

Abschrift

Hanseatisches OberlandesgerichtAz.: 3 U 122/14

406 HKO 66/14

LG Hamburg

Verkündet am 02.03.2017

Reimann, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle**Urteil****IM NAMEN DES VOLKES**

In der Sache

Verbraucherzentrale Hamburg e. V., vertreten durch d. Vorstand Dr. Günter Hörmann,
Kirchenallee 22, 20099 Hamburg**- Kläger und Berufungsbeklagter -**Prozessbevollmächtigte:Rechtsanwälte **Fluhme & Partner**, Bartelsstraße 56, 20357 Hamburg, Gz.: 166/14/02

gegen

PE Digital GmbH, vertreten durch d. Geschäftsführer Tim Schiffers, Henning Rönneberg u.
Marc Schachtel, Speersort 10, 20095 Hamburg**- Beklagte und Berufungsklägerin -**Prozessbevollmächtigte:Rechtsanwälte **Bösling IP Rechtsanwälte GbR**, Große Elbstraße 86, 22767 Hamburg, Gz.:
15/156/TB

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schmidt, die Richterin am Oberlandesgericht Terschlüssen und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Billhardt auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26.01.2017 für Recht:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22. Juli 2014 (Az.: 406 HKO 66/14) abgeändert und die Klage wird abgewiesen.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus diesem Urteil zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

Die Parteien streiten über die Berechnung des Wertersatzes nach einem Widerruf der Mitgliedschaft bei einer Online-Partnerbörse.

Der Kläger ist die Verbraucherzentrale Hamburg.

Die Beklagte betreibt unter der Internetadresse parship.de eine der größten Online-Partnervermittlungen in Europa. Die Online-Partnervermittlung ermöglicht es Nutzern im Rahmen von Mitgliedschaften über das Internet Kontakt zu anderen partnersuchenden Nutzern aufzunehmen. Neben einer kostenlosen Mitgliedschaft bietet die Beklagte eine kostenpflichtige Premium-Mitgliedschaft an.

Die Registrierung für eine Mitgliedschaft, die über das Internet stattfindet, erfolgt in zwei Schritten. In einem ersten Schritt werden im Rahmen eines 30-minütigen Persönlichkeitstests partnerschaftsrelevante Eigenschaften, Gewohnheiten und Interessen ermittelt. Der Nutzer erhält nach Abschluss eine Kurzauswertung des Persönlichkeitstests. Anschließend gibt der Nutzer seine Vorstellungen über seinen Wunschpartner ein. Dies dient der Profilerstellung und dem sogenannten Matching. Das Matching ist ein computergestütztes Verfahren, bei dem partnerschaftsrelevante Merkmale der Nutzer unter Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse aus der Paarforschung miteinander abgeglichen werden. Anhand der so ermittelten Ergebnisse werden dem Nutzer Partnervorschläge unterbreitet. Der Nutzer kann im Rahmen der kostenlosen Mitgliedschaft die Mitgliederprofile der vorgeschlagenen Partner einsehen, allerdings ohne das freigegebene Profilbild. Er kann anderen Nutzern Kontaktanfragen senden und selbst Kontaktanfragen erhalten, erhaltene Freitextnachrichten von anderen Nutzern kann er aber nicht lesen oder beantworten.

Um das Angebot der Beklagten vollständig nutzen zu können, muss der Nutzer in einem zweiten Schritt eine kostenpflichtige Premium-Mitgliedschaft abschließen. Die Laufzeit einer Premium-Mitgliedschaft variiert zwischen sechs, zwölf und vierundzwanzig Monaten und kostete bei monatlicher Zahlungsweise im Jahr 2013 für sechs Monate 329,40 €, für zwölf Monate 478,80 € und für vierundzwanzig Monate 717,60 €. Im Rahmen von Rabattaktionen werden diese Preise teilweise deutlich gesenkt. Die Premium-Mitgliedschaft ermöglicht es den Mitgliedern, mit jedem anderen Premium-Mitglied über die Plattform Kontakt aufzunehmen und ein persönliches Kennenlernen anzubahnen. Premium-Mitglieder erhalten weiter ein ausführliches Persönlichkeitsgutachten, das sogenannte „Parship Portrait“, können freigegebene Fotos anderer Nutzer ansehen, eine Umkreissuche durchführen und die Besucherlisten ihres eigenen Profils

einsehen. Zusätzlich garantiert die Beklagte den Nutzern Kontakte mit anderen Mitgliedern. Ein Kontakt liegt vor, wenn der Nutzer ein anderes Mitglied anschreibt, dieses Mitglied dem Nutzer antwortet und der Nutzer diese Antwort liest. Bei sechsmonatiger Mitgliedschaft werden fünf und bei zwölfmonatiger Mitgliedschaft sieben Kontakte garantiert. Werden die garantierten Kontakte im Laufe der Mitgliedschaft nicht erreicht, verlängert sich die Mitgliedschaft unentgeltlich; bei zwölfmonatiger Mitgliedschaft beispielsweise um weitere sechs Monate.

Bei Vertragsabschluss haben die Verbraucher durch Anklicken zu bestätigen: „Ich habe die Datenschutzbestimmungen und AGB, die Widerrufsbelehrung und die Regelungen zum Wertersatz sowie die produktbezogenen Vertragsinhalte gelesen.“ Die Wörter Datenschutzbestimmungen, AGB, Widerrufsbelehrung, Regelung zum Wertersatz sowie produktbezogene Vertragsinhalte sind dabei als aktive Links kenntlich gemacht. Unter dem Link „Widerrufsbelehrung“ bzw. „Regelung zum Wertersatz“ öffnet sich für den Nutzer ein Fenster in dem auf Nr. 11 der AGB „Widerrufsbelehrung, Ausschluss des Widerrufsrechts“ hingewiesen wird (Anlage B 3). Unter dem Link „produktbezogene Vertragsinhalte“ weist die Beklagte darauf hin, dass Parship sich im Falle eines Widerrufs die Einforderung eines Wertersatzes vorbehält. Hierzu werde geprüft, wie viele der von der Beklagten garantierten Kontakte innerhalb der Widerrufsfrist realisiert wurden. Auf der Basis dieses Wertes werde die Höhe des zu leistenden Wertersatzes bestimmt (Anlage B 2).

Vor dem Abschluss des Vertrages muss der Nutzer des Weiteren ausdrücklich anklicken, dass er damit einverstanden ist, dass Parship vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausübung der beauftragten Dienstleistung beginnt und ihm bekannt ist, dass er im Falle des Widerrufs ein Wertersatz für die bereits erbrachten Dienstleistungen leisten muss.

Nach einem Widerruf wird dem Nutzer durch automatisiertes Schreiben der Beklagten der zu zahlende Wertersatz mitgeteilt. Darin wird angegeben, dass im Rahmen der Premium-Mitgliedschaft eine bestimmte Anzahl an Kontakten garantiert wird und dass die zu Stande gekommenen Kontakte gemäß der akzeptierten Widerrufsbelehrung und den darin enthaltenen Regelungen die Beklagte zum Wertersatz berechtigen. Dementsprechend schrieb die Beklagte am 13. November 2013 an einen Nutzer, der von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat (Anlage K 2):



vielen Dank für Ihre Nachricht.

Ich bedauere Ihre Entscheidung, PARSHIP nicht länger nutzen zu wollen.

Im Rahmen Ihrer Premium-Mitgliedschaft garantieren wir Ihnen eine bestimmte Anzahl an Kontakten. Diese Kontakte sind gemäß der von Ihnen bei der Bestellung akzeptierten Widerrufsbelehrung und den darin enthaltenen Regelungen zum Wertersatz zu erstatten.

Wir berechnen Ihnen also folgenden Wertersatz:

Ihr Produktpreis: 269,40 EUR

Laufzeit ihres Produkts (Monate): 6

Laufzeitbezogene garantierte Kontakte: 5

Davon zustande gekommene Kontakte: 13

Bereits von Ihnen gezahlt: 51,90 EUR

Verbleibende Forderung: 150,51 EUR [...]“

Die Beklagte berechnet den Wertersatz, indem sie den vereinbarten Produktpreis durch die Anzahl der in Anspruch genommenen Kontakte im Verhältnis zur Zahl der garantierten Kontakte dividiert (≤ 1) und das Ergebnis mit 0,75 multipliziert. Maximal zahlt ein Nutzer bei erfolgreichem Widerruf mithin 75% des vertraglich vereinbarten Gesamtpreises.

Der Kläger ist der Ansicht, dass ihr ein Unterlassungsanspruch aus §§ 3, 5 i.V.m. § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG bzw. aus § 2 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG zustehe. Das Verlangen der Beklagten nach einem Wertersatz sei irreführend. Es sei dazu geeignet, bei Verbrauchern die Vorstellung hervorzurufen, sie müssten infolge der bis zum Widerruf erfolgten Nutzung der Plattform ein an der vertraglich vereinbarten Nutzungspauschale gemessen überproportionales Reuegeld zahlen. Diese Vorstellung sei falsch. Die geschuldete Leistung der Beklagten sei nicht eine Partnervermittlung im klassischen Sinne, sondern die Bereitstellung der Plattform zur Kommunikation mit anderen Nutzern. Daher stehe der Beklagten schon dem Grunde nach kein Anspruch auf Wertersatz zu. Die Beklagte leiste keine unter Billigkeitsgesichtspunkten zu ersetzenden Aufwendungen in den ersten vierzehn Tagen. Das Widerrufsrecht verliere seinen Sinn, wenn der Verbraucher trotz geltend gemachten Widerrufs bei einem Vertrag wie dem vorliegenden bis zu 75% des Gesamtpreises zahlen müsse. Und selbst wenn der Beklagten ein Wertersatz dem Grunde nach zustehe, so wäre dieser vorliegend falsch berechnet. Der Wertersatz habe sich am objektiven Wert der Leistung zu berechnen und dieser liege vorliegend in der zeitanteiligen Zurverfügungstellung der Internetplattform. Deshalb sei eine zeitanteilige Berechnung des Wertersatzes zwingend.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu unterlassen, gegenüber einem Verbraucher, der seine auf den Abschluss eines Vertrages über die - von der Beklagten gegen Zahlung einer nach Zeitabschnitten bemessenen Pauschale andauernd zu gewährende - Nutzung einer im Internet bereitgestellten Plattform zur Anbahnung von Lebenspartnerschaften gerichtete Willenserklärung gemäß § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB a. F. bzw. § 312 g Abs. 1 BGB n.F. widerrufen hat, - wie in dem als Anlage K 2 mit dem Tenor verbundenen E-Mail Ausdruck - zu behaupten, er sei verpflichtet, für die vor dem Widerruf erfolgte Nutzung der über die Plattform zugänglichen Dienste einen Wertersatz zu leisten, der den dem Zeitraum vom Tag der ersten vertragsgemäßen Nutzungsgewährung bis zum Tag des Zugangs der Widerrufserklärung bei der Beklagten entsprechenden Anteil der vertraglichen Pauschale übersteigt;
2. an den Kläger € 214,- nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 30.10.2013 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, ihr stünden die gegenüber den widerrufenden Nutzern geltend gemachten Wertersatzansprüche zu. Kern des Leistungsversprechens der Beklagten sei bei der Premium-Mitgliedschaft nicht das Zugriffsrecht auf die Mitgliederdatenbank, sondern - wie bei der klassischen Partnervermittlung auch - die Kontaktaufnahme zu einer bestimmten Anzahl möglichst genau passender potentieller Lebenspartner. Aus diesem Grund verbinde die Beklagte die Premium-Mitgliedschaft mit einer Kontaktgarantie und unterbreite ihren Nutzern computergestützt möglichst gut passende Partnervorschläge. Aus Kulanz berechne die Beklagte aber niemals den gesamten Preis, sondern maximal 75% dessen. Diese Berechnungsmethode sei sachgerecht, denn der Wert der Leistung der Beklagten liege für den Nutzer darin, dass er Kontakte zu anderen Nutzern herstellen könne. Demgegenüber führe die vom Kläger favorisierte Berechnung pro rata temporis zu unbilligen Ergebnissen.

Das Landgericht hat die Beklagte mit Urteil vom 22.7.2014 antragsgemäß verurteilt.

Die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Erstattung ergäben sich aus §§ 3, 4 Nr. 11, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 8, 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Die Beklagte verstoße mit ihrer Wertersatzforderung sowohl gegen die alte als auch gegen die neue Gesetzeslage über die Höhe des Wertersatzes für Dienstleistungen im Falle der Ausübung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts. Daraus ergebe sich eine Irreführung des Verbrauchers über die ihm im Falle des Widerrufs zustehenden Rechte, nämlich sich ohne überhöhten Wertersatz vom Vertrag lösen zu können. Der vom Verbraucher im Falle des Widerrufs für bereits in Anspruch genommene Dienstleistungen zu zahlende Wertersatz berechne sich sowohl nach altem als auch nach aktuell geltendem Recht nach dem objektiven Wert der empfangenen Leistung, begrenzt durch das vertragliche Entgelt (§§ 357, 346 BGB a.F. bzw. § 358 Abs. 8 S. 4 BGB). Der objektive Wert bemesse sich am Gegenstand der Dienstleistung, der für Premium-Nutzer in der Möglichkeit bestehe, anhand von Partnervorschlägen der Beklagten oder auch unabhängig von diesen, andere Nutzer der Online-Plattform der Beklagten zu kontaktieren. Die von der Beklagten garantierte Mindestanzahl an Kontakten mache nicht den Kern des Leistungsversprechens aus. Daraus ergebe sich, dass der zu zahlende Wertersatz zeitbezogen zu berechnen sei. Die von der Beklagten gewählte Berechnungsart führe zu einer gesetzwidrigen Entwertung des Widerrufsrechts, da selbst ein Verbraucher, der sieben Absagen erhalte, 75% des vereinbarten Entgeltes zu zahlen habe.

Gegen das Urteil des Landgerichts wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.

Die Beklagte wendet ein, dass der gestellte Antrag zu weitgehend sei. Der Tenor des erstinstanzlichen Urteils verbiete der Beklagten jegliche Berechnung eines Wertersatzes, die von einer Berechnung pro rata temporis abweiche. Dies sei mit § 357 Abs. 8 S. 4 BGB unvereinbar. Art. 14 Abs. 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie sei nach Auffassung der Europäischen Kommission vielmehr so auszulegen, dass auch einmalig zu Beginn eines Vertragsverhältnisses anfallende Kosten bei der Berechnung des Wertersatzes zu berücksichtigen seien. Dies sei im vorliegenden Verhältnis bspw. die Erstellung des Persönlichkeitsportraits. Durch den Tenor des erstinstanzlichen Urteils werde dies dem Grunde nach jedoch verboten.

Auch könne der Kläger eine Untersagung der Mitteilung der Berechnungsmethode des Wertersatzes nicht beanspruchen, da die Beklagte hier lediglich eine Rechtsansicht mitteile. Dies sei bei nicht zweifelsfreier, planmäßig und wider besseres Wissens erfolgter Leugnung von Rechten zulässig. So liege der Fall hier.

Darüber hinaus habe das Landgericht zwar richtig erkannt, dass der Beklagten ein Wertersatz

dem Grunde nach zustehe, die Höhe dessen jedoch falsch berechnet. Relevant sei der objektive Wert der Leistung. Die Beklagte biete nicht einfache Dienste wie Single-Börsen an, sondern betreibe ein Dienstleistungsangebot, das auf dem Prinzip des Matchings beruhe. Ein wesentlicher Teil der Leistung sei die Kontaktgarantie. Kernbestandteil der Leistung sei folglich nicht das Zugriffsrecht auf die Mitgliederdatenbank, sondern die Möglichkeit der Kontaktaufnahme zu Matching-Partnern. Das Leistungsangebot weise erfolgsbezogene Elemente auf. Der Charakter der Leistung bestehe in der Ermöglichung des Kontaktes zu einer Mindestanzahl von Nutzern. Daher sei der Wertersatz aufgrund der zugrunde gelegten Formel zu berechnen.

Überdies habe das Landgericht verkannt, dass zur Ermittlung des objektiven Wertes auf die übliche Vergütung und die durchschnittliche Anzahl von Kontakten je Nutzer abgestellt werden müsse. Ein Wettbewerber nehme für ein sehr ähnliches Angebot deutlich höhere Preise. Er verlange zum Beispiel 15 € pro gesendeter, 35 € pro gelesener Nachricht und 59 € für das Persönlichkeitsprofil. Auch sei der Durchschnittswert von Kontakten pro Nutzer durch das Gericht fehlerhaft nicht herangezogen worden. Dieser liege bei friendscout bei 3,42 innerhalb von 14 Tagen. Einer der beliebtesten Singles bei Elitepartner erhalte 9,8 Nachrichten innerhalb von vierzehn Tagen. Auch dies sei bei der Berechnung des objektiven Wertes der Leistung zu berechnen.

Das Landgericht könne daher auch keine konsequente Berechnungsgrundlage des Wertersatzes liefern. Es stelle richtig fest, dass die Kosten in Abhängigkeit von verschiedenen Faktoren, insbesondere der Zahlungsweise, variierten. Daraus ergäbe sich bei einer zeitbezogenen Berechnungsgrundlage, dass sich der Wertersatz je nach Vertragslaufzeit zwischen 13,80 € und 25,34 € für vierzehn Tage unterscheide. Da der objektive Wert der Leistung jedoch gleich sei, gehe die Annahme des Landgerichts fehl. Das zeitbezogene Element führe dazu, dass ein Nutzer, obwohl er keine einzige Nachricht verschickt habe, einen Wertersatz zu zahlen habe. Ein Ergebnis, das den Sinn des Widerrufsrechts verkenne.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 22. Juli 2014 (Az.: 406 HKO 66/14) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt das landgerichtliche Urteil. Die von der Beklagten zugrunde gelegte

Wertersatzberechnungsmethode führe zu einer gesetzwidrigen Entwertung des Widerrufsrechts. Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie habe die einschlägige Rechtslage nicht relevant geändert. Bei vor dem 13. Juni 2014 geschlossenen Verträgen sei der objektive Wert der Leistung Ausgangspunkt der Berechnung des Wertersatzes, für nach dem 13. Juni 2014 geschlossene Verträge sei zunächst der vereinbarte Gesamtpreis zugrunde zu legen und gemäß Satz 5 der objektive Marktwert als Korrektiv einer unverhältnismäßigen Preisvereinbarung heranzuziehen. Bei beiden Modi sei das vertraglich vereinbarte Entgelt jedoch die Obergrenze.

Die von der Beklagten angeführte Berechnung des Wertersatzes überschreite die Grenze des vertraglich vereinbarten Entgelts. Der im Rahmen des § 357 Abs. 8 Satz 4 BGB relevante Produktpreis bezeichne das bei ordentlicher Kündigung zum erstmöglichen Termin mindestens zu entrichtende Entgelt. Darauf komme es vorliegend jedoch nicht an, da der vereinbarte Preis nicht etwa als Wertersatz zu zahlen, sondern lediglich für die Berechnung heranzuziehen sei. Dies gehe jedoch nur, wenn der vereinbarte Preis als Maßstab, auch in zeitlicher Hinsicht, heranzuziehen sei.

II. Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Berufung (§§ 517, 519, 520 ZPO) der Beklagten hat Erfolg. Das Urteil des Landgerichts ist abzuändern und die Klage ist abzuweisen.

Der Kläger hat keinen Anspruch gegen die Beklagte darauf, dass diese nicht gegenüber Verbrauchern behauptet, wie in der Anlage K 2 geschehen, diese seien verpflichtet, für die vor dem Widerruf erfolgte Nutzung der Dienste der Beklagten einen Wertersatz zu leisten, der dem Zeitraum vom Tag der ersten Nutzungsgewährung bis zum Tag des Zugangs der Widerrufserklärung bei der Beklagten entsprechenden Anteil der vertraglichen Pauschale übersteigt (sog. pro rata temporis Berechnung).

1. Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 UWG.

a. Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, 4 Abs. 1 UKlaG zur Durchsetzung von Verbraucherinteressen (Anlage K 1) zur Geltendmachung des Anspruchs befugt.

b. In der Mitteilung der Höhe des zu zahlenden Wertersatzes durch die Beklagte gegenüber ihren Premium-Mitgliedern, die von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht haben (Anlage K 2), liegt auch eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Unter eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG fällt jedes Verhalten, das vor, bei oder

nach einem Geschäftsabschluss mit der Förderung des Absatzes oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags objektiv zusammenhängt. Vorliegend zielt die Beklagte durch die E-Mail an ihre Premium-Mitglieder auch darauf ab, dass diese einen Wertersatz in einer von ihr berechneten Höhe entrichten. Auch formuliert die Beklagte in der E-Mail (Anlage K 2), dass Parship sich freuen würde, wenn sich der Kunde gegen einen Widerruf entscheiden würde und seine Mitgliedschaft bestehen lasse. Diese Handlung steht im Zusammenhang mit der Durchführung des abgeschlossenen Vertrags über die Nutzung der Dienste der Beklagten und genügt damit den Anforderungen an eine geschäftliche Handlung.

c. Der Kläger stützt den geltend gemachten Unterlassungsanspruch primär auf eine Irreführung der Verbraucher gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG.

aa) Der Kläger begründet seinen Unterlassungsanspruch mit einer Wiederholungsgefahr. Sein Unterlassungsantrag ist deswegen nur dann begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten nach dem zur Zeit der Versendung der E-Mail geltenden Recht rechtswidrig war und, da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, das beanstandete Verhalten der Beklagten zudem nach dem zur Zeit der Entscheidung geltenden Recht rechtswidrig ist (vgl. BGH, GRUR 2016, 889, Rn. 24 – Herstellerpreisempfehlung bei Amazon).

bb) Unlauter handelt gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 UWG, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist am Ende des § 5 Abs. 1 S. 1 UWG 2015 mit Bezug auf die irreführende geschäftliche Handlung der Relativsatz angefügt worden, dass die Handlung geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Diese Änderung beinhaltet gegenüber der bisherigen Rechtslage keine inhaltliche Änderung (vgl. BGH GRUR 2016, 1073, Rn. 16 – Geo-Targeting).

Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG 2015 irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Rechte des Verbrauchers, insbesondere solche auf Grund von Garantieverprechen oder Gewährleistungsrechten bei Leistungsstörungen macht. Zu den Rechten des Verbrauchers gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG zählt auch das Widerrufsrecht (Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Auflage 2017, § 5 UWG Rn 8.4f.). Ob eine Werbung irreführend ist, richtet sich maßgeblich danach, wie der angesprochene Verkehr diese Werbung aufgrund ihres Gesamteindrucks versteht. In diesem Zusammenhang kommt es auf die Sichtweise eines

durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers an, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. BGH GRUR 2016, 1073, Rn. 16 – Geo-Targeting). Wird eine bestimmte Werbeangabe als irreführend angegriffen, gehört es zum schlüssigen Klagvorbringen, das durch eine bestimmte Werbe-/Angabe vermittelte Verkehrsverständnis vorzutragen. Bei einer auf eine Irreführung gestützten Klage setzt sich der maßgebliche Lebenssachverhalt - ungeachtet der rechtlichen Würdigung, die dem Gericht obliegt - aus der beanstandeten Werbemaßnahme und der - nach der Behauptung des Klägers - dadurch erzeugten Fehlvorstellung der angesprochenen Verkehrskreise zusammen (BGH, GRUR 2001, 181, Rn. 13 juris - Dentalästhetika I). Eine irreführende Werbung ist danach – ungeachtet der Schlüssigkeit – nur dann Gegenstand des Streits, wenn der Kläger hinsichtlich einer bestimmten Werbeaussage vorträgt, dass die angesprochenen Verkehrskreise dieser Werbung eine Tatsachenbehauptung entnehmen, die mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (BGH, GRUR 2007, 161 juris-Rn. 9 - Dentalästhetika II).

cc) Der Kläger trägt zum Verständnis des angesprochenen Verkehrs vor, dass der Verbraucher die E-Mail gemäß Anlage K 2 dahingehend verstehe, dass er verpflichtet sei, für die vor dem Widerruf erfolgte Nutzung der Dienste der Beklagten ein an der vertraglich vereinbarten Nutzungspauschale gemessen überproportionales Reuegeld zu zahlen. Überproportional sei ein Wertersatz, der in der Höhe über dem Wertersatz liege, den eine bezogen auf die Gesamtlaufzeit zeitanteilige Berechnung ergäbe. Diese Vorstellung des angesprochenen Verkehrs sei falsch. Der Beklagten stehe – wenn überhaupt – nur ein zeitanteiliger Wertersatz bis zum Tag des Zugangs der Widerrufserklärung bezogen auf den vereinbarten Gesamtpreis zu.

dd) Der Senat teilt diese Annahme des Klägers zum Verkehrsverständnis nicht. Es kann deshalb nicht festgestellt werden, dass der Verkehr in der vom Kläger behaupteten Weise in die Irre geführt wird. Der angeschriebene Verbraucher entnimmt der E-Mail (Anlage K 2) ohne weiteres, dass die Beklagte den geltend gemachten Wertersatz mit Hilfe der garantierten Kontakte berechnet. Er entnimmt der E-Mail jedoch nicht, dass der so berechnete Wertersatz den Wertersatz übersteigt, der bei einer zeitanteiligen Berechnung vom Tag der ersten Nutzungsgewährung bis zum Tag des Zugangs der Widerrufserklärung geschuldet wäre. Die E-Mail der Beklagten teilt den Verbrauchern den als Gesamtbetrag zu zahlenden Wertersatzbetrag mit. Dabei werden in der E-Mail die Parameter Produktpreis, Laufzeit, garantierte sowie zustande gekommene Kontakte und der bereits bezahlte sowie der noch zu zahlende (Wertersatz-)Betrag mitgeteilt. Ein Rechenweg fehlt jedoch. Insbesondere wird nicht ersichtlich, dass die Beklagte bei ihrer Berechnung einen Abzug von einem Viertel des vertraglich vereinbarten Gesamtpreises macht. Um die Berechnungsmethode nachvollziehen zu können,

muss der Verbraucher eigene Nachforschungen durchführen. Aus der E-Mail wird jedenfalls nicht ersichtlich, dass die Berechnung eine zeitanteilige Berechnung des Wertersatzes übersteigt.

ee) Der Anspruch steht dem Kläger aber auch deshalb nicht zu, weil die Beklagte mit der angegriffenen E-Mail (Anlage K 2) eine Rechtsansicht äußert, die zu vertreten ihr nicht verboten werden kann. Die Beklagte berechnet in der E-Mail ihren Wertersatzanspruch gegenüber ihrem Kunden und macht diesen geltend. Sie äußert damit gegenüber dem Kunden ihre Ansicht, in welcher Höhe der Anspruch auf Wertersatz nach erfolgtem Widerruf der Premium-Mitgliedschaft bestehen soll. Darin liegt die Äußerung einer Rechtsmeinung und damit die Äußerung eines Werturteils. Als reine Werturteile unterfallen Rechtsauffassungen grundsätzlich nicht dem Irreführungstatbestand (vgl. Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Auflage 2016, § 5 Rn. 425a, a.A.: Stillner WRP 2015, 438 (442)). Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass auch Werturteile irreführende Angaben enthalten, wenn sie - aus der Sicht des angesprochenen Verkehrs - erkennbar auf Tatsachen beruhen, sich also Richtigkeit oder Unrichtigkeit objektiv nachprüfen lässt oder wenn sie einen nachprüfbaren Tatsachekern enthalten (Bornkamm/Feddersen in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Auflage 2017, § 5 Rn. 1.25). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, da die der Berechnung zu Grunde liegenden Tatsachen zwischen den Parteien feststehen und nicht im Streit stehen. Eine Irreführung über Verbraucherrechte kommt zwar darüber hinaus auch in Betracht, wenn ein Unternehmer Kunden, die von einem Anfechtungs-, Widerrufs-, Rücktritts- oder Kündigungsrecht Gebrauch machen wollen, planmäßig und wider besseres Wissen erklärt, ein solches Recht stehe ihnen nicht zu (BGH, GRUR 1986, 816, Rn. 39 juris - Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf; Bornkamm/Feddersen, aaO, § 5 Rn. 8.5 Weidert in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage 2013, § 5 I. Rn. 24). Als irreführende Angaben über die Rechtslage kommen dabei aber nur solche nachprüfbaren Behauptungen in Betracht, die sich bei einer Überprüfung als eindeutig richtig oder falsch erweisen können, über die eigentlich nicht gestritten werden kann. Im Übrigen kann es einem Unternehmer nicht verwehrt werden, im Rahmen der Rechtsdurchsetzung oder -verteidigung eine bestimmte Rechtsansicht zu vertreten (vgl. KG, GRUR 2015, 83, Rn. 45 – konfigurierte Notebooks; Bornkamm/Feddersen, aaO, § 5 UWG Rn 8.5, Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. Auflage 2016, § 5 Rn. 705 im Ergebnis auch Peifer/Obergfell in: Fezer/Büscher/Obergfell, aaO, § 5 Rn. 425a). Diese Voraussetzungen für eine Irreführung im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG sind vorliegend nicht erfüllt.

Zwar kann im Streitfall nicht festgestellt werden, dass die Beklagte den Wertersatz anhand der von ihr garantierten Kontakte zutreffend berechnet hat. Denn die Beklagte hat zu den

durchschnittlichen Kontakten ihrer Nutzer nicht vorgetragen. Insoweit beschränken sich ihre Ausführungen auf die Zahl der Kontakte anderer Partnerbörsen, bei denen bereits nicht ersichtlich ist, dass deren Angebot vergleichbar ist. Es daher bereits nicht nachvollziehbar, dass die von der Beklagten garantierten Kontakte von der Werthaltigkeit sind, die die Beklagte diesen bei der Bewertung und Berechnung ihres Wertersatzanspruchs beimisst. Die Unzulänglichkeit der Berechnung der Beklagten zeigt sich auch daran, dass sie meint, dass der vertraglich vereinbarte Gesamtpreis bereits dann vollständig geschuldet sei, wenn der widerrufende Nutzer innerhalb der Widerrufsfrist die ihm garantierten Kontakte in Anspruch genommen hat. Im Rahmen dieser Berechnung berücksichtigt die Beklagte nicht, dass sich die von ihr angebotene und vertraglich vereinbarte Leistung der Partnervermittlung nicht in der Erbringung der Zahl der garantierten Kontakte beschränkt, sondern ein zentrales Element der Leistung die weitere zeitbezogene Nutzung der Online-Plattform und damit auch die Kontaktaufnahme zu weiteren Mitgliedern und gegebenenfalls zu neuen Mitgliedern ist. Das hat das Landgericht zutreffend erkannt.

Der Kläger begehrt aber nach dem Inhalt seines Antrags nicht nur das an einer konkreten Verletzungsform (Anlage K 2) orientierte Verbot einer Wertersatzforderung nach der von der Beklagten vorgenommenen Berechnung, sondern will dem Verbot auch zu Grunde legen, welches die richtige Berechnung der Wertersatzforderung ist, nämlich eine, bei der der Wertersatz keinesfalls den Wertersatz bei einer zeitanteiligen Berechnung pro rata temporis übersteigt. Das aber der Wertersatzanspruch nur so berechnet werden muss, kann nicht festgestellt werden. Es ist nicht ersichtlich, dass jede andere als eine die zeitanteilige Berechnung durch die Beklagte stets eine planmäßige und wider besseres Wissens unzutreffende Berechnung des Wertersatzes darstellt.

Dies ergibt bereits eine Auslegung der seit dem 13.6.2014 geltenden Regelung zum Wertersatz gemäß § 357 Abs. 8 S. 4 und 5 BGB, so dass auf die bisherige Gesetzeslage nicht abgestellt werden muss. Danach ist bei der Berechnung des Wertersatzes der vereinbarte Gesamtpreis zu Grunde zu legen. Ist der vereinbarte Gesamtpreis unverhältnismäßig hoch, ist der Wertersatz auf der Grundlage des Marktwerts der erbrachten Leistung zu berechnen. Diese gesetzliche Regelung setzt Art. 14 Abs. 3 der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU um. Die Vorschrift lautet: „Übt ein Verbraucher das Widerrufsrecht aus, nachdem er ein Verlangen gemäß Artikel 7 Absatz 3 oder Artikel 8 Absatz 8 erklärt hat, so zahlt er dem Unternehmer einen Betrag, der verhältnismäßig dem entspricht, was bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher den Unternehmer von der Ausübung des Widerrufsrechts unterrichtet, im Vergleich zum Gesamtumfang der vertraglich vereinbarten Leistungen geleistet worden ist. Der anteilige Betrag, den der Verbraucher an den Unternehmer zu zahlen hat, wird auf der Grundlage des vertraglich

vereinbarten Gesamtpreises berechnet. Ist der Gesamtpreis überhöht, so wird der anteilige Betrag auf der Grundlage des Marktwerts der erbrachten Leistung berechnet.“. In Erwägungsgrund 50 der Verbraucherrechte-Richtlinie wird erläutert, dass der Verbraucher auf der einen Seite sein Widerrufsrecht auch dann ausüben können soll, wenn er die Erbringung von Dienstleistungen vor Ende der Widerrufsfrist gewünscht hat. Auf der anderen Seite sollte der Unternehmer sichergehen können, dass er für die von ihm erbrachte Leistung angemessen bezahlt wird, wenn der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübt. Der anteilige Betrag sollte ausgehend vom vertraglich vereinbarten Gesamtpreis berechnet werden.

Die Europäische Kommission gibt in ihrem Leitfaden zur Erläuterung der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU von 2014, dort Seite 61, ein Beispiel zur Berechnung des Wertersatzes beim Widerruf eines Mobilfunkvertrages. Trete der Verbraucher während der Widerrufsfrist vom Vertrag zurück, nachdem er zuvor dessen sofortige Ausführung verlangt hatte, so enthalte Artikel 14 Absatz 3 die Forderung an den Verbraucher, an den Unternehmer einen Betrag zu zahlen, der verhältnismäßig dem entspreche, was im Vergleich zum vereinbarten Gesamtpreis geleistet worden sei. Beispielsweise habe ein Verbraucher, der von einem Mobiltelefonvertrag zurücktrete, nachdem er die Leistungen zehn Tage lang in Anspruch genommen habe, an den Unternehmer einen Drittel der Monatsgebühr zuzüglich des Preises etwaiger zusätzlicher Leistungen, die er in diesem Zeitraum bezogen hat, zu entrichten. Zusätzlich könne der Unternehmer Kosten für die Berechnung des Abgeltungsbetrages einbeziehen, wenn die Erbringung von Dienstleistungen mit einmaligen Kosten für den Unternehmer verbunden sei, damit diese Dienstleistungen dem Verbraucher bereitgestellt werden können. Danach könne beispielsweise ein Unternehmer die Kosten für die Arbeiten in Rechnung stellen, die im Rahmen eines Vertrags über elektronische Festnetzdienste zur Herstellung eines Anschlusses in der Wohnung des Verbrauchers erfolgt seien, bevor der Verbraucher den Vertrag widerrufen habe.

Vorliegend bietet die Beklagte dem Premium-Mitglied die Nutzung der Onlineplattform an. Darin erschöpft sich jedoch die Leistung der Beklagten nicht. Die Premium-Mitgliedschaft ermöglicht es den Mitgliedern nicht nur, mit jedem anderen Premium-Mitglied - auch auf der Basis von Matching-Vorschlägen - über die Plattform Kontakt aufzunehmen und ein persönliches Kennenlernen anzubahnen. Premium-Mitglieder erhalten weiter ein Persönlichkeitsgutachten „Parship Portrait“, können freigegebene Fotos ansehen, eine Umkreissuche durchführen und ihre Besucherlisten einsehen. Während die Umkreissuche, die Möglichkeit freigegebene Bilder anzusehen und die Besucherliste einzusehen über die gesamte Vertragslaufzeit gewährt werden, erhält der Nutzer das Persönlichkeitsgutachten nur einmalig zu Beginn der

Premium-Mitgliedschaft.

Die Erwägungsgründe der Verbraucherrechte-Richtlinie verdeutlichen, dass der Wertersatz zu einer Kompensation der erbrachten Leistungen des Unternehmers führen soll. Zusätzlich zu einer zeitanteiligen Berechnung können jedenfalls auch einmalige Leistungen vom Verbraucher dem Wertersatz zu Grunde gelegt werden, wenn sie werthaltige Leistungen darstellen. Sie können einen Wertersatz rechtfertigen, der über den zeitanteiligen Wertersatz hinausgeht. Dies richtet sich nach der Art und dem Umfang der vertraglich vereinbarten Leistungen der Beklagten und gilt vorliegend zum Beispiel für die Erstellung des Parship-Portraits. Der Kläger hat aber weder dargelegt noch ist es ersichtlich, dass die einmalig von der Beklagten gewährten Leistungen für den Kunden keinen Wert darstellen und insoweit nicht zu vergüten sind. Darüber hinaus weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass die Leistung der Beklagten zu Beginn einen besonderen Wert hat. Die Nutzer können bereits zu Beginn der Premium-Mitgliedschaft Kontakt zum gesamten Mitgliederbestand aufnehmen. Auch wenn im Laufe der Mitgliedschaft neue Mitglieder hinzukommen, macht dies das Angebot zu Beginn der Mitgliedschaft besonders attraktiv. Dies spiegelt sich auch in den monatlich zu zahlenden Preisen wieder, die mit zunehmender Vertragslaufzeit geringer werden. Insoweit unterscheidet sich das Angebot und die Preisgestaltung auch typischerweise von einem Mobilfunkvertrag, dessen Preis üblicherweise über die Vertragslaufzeit gleichbleibend ist beziehungsweise im Laufe der Vertragslaufzeit sogar tendenziell steigt. Aus diesem Grunde ist eine zeitanteilige Berechnung des Wertersatzes nicht zwingend. Die angegriffene Zahlungsaufforderung an den Kunden ist daher jedenfalls nicht unter dem vom Kläger³ nach der Antragsfassung beanstandeten Gesichtspunkt unlauter, denn die Feststellung, der Wertersatz müsse in jedem Fall pro rata temporis berechnet werden, kann nicht getroffen werden.

2. Dem Kläger steht der beantragte Unterlassungsanspruch auch nicht gemäß §§ 2 Abs. 1 S. 1, 3 UKlaG zu.

Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 UKlaG kann im Interesse des Verbraucherschutzes auf Unterlassung und Beseitigung in Anspruch genommen werden, wer in anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Vorschriften zuwiderhandelt, die dem Schutz der Verbraucher dienen (Verbraucherschutzgesetz). Der Kläger ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG berechtigt, die Rechte geltend zu machen. Dies steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Der Kläger hat jedoch keinen Anspruch auf Unterlassung der beantragten Handlung. Der Antrag zielt darauf, dass die Beklagte gegenüber ihren Kunden, die von ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen, keinen Wertansatz fordert, der über einen

zeitanteiligen (= pro rata temporis) Wertersatz hinausgeht. Eine solche Wertberechnung entspricht jedoch aus den zu § 5 UWG dargestellten Gründen – auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird – nicht zwingend der Regelung des § 357 Abs. 8 S. 4 BGB.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in §§ 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Schmidt
Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Terschlüssen
Richterin
am Oberlandesgericht

Dr. Billhardt
Richter
am Oberlandesgericht