaffung eines endgültigen Titels gerichtet ist, entspricht der Gegenstandswert dabei nicht dem des Verfügungs-, sondern dem des Hauptsacheverfahrens (vgl. etwa Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 12, Rdnr. 1.96 m. w. N.). Im Hinblick auf die Zahl der in den Referenzlisten aufgeführten Projekte und des damit verbundenen wirtschaftlichen Interesses der Beklagten erscheint der angesetzte Gegenstandswert unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles angemessen.

Dabei ist insbesondere der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörterte und von beiden Parteien bestätigte Umstand zu berücksichtigen, dass der hier relevante Markt dadurch gekennzeichnet ist, dass sich sowohl auf der Seite der Anbieter der Planungsleistungen auf dem Gebiet des öffentlichen Personennahverkehrs als auch auf der Seite der Nachfrager nur vergleichsweise wenig Marktteilnehmer befinden.

Dies erhöht den potentiellen Schaden einer Irreführung durch den Kläger.

Entgegen der Auffassung des Klägers liegt in dem erneuten Online-Stellen der Referenzliste des Klägers nur wenige Tage nach Entfernung der ursprünglichen Referenzliste ein neuer abmahnfähiger wettbewerbsrechtlicher Verstoß. Aufgrund der Reaktion des Klägers auf die erste Abmahnung – nämlich dem Entfernen der beanstandeten Referenzliste von seiner Internetseite – durfte die Beklagte davon ausgehen, dass auch die zweite Abmahnung erfolgsversprechend sein würde. Soweit die Beklagte ihre vermeintlichen Unterlassungsansprüche in der Folgezeit nicht weiter verfolgt hat, könnte dies von Bedeutung sein, wenn die Beklagte jetzt ihre vermeintlichen Unterlassungsansprüche gerichtlich geltend machen würde. Die 4. Zivilkammer hat zutreffend erkannt, dass dies indes auf den (entstandenen) Aufwendungsersatzanspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG keinen Einfluss hat.

In diesem Zusammenhang ist die 4. Zivilkammer auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte nur eine Netto-Gebühr aus einem Geschäftswert von € 50.000,00 nebst der Pauschale für Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen verlangen kann, da sie vorsteuerabzugsberechtigt ist. Demgemäß ist die Umsatzsteuer in Höhe von $2 \times € 262,16$ in Abzug zu bringen. Somit kann die Beklagte mit Gegenforderungen in Höhe von € 2.759,60 aufrechnen, so dass noch eine restliche Werklohnforderung des Klägers in Höhe von € 5.328,63 verbleibt.

Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Beklagten nicht (mehr) zu. Zum maßgeblichen Zeitpunkt – dem 30. Oktober 2013 als dem Tag, bis zu dem Schriftsätze hätten eingereicht werden können (vgl. etwa LAG Hamm, Urteil vom 15.02.2006 – 18 Sa 1398/05, juris) – liegt kein Wettbewerbsverstoß von Seiten des Klägers mehr vor. Davon ist auch die Beklagte bei der Erklärung ihres Teilanerkennnisses ausgegangen (s. S. 2 des Anwaltsschriftsatzes vom 9. September 2013, Bl. 460 d. A.).

Die 4. Zivilkammer hat auch zutreffend erkannt, dass dem Kläger Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus € 4.650,33 seit dem 14. Dezember 2009, aus € 124,95 seit dem 26. März 2010 und aus € 553,35 seit dem 16. April 2010 zustehen.

Die Beklagte befand sich nämlich mit der Zahlung dieser Beträge seit den jeweils genannten Zeitpunkten in Verzug.

Der Einwand der Beklagten, § 320 BGB habe hier jeweils dem Verzugseintritt entgegengestanden, ist nicht stichhaltig. Zwar kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn er sich auf eine Einrede stützen kann, die ihm – wie etwa die Einrede des nicht erfüllten Vertrages – ein dauerndes oder wenigstens zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht gewährt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.06.2001 – V ZR 56/00, NJOZ 2001, 1547, 1548; Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 286, Rdnr. 10). Der Werklohnanspruch des Klägers und der Anspruch der Beklagten aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG beruhen zwar auf „demselben rechtlichen Verhältnis“ im Sinne des § 273 Abs. 1 BGB, stehen aber nicht in einer synallagmatischen Verknüpfung, wie dies für das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB Voraussetzung wäre (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2006 – V ZR 40/05, NZBau 2006, 645, 647; Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13, juris). Entsprechendes gilt für den vertraglichen Anspruch der Beklagten aus § 5 Abs. 3 des Werkvertrages der Parteien. Synallagmatisch verknüpft waren insoweit allein die Verpflichtung des Klägers zur Bearbeitung der einzelnen Projekte auf der einen sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung der vereinbarten Vergütung (§ 8 des Werkvertrages) auf der anderen Seite.

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird der Zinsanspruch des Klägers auch durch das zwischenzeitlich bestehende Zurückbehaltungsrecht der Beklagten nicht berührt.

Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB schließt den Verzug mit der Erfüllung der Leistungspflicht und damit die

Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nur dann aus, wenn es vor oder bei Eintritt der Verzugsvoraussetzungen ausgeübt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21.10.2004 – III ZR 323/03, juris; Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13, juris). Beruft sich der Schuldner erst danach auf sein Zurückbehaltungsrecht, wird der bereits eingetretene Verzug dadurch nicht beseitigt (vgl. BGH, Urteil vom 17.02.1969 – II ZR 102/67, NJW 1969, 1110; Urteil vom 25.11.1970 – VIII ZR 101/69, NJW 1971, 421; Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13, juris; Bittner, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 273 Rdnr. 121; Medicus, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, § 12, Rdnr. 221; wohl auch Grüneberg, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 286, Rdnr. 38 f.; a. A. jedoch wohl OLG München, Urteil vom 25.09.1987 – 7 W 2791/87, NJW 1988, 270, 271; Grimme, JR 1988, 177, 182; Krüger in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 273 Rdnr. 93; Kerwer, in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 273 Rdnr. 27). Die rechtliche Verknüpfung der konnexen Forderungen bei § 273 BGB tritt nämlich erst mit der Erhebung der Einrede ein. Zudem hat der Gläubiger nach § 273 Abs. 3 BGB die Möglichkeit, die Einrede des Schuldners durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Dieses Recht soll ihm nicht rückwirkend genommen werden dürfen. Daher darf die Einrede des Schuldners auch keine Rückwirkung entfalten; andernfalls könnte sich der Schuldner durch Einrede im Prozess rückwirkend von Verzugszinsen befreien, ohne dass der Gläubiger rückwirkend Sicherheit leisten könnte, um die Folgen der Einrede abzuwenden. Daher wirkt das Erheben der Einrede des § 273 BGB immer nur ex nunc, das heißt, der Schuldner muss etwa Verzugszinsen für die Zeit zwischen dem Verzugseintritt und dem Zeitpunkt der Ausübung des Zurückbehaltungsrechts zahlen. Überdies ist nicht einzusehen, warum derjenige, der sein Zurückbehaltungsrecht erst zu einem sehr späten Zeitpunkt in der gebotenen Form ausübt, ebenso gestellt sein soll wie derjenige, der sein Zurückbehaltungsrecht schon zu dem frühestmöglichen Zeitpunkt ausgeübt hat.

Vor diesem Hintergrund musste die Beklagte hier durch

geeignete Handlungen den Verzug beenden, zum Beispiel ihre eigene Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung anbieten (vgl. BGH, Urteil vom 25.11.1970 – VIII ZR 101/69, NJW 1971, 421; Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13, juris).

Ein solches Angebot der Beklagten findet sich noch nicht in dem Anwaltsschriftsatz vom 12. Januar 2011 an den damaligen Bevollmächtigten des Klägers (Anlage 2 zum Anwaltsschriftsatz der Beklagten vom 9. September 2013, Bl. 463 d. A.). Zwar macht die Beklagte darin von ihrem „Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB Gebrauch“. Allerdings hat sie zugleich die von ihr geschuldete Leistung nur teilweise angeboten, da sie zu Unrecht davon ausgeht, sie könne von dem Vergütungsanspruch des Klägers einen Betrag in Höhe von € 3.283,92 einbehalten, während sie tatsächlich allein mit Gegenforderungen in Höhe von € 2.759,60 wirksam aufrechnen konnte, wie oben näher dargelegt wurde.

Ein hinreichendes Angebot hat die Beklagte dem Kläger daher erst mit dem Anwaltsschriftsatz vom 5. Juli 2013 unterbreitet. Allerdings hat sie nicht dargetan geschweige denn bewiesen, dass der Kläger auch zu diesem Zeitpunkt noch eine wettbewerbswidrige oder gegen § 5 Abs. 3 des Werkvertrages verstoßende Referenzliste auf seiner Homepage verwendet hat.

Nach alledem hat der Kläger unter dem Gesichtspunkt des Verzugs auch Anspruch auf Ausgleich seiner außergerichtlichen Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 46,41.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils gründet sich auf die §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 713 ZPO.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 ZPO. Demgegenüber kann § 93 ZPO hier keine Anwendung finden. Von einem „sofortigen Anerkenntnis“ im Sinne dieser Bestimmung hätte hier nur dann die Rede sein können, wenn die Beklagte von Beginn an eine Zug-um-Zug-Verurteilung beantragt hätte

(vgl. etwa Herget, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 93, Rdnr. 6, Stichwort „Zurückbehaltungsrecht“). Dies hat sie jedoch erst mit dem Anwaltsschriftsatz vom 5. Juli 2013 getan.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit dieses Urteils beruht auf den §§ 708 Nr. 1 und Nr. 10 Satz 1, 713 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen.

Der Sache kommt keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Sache eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 572, 573; Beschluss vom 27.05.2010 – 1 BvR 2643/07, FamRZ 2010, 1235, 1236; Beschluss vom 29.09.2010 – 1 BvR 2649/06, juris; BGH, Beschluss vom 04.07.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3029; Ball, in: Musielak (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 543 ZPO, Rdnr. 5; Heßler, in: Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 543, Rdnr. 11; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.04.2013, § 543, Rdnr. 19). Klärungsbedürftig sind dabei solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.07.2007 – 1 BvR 650/03, NJW-RR 2008, 26, 29; Beschluss vom 27.05.2010 – 1 BvR 2643/07, FamRZ 2010, 1235, 1236; Heßler, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 29. Aufl. 2012, § 543, Rdnr. 11). Hat der Bundesgerichtshof eine Rechtsfrage bereits geklärt, kann sich weiterer Klärungsbedarf ergeben, wenn nicht nur einzelne Instanzgerichte oder Literaturstimmen der Auffassung des Bundesgerichtshofes (weiterhin) widersprechen oder wenn neue Argumente ins Feld geführt werden, die den Bundesgerichtshof zu einer Überprüfung seiner Auffassung veranlassen könnten (vgl. BVerfG, Beschluss vom

04.11.2008 – 1 BvR 2587/06, NJW 2009, 572, 573; Beschluss vom 27.05.2010 – 1 BvR 2643/07, FamRZ 2010, 1235, 1236; Ball, in: Musielak (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 10. Aufl. 2013, § 543 ZPO, Rdnr. 5a).

Nach diesen Maßstäben wirft die vorliegende Sache keine klärungsbedürftigen Rechtsfragen auf. Auch die Frage, ob die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts den Verzug nur für die Zukunft beseitigt, ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geklärt. Dies hat die kürzlich ergangene Entscheidung des VII. Zivilsenats noch einmal bestätigt (s. BGH, Urteil vom 26.09.2013 – VII ZR 2/13, juris).

Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Frage nicht an, ob der Einzelrichter im Berufungsverfahren die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zulassen kann (diese Frage grundsätzlich bejahend BGH, Urteil vom 16.07.2003 – VIII ZR 286/02, NJW 2003, 2900, 2901).

Die Zulassung der Revision ist im vorliegenden Fall auch nicht zur „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung“ (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) erforderlich. Dieser Zulassungsgrund ist insbesondere dann gegeben, wenn das Berufungsgericht von einer Entscheidung eines höherrangigen Gerichts, namentlich des Bundesgerichtshofes, abweicht. Eine Abweichung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn das Berufungsgericht ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, also einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit dem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten Rechtssatz nicht deckt (vgl. BGH, Beschluss vom 04.07.2002 – V ZR 75/02, NJW 2002, 2295; Beschluss vom 27.03.2003 – V ZR 291/02, NJW 2003, 1943, 1945; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 543, Rdnr. 4b; Kessal-Wulf, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.04.2013, § 543, Rdnr. 26).

Eine so verstandene Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes findet im vorliegenden Fall gerade nicht statt.

