

Aktenzeichen:

7 U 97/18

3 O 65/18 LG Kaiserslautern



Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken

Beschluss

In dem Rechtsstreit

Kreissparkasse Kaiserslautern, gesetzlich vertreten durch den Vorstand [REDACTED]
[REDACTED] Am Altenhof 12/14, 67655 Kaiserslautern,

- **Beklagte und Berufungsklägerin** -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

Verbraucherzentrale Baden-Württemberg e.V., gesetzlich vertreten durch den Vorstand
Frau Cornelia Tausch, Paulinenstraße 47, 70178 Stuttgart,

- **Kläger und Berufungsbeklagter** -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

wegen: Unterlassung der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen,

hat der 7. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken durch die Vorsitzen-
de Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED]
und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] am 17.09.2019

beschlossen:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Einzelrich-
ters der 3. Zivilkammer des Landgerichts Kaiserslautern vom

27.07.2018, Az. 3 O 65/18, wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dieser Beschluss ist vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte im Rahmen der Verbandsklage auf Unterlassung der Verwendung einer AGB-Klausel in Anspruch.

Der Kläger ist eine qualifizierte Einrichtung i.S.v. §§ 3, 4 UKlaG (vgl. die Bescheinigung des Bundesverwaltungsamts vom 11.10.2000, Az. II B 4 – 8 VZ BW, Anlage K1 = Bl. 7 d.A.). Die Beklagte als in Kaiserslautern ortsansässige Sparkasse schloss bis Ende des Jahres 2004 mit Verbrauchern sog. „VorsorgePlus“-Verträge ab, bei denen es sich um Altersvorsorgeverträge nach dem Altersvermögensgesetz handelte. Diese Verträge, wegen deren Ausgestaltung im Einzelnen auf den exemplarisch vorgelegten Vertrag mit [REDACTED] (Anlage K2 = Bl. 8 d.A.) verwiesen wird, sahen die Einzahlung monatlicher Altersvorsorgebeträge durch die Verbraucher auf ein bei der Beklagten eingerichtetes Sparkonto vor, die sich im Lauf der Zeit erhöhen sollten. Auf die dadurch entstandenen Sparbeträge hatte die Beklagte Grundzinsen sowie Bonuszinsen zu entrichten, zusätzlich erhielt der Verbraucher in Abhängigkeit von der Spardauer einen Schlussbonus. Zu den Grundzinsen enthiel-

ten die Verträge unter Ziffer 4. die nachfolgende, von der Beklagten vorformulierte und in einer Vielzahl von Fällen verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung:

„4. Grundzinsen und Bonuszinsen

Die Sparkasse gewährt dem Sparer während der Ansparphase auf sein Sparguthaben variable Grundzinsen und Bonuszinsen gemäß den nachfolgenden Bestimmungen:

4.1. Grundzinsen

Das Sparguthaben wird während der Ansparphase variabel mit zzt. % p.a. verzinst (Grundzinsen). Eine Änderung des Zinssatzes tritt mit der Änderung des Preisaushangs in Kraft. (...)“

Der vom Kläger exemplarisch vorgelegte Altersvorsorgevertrag zwischen der Beklagten und [REDACTED] wurde im Jahr 2017 „förderschädlich“ beendet, indem sämtliche eingezahlten Beträge auf deren Wunsch an sie erstattet wurden.

Der Kläger mahnte die Beklagte mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 07.12.2017 (Anlage K3 = Bl. 9 f. d.A.) unter Beanstandung der genannten AGB-Klausel ab und verlangte von der Beklagten erfolglos die Abgabe einer vertragsstrafenbewehrten Unterlassungserklärung.

Der Kläger hat vorgebracht,

die beanstandete Klausel sei, wie der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden habe, schon nach § 308 Nr. 4 BGB unzulässig. Sie enthalte einen Anpassungsvorbehalt, ohne das Mindestmaß an Kalkulierbarkeit möglicher Zinsänderungen aufzuweisen. Zudem sei die beanstandete Klausel wegen Intransparenz unwirksam. Sie verweise pauschal auf Änderungen des Preisaushanges der Beklagten. Ob, wann und nach welchen Kriterien Zinsänderungen vorgenommen werden würden, sei aus ihr nicht ersichtlich.

Die Wiederholungsgefahr werde vermutet, da die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben habe. Tatsächlich verwende die Beklagte die Klausel auch seit 2005 weiter, da sich diese in den vor diesem Zeitpunkt geschlossenen Verträgen

unverändert befinde. Soweit die Beklagte behaupte, sie habe den davon betroffenen Kunden nach den zu solchen Klauseln ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes jeweils eine ändernde Anlage zum Sparvertrag unterbreitet, werde dies bestritten und ändere auch nichts. Ein bloßes Änderungsangebot stelle noch keine inhaltliche Änderung der Verträge dar. Zudem lege die Beklagte diese behaupteten Änderungsangebote nicht einmal exemplarisch vor. Wie die Beklagte seit den genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Innenverhältnis jeweils die Zinsberechnungen vornehme, sei unerheblich. Ohnehin liege in dieser Berechnung der variablen Zinsen, wie sie die Beklagte behaupte und in Form des Anschreibens an [REDACTED] vom 30.07.2012 (Bl. 58 d.A.) vorgelegt habe, eine weitere Verwendung der unwirksamen Zinsanpassungsklausel, da nur diese Grundlage einer wie auch immer gearteten variablen Zinsberechnung sein könne.

Es liege auch kein Ausnahmefall vor, in dem mit einer weiteren Verwendung nicht mehr zu rechnen sei. Ein solcher sei vom Bundesgerichtshof lediglich in dem Fall angenommen worden, dass der Verwender den jeweiligen Vertragspartnern die Unzulässigkeit der Klausel mitgeteilt und ausdrücklich erklärt habe, aus dieser Klausel keine Rechte mehr abzuleiten. Dass dies hier geschehen sei, behaupte die Beklagte selbst nicht.

Der Kläger hat beantragt,

1.

der Beklagten zu untersagen, sich gegenüber Verbrauchern (§ 13 BGB) auf die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zusammenhang mit Altersvorsorgeverträgen nach dem Altersvermögensgesetz zu berufen:

„Das Sparguthaben wird während der Ansparphase variabel mit zzt. % p.a. verzinst (Grundzinsen). Eine Änderung des Zinssatzes tritt mit der Änderung des Preisaushangs in Kraft“,

2.

der Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu € 250.000,- (ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Wochen) oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten anzudrohen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgebracht,

es treffe nicht zu, dass sie die beanstandete Klausel nach wie vor verwende. Nachdem der Bundesgerichtshof solche Klauseln beanstandet habe, habe sie ab Ende 2004 den davon betroffenen Verbrauchern „eine Anlage zum Sparvertrag“ unterbreitet, die eine Änderung der Zinsanpassungsklausel enthalten habe. Ab 2005 sei bei Verträgen wie dem der [REDACTED] [REDACTED] dadurch eine Zinsanpassung vereinbart worden, die sich aus einer Mischung von 30 % des gleitenden Drei-Monats-Zinses (sog. Drei-Monats-Euribor) und 70 % des gleitenden 10-Jahres-Zinses (festverzinsliche Wertpapiere inländischer Emittenten) abzgl. 1 % zusammengesetzt habe. Auf dieser Basis seien seitdem die Zinsanpassungen durchgeführt und den Kunden in Form der Zinsgutschriften auf den jeweiligen Jahreskontoauszügen auch mitgeteilt worden. Die Beklagte verwende somit die beanstandete Klausel seit mehr als 10 Jahren nicht mehr und berufe sich auch nicht darauf.

Damit fehle es am Rechtsschutzbedürfnis, jedenfalls aber an der erforderlichen Wiederholungsfahr. Diese könne nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bei Vorliegen besonderer Umstände entfallen, was sich hier aufdränge. Die Beklagte habe nach den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zu dieser Klausel umgehend reagiert und sich seitdem weder auf diese Klausel berufen, noch sie verwendet. Dies sei auch „stets nach außen getragen worden“.

Mit Urteil vom 27.07.2018, auf dessen Entscheidungsgründe wegen der Einzelheiten verwiesen wird, hat das Landgericht der Beklagten antragsgemäß untersagt, sich gegenüber Verbrauchern auf die beanstandete oder eine inhaltsgleiche Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu berufen, und der Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung das beantragte Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft von bis zu 6

Monaten angedroht. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Die beanstandete Klausel sei, was zwischen den Parteien auch nicht im Streit sei, nach §§ 308 Nr. 4, 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Durch die Aufnahme in die Verträge habe die Beklagte diese Klausel verwendet. Diese Verwendung begründe eine tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr, die die Beklagte nicht widerlegt habe. An die Widerlegung seien strenge Anforderungen zu stellen, es reiche nicht aus, wenn die beanstandete Klausel geändert werde. Vielmehr sei grundsätzlich die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung erforderlich, die die Beklagte nicht abgegeben habe. Die behaupteten Vertragsänderungen ergäben sich schon aus ihrem Vortrag nicht. Das bloße Übersenden einer Anlage sei lediglich ein Angebot auf eine solche Vertragsänderung; dass alle Kunden dieses Angebot angenommen hätten, sei nicht dargelegt. Dass die Beklagte die Klausel gemäß ihrer Behauptung bloß faktisch nicht mehr anwende, lasse die Wiederholungsgefahr schon deshalb nicht entfallen, weil dies der Beklagten unverändert die Möglichkeit belasse, sich auf die Klausel doch wieder zu berufen. Besondere Umstände, die die Wiederholungsgefahr auch ohne strafbewehrte Unterlassungserklärung entfallen ließen, lägen daher nicht vor.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie ihr Ziel der Klageabweisung weiterverfolgt.

Sie nimmt Bezug auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und ist insbesondere der Ansicht,

es fehle an der für die Verurteilung erforderlichen Wiederholungsgefahr. Selbst wenn unterstellt werde, dass es mangels Annahme des Angebotes der Beklagten durch die Kunden nicht zu wirksamen Vertragsänderungen gekommen sei, sei diese Wiederholungsgefahr hier dennoch nicht gegeben. Die seit 2005 von der Beklagten verwendete Zinsanpassungsklausel gemäß der Anlage zum Sparvertrag entspreche am nächsten der ursprünglich vereinbarten Klausel. Diese wende die Beklagte seitdem ausschließlich an, durch die langjährige Verwendung dieser Berechnung und die Akzeptanz durch die Kunden sei die Wiederholungsgefahr jedenfalls entfallen. Denn die Beklagte habe sich damit ersichtlich von der Klausel distanziert. Ein erneutes Berufen auf diese würde daher einen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellen (§ 242 BGB, venire contra factum proprium) und wäre unzulässig.

Die Beklagte habe alles ihr Mögliche getan, um ihre Kunden transparent zu informieren und eine Klausel zu verwenden, die der von den Parteien ursprünglich gewollten Klausel am nächsten komme. Eine Wiederholungsgefahr sei daher unter keinem denkbaren Gesichtspunkt gegeben.

Zudem werde der Einwand der Verwirkung erhoben. Nach 13 Jahren habe die Beklagte nicht mehr mit einer Abmahnung rechnen müssen.

Die Beklagte beantragt,

das am 27.07.2018 verkündete, der Beklagten am 30.07.2018 zugestellte Urteil des Landgerichts Kaiserslautern (Az.: 3 O 65/18) aufzuheben und die Klage des klägerischen Vereines abzuweisen.

Der Kläger, der keinen ausdrücklichen Berufungsantrag formuliert hat, verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe von dessen Entscheidungsgründen und seinem erstinstanzlichen Vorbringen und ist insbesondere der Ansicht,

die Wiederholungsgefahr bestehe fort. Die Beklagte habe die Klausel mangels wirksamer Änderungsvereinbarung mit [REDACTED] jedenfalls in dem mit dieser geschlossenen Vertrag noch im Jahr 2017 und damit in unverjährter Zeit verwendet und sich auch darauf berufen. Wie die Beklagte nunmehr intern die Zinsen berechne, sei unerheblich. Die von der Beklagten behauptete nunmehrige Art der Zinsberechnung „nach dem, was der vereinbarten Klausel am Nächsten komme“, stelle vielmehr wiederum ein Verwenden dieser unzulässigen Klausel dar, da diese infolge ihrer Unwirksamkeit ersatzlos in Wegfall geraten sei und damit die gesetzliche Regelung gelte. Die Wiederholungsgefahr werde grundsätzlich nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt, was die Beklagte aber bis heute verweigere. Ausnahmefälle hiervon lägen nicht vor und seien von der Beklagten auch nicht behauptet.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird ergänzend auf die von den Parteien zur Verfah-

rensakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien mit Hinweisbeschluss vom 27.06.2019 (Bl. 134 ff. d.A.), wegen dessen Einzelheiten auf die dortigen Gründe Bezug genommen wird, darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung der Beklagten durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Hierzu hat die Beklagte innerhalb verlängerter Stellungnahmefrist mit Schriftsatz vom 30.08.2019, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 161 ff. d.A. Bezug genommen wird, Stellung genommen. Sie bringt unter Aufrechterhaltung ihrer weiteren Einwendungen im Wesentlichen vor, sie habe die Kunden, in deren Altverträgen sich die beanstandete Klausel noch befinde, am 13.09.2018 nach Erlass des angefochtenen Urteils angeschrieben und diese verbunden mit einem Angebot zur Vereinbarung einer neuen Berechnungsklausel darauf hingewiesen, dass die beanstandete Klausel unwirksam sei und sie, die Beklagte, daraus keine Rechte mehr herleite. In der Berufungsbegründung habe sie diesen Sachverhalt nicht vorbringen können, da sie zunächst zwecks Zugangsnachweis den Rücklauf der unterzeichneten Neuvereinbarungen abgewartet habe und die Kunden, bei denen es zu einem solchen Rücklauf nicht gekommen sei, im November 2018 nochmals per Einschreiben mit Rückschein angeschrieben habe. Hierzu hat der Kläger mit Schriftsatz vom 03.09.2019 (Bl. 172 ff. d.A.) Stellung genommen. Er bestreitet dieses Vorbringen mit Nichtwissen, rügt es als verspätet und ist im Übrigen der Auffassung, dieses Vorbringen sei unerheblich, da die Beklagte weder darlege noch unter Beweis stelle, dass alle Kunden dieses behauptete Schreiben erhalten hätten.

II.

Die Zurückweisung der Berufung beruht auf § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Der Senat ist einstimmig der Auffassung, dass die Berufung der Beklagten offensichtlich ohne Aussicht auf Erfolg ist (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die weiteren Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nm. 2-4 ZPO vorliegen. Das Landgericht hat der Beklagten zu Recht untersagt, sich im Rahmen ihrer Altersvorsorgeverträge nach dem Altersvermögensgesetz gegenüber Verbrauchern auf die beanstandete Klausel zu berufen. Dem Kläger steht gegen die Beklagte ein entsprechender Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG (i.V.m. §§ 8 Abs. 1, 9, 11 UKlaG) zu. Die gleichzeitig erfolgte Androhung von Ordnungsgeld, ersatzweise Ord-

nungshaft, oder Ordnungshaft folgt aus § 890 Abs. 1, Abs. 2 ZPO.

Nach § 1 UKlaG kann derjenige, der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen verwendet, die nach §§ 307 – 309 BGB unwirksam sind, auf Unterlassung dieser Verwendung in Anspruch genommen werden (zur Einordnung als Anspruchsgrundlage BGH WM 2018, 436, 439). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

1.

Die Klage ist zulässig, der Kläger ist insbesondere klagebefugt.

Die Unterlassungsansprüche aus § 1 UKlaG stehen qualifizierten Einrichtungen zu, die in der vom Bundesamt für Justiz geführten Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG oder im Verzeichnis der Europäischen Kommission nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2009/22/EG eingetragen sind (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UKlaG). Das ist beim Kläger, der zudem als Verbraucherzentrale e.V. ohnehin zu den Verbänden gehört, bei denen das Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen unwiderleglich vermutet wird (§ 4 Abs. 2 S. 2 UKlaG), der Fall (vgl. die schon unter Geltung der Vorgängervorschriften erfolgte Eintragung in das damalige Verzeichnis nach § 22a AGBG durch das Bundesverwaltungsamt Anlage K1 = Bl. 7 d.A.).

Der Kläger ist auch im Übrigen klagebefugt. Zwar hat das Gericht bei Verbandsklagen im Rahmen der Klagebefugnis von Amts wegen zu prüfen, ob die Prozessführung durch den klagenden Verband im Einzelfall von dessen Satzungszweck umfasst ist, da das allein aus der Eintragung in die genannte Liste nicht folgt (BGH NJW 2012, 1812, 1813 m.w.N.). Das ist hier allerdings evident der Fall. Nach seiner Satzung verfolgt der Kläger den Schutz der Verbraucher als Allgemeinheit u.a. vor der Verwendung von nach §§ 307 – 309 BGB unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rechtsverkehr. Darum geht es auch hier. Die auch in der Stellungnahme zum Hinweisbeschluss des Senats vom 27.06.2019 nochmals aufgegriffene Mutmaßung der Beklagten, dem Kläger gehe es in diesem Verfahren nicht um den Schutz der Verbraucher als Allgemeinheit, sondern – was in der Tat nicht zulässig wäre – allein um die Durchsetzung der Interessen der [REDACTED], findet im Tatsächlichen keine hinreichende Stütze. Allein aus dem behaupteten Umstand, dass die Beklagte die beanstandete Klausel seit mehr als 10 Jahren nicht mehr verwende, folgt das schon deshalb nicht, weil dies zwischen den Parteien im Streit und damit eine Frage der

Begründetheit der Klage ist. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, welche Interessen der [REDACTED] der Kläger mit der auf Unterlassung der Berufung auf die gegenständliche Klausel gerichteten Klage verfolgen sollte, nachdem deren Vertrag seit 2017 auf ihren Wunsch hin förderschädlich beendet wurde und ihr sämtliche eingezahlten Sparbeträge erstattet wurden.

2.

Die Beklagte hat in den bis Ende 2004 abgeschlossenen Vermögensvorsorgeverträgen nach dem Altersvermögensgesetz eine unwirksame AGB-Klausel verwendet. Die hier in Rede stehende Klausel zum variablen Grundzins ist schon ihrem äußeren Bild nach ersichtlich von der Beklagten für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert und von ihr als Verwender dem Verbraucher als Vertragspartner gestellt worden (§ 305 Abs. 1 S. 1 BGB). Nur ergänzend kommt es daher darauf an, dass dies hier ohnehin nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB vermutet wird. Diese Klausel ist – und bleibt – zwar wirksam, soweit es die darin liegende Vereinbarung eines variablen Grundzinses betrifft. Sie ist nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aber wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, soweit es das Ob und Wie der Anpassung des variablen Zinssatzes betrifft, da sie diese Anpassung durch den pauschalen Verweis auf den Preisaushang in keiner Weise hinreichend konkret darstellt (BGHZ 158, 149, 153 ff.; BGH WM 2008, 1493/1494; NJW 2010, 1742; NJW-RR 2017, 942, 943).

3.

Die Beklagte ist auch unverändert Verwenderin dieser AGB-Bestimmung.

Verwender ist, wer gegenüber Dritten – insbesondere dem potentiellen Vertragspartner – erklärt, dass für bestimmte mit ihm abzuschließende Verträge die AGB-Bestimmung gelten soll (BGHZ 112, 204, 215 f.; BGH NJW 2013, 593, 594 f.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 37. Auflage, § 1 UKlaG Rdnr. 8). Hier ergibt sich die Verwendereigenschaft der Beklagten schon daraus, dass sie die streitgegenständliche Klausel unstreitig bis 2004 in ihre Altersvorsorgeverträge nach dem Altersvermögensgesetz aufgenommen und ihren Vertragspartnern gestellt hat, und sich diese Klausel nach wie vor in diesen Altverträgen, die aufgrund ihres Gegenstandes langfristig angelegt sind und noch weiterlaufen, befindet. Dass die Beklagte diese Klausel nach der erstmaligen Beanstandung durch den Bundes-

gerichtshof seit 2005 in ab diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Neuverträgen nicht mehr verwendet, ändert daran somit nichts. Zwar geht es dem Kläger damit nicht mehr darum, die Verwendung dieser Klausel in künftigen Neuverträgen zu verhindern. Darauf ist der Anspruch aus § 1 UKlaG allerdings auch nicht beschränkt. Aus diesem Anspruch kann vielmehr nicht nur das Unterlassen der Verwendung einer beanstandeten Klausel für künftige Vertragsabschlüsse, sondern auch verlangt werden, dass es der Unternehmer zu unterlassen hat, sich bei der Abwicklung bereits bestehender Verträge auf diese Klausel zu berufen (BGH NJW 2002, 2386; NJW 2007, 1054, 1057; NJW 2013, 594, 595; je m.w.N.).

Anders läge es allenfalls dann, wenn – was die Beklagte nicht behauptet und was hier aufgrund des Gegenstandes dieser Verträge fernliegt – sämtliche Altverträge mit dieser Klausel bereits abgewickelt wären, oder wenn die Beklagte diese Klausel durch entsprechende Änderungsvereinbarungen mit den betroffenen Altkunden aus allen Altverträgen herausgenommen hätte. Denn dann würde sie diese nicht mehr verwenden und könnte sich auch nicht mehr auf die Klausel berufen. Das behauptet die Beklagte allerdings selbst nicht ansatzweise schlüssig. Ihr berücksichtigungsfähiger Vortrag dazu beschränkt sich auf die Behauptung, den betroffenen Altkunden eine „Anlage zum Vertrag“ übersandt zu haben, die ab diesem Zeitpunkt eine anderweitige Berechnung der Zinsanpassung vorgesehen habe. Das ergibt die erforderliche Vertragsänderung schon nicht. Der Beklagten stand hier kein einseitiges Vertragsanpassungsrecht zu. Die damit für eine Herausnahme der beanstandeten Klausel aus den Altverträgen erforderliche Vereinbarung mit den jeweiligen Altkunden kommt ersichtlich nicht ohne Weiteres durch Schweigen der Kunden auf eine übersandte Anlage zustande (§§ 145 ff. BGB). Es kommt noch hinzu, dass die Beklagte diese „Anlage“ – worauf das Landgericht zutreffend hinweist – nicht einmal exemplarisch vorlegt. Damit lässt sich mangels Kenntnis des Inhalts dieser Anlage weder beurteilen, ob diese ein Angebot auf Herausnahme der beanstandeten Klausel aus den Verträgen enthielt, noch, ob aufgrund des Inhalts dieses Angebotes - was nur in engen Ausnahmefällen anzunehmen wäre - ausnahmsweise das Schweigen des Verbrauchers als Annahme des Angebotes zu werten wäre.

4.

Mit Recht hat das Landgericht auf der Basis des zu Grunde zu legenden Sachverhaltes auch die erforderliche Wiederholungsgefahr als gegeben angesehen.

4.1.

Das Bestehen von Wiederholungsgefahr ist auch beim Unterlassungsanspruch aus § 1 UKlaG ungeschriebene Anspruchsvoraussetzung (BGH NJW 1981, 1412 f.; NJW 2002, 2386; NJW 2013, 593, 594). Dabei begründet allerdings die – hier durch Aufnahme in die Verträge bis Ende 2004 seitens der Beklagten erfolgte – Verwendung der unzulässigen AGB-Bestimmung eine tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr. An die dem Unternehmer obliegende Widerlegung dieser Vermutung sind strenge Anforderungen zu stellen. Es reicht regelmäßig nicht aus, dass der Unternehmer die beanstandete Klausel ändert oder seine Absicht erklärt, diese nicht mehr verwenden und sich auf sie nicht mehr berufen zu wollen. Die bloße Bereitschaft des Unternehmers, eine nicht strafbewehrte Unterlassungserklärung abgeben zu wollen, genügt deshalb ebenso wenig. Denn daraus ergibt sich die notwendige, in der Bereitschaft, im Fall des Verstoßes ernsthafte Folgen tragen zu wollen, zum Ausdruck kommende Ernsthaftigkeit der Unterlassungserklärung gerade nicht. Vielmehr ist zur Widerlegung der Vermutung der Wiederholungsgefahr grundsätzlich die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung notwendig (zum Ganzen BGH NJW 1992, 3158, 3161; NJW-RR 2001, 485, 487; NJW 2013, 593, 594; NJW 2017, 3649, 3655; OLG Brandenburg NJW-RR 2003, 991, 994; KG NJW 2012, 395, 397; ebenso je m.w.N. aus der Rechtsprechung NKBGB/Walker, 3. Auflage, § 1 UKlaG Rdnr. 9; MünchKommZPO/Micklitz/Rott, 5. Auflage, § 1 UKlaG Rdnr. 32 f.; Ulmer/Brandtner/Hensen/Witt, AGB-Recht, 12. Auflage, § 1 UKlaG Rdnr. 38; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, a.a.O., § 1 UKlaG Rdnr. 10; Palandt/Grüneberg, BGB, 78. Auflage, § 1 UKlaG Rdnr. 6). Anders liegt es nur dann, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles ausnahmsweise auch ohne eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hinreichend sicher feststellbar ist, dass nach allgemeiner Erfahrung mit einer erneuten Verwendung der Klausel oder einem Berufen darauf nicht mehr zu rechnen ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Unternehmer – wozu er weder aus §§ 305 ff. BGB, noch aus vertraglichen Gründen oder aus § 1 UKlaG heraus verpflichtet ist (BGH NJW-RR 2013, 593, 595) – die Klausel nicht nur in Neuverträgen nicht mehr verwendet, sondern auch bei den Altverträgen seine Vertragspartner angeschrieben und darauf hingewiesen hat, dass die beanstandete Klausel unwirksam ist und er daraus keine Rechte mehr herleitet (vgl. BGH NJW 1981, 1412/1413; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 778, 779; Ulmer/Brandtner/Hensen/Witt, a.a.O., § 1 Rdnr. 38a).

3.2.

Hier ist die aufgrund der Aufnahme dieser Klausel in die bis Ende 2004 geschlossenen Altersvorsorgeverträge begründete Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht widerlegt.

(1)

Allerdings ergibt sich ein fortdauerndes „Berufen“ der Beklagten auf diese Klausel nicht daraus, dass die Beklagte nunmehr eine Zinsanpassungsmethode verwendet, die der unwirksamen Klausel nach ihrer Darstellung „am Nächsten“ kommt. Hierin liegt entgegen der Ansicht des Klägers nicht deshalb ein „Berufen“ auf die unwirksame Klausel, weil aufgrund deren Unwirksamkeit an ihre Stelle die gesetzliche Regelung tritt und die von der Beklagten gewählte, nach ihrem eigenen Bekunden der unwirksamen Regelung „am nächsten kommende“ Berechnungsmethode sich allein auf die unwirksame Klausel stützen könnte. Bei diesem Ansatz verkennt der Kläger, dass die Vereinbarung des variablen Grundzinssatzes als solche auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Weiteres wirksam ist und dies auch dann bleibt, wenn – wie hier – die Bestimmung über die Maßstäbe, nach denen dieser variable Zins angepasst wird, unwirksam ist. Da es für diese Frage kein dispositives Gesetzesrecht gibt, tritt an die Stelle der unwirksamen Anpassungsklausel auch nicht „die gesetzliche Regelung“, vielmehr ist mangels eines einseitigen Anpassungsrechts der Beklagten nach §§ 315, 316 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Regelung zu ermitteln, die dem ursprünglich von den Parteien Gewollten am Ehesten entspricht (BGH NJW 2010, 1742/1743; NJW-RR 2017, 942, 943 f.). Das hat die Beklagte getan, ein Berufen auf die unwirksame Klausel liegt – unabhängig davon, ob die von der Beklagten gewählte Berechnung dem Gewollten tatsächlich am Ehesten entspricht oder nicht – darin nicht.

(2)

Die Vermutung der Wiederholungsgefahr ist hier aber dennoch nicht widerlegt.

Zwar zieht die Beklagte die Unwirksamkeit der Klausel - jedenfalls im hiesigen Verfahren - nicht in Zweifel und verwendet sie auch seit Ende 2004 / Anfang 2005 in Neuverträgen nicht mehr. Das genügt allerdings, wie bereits dargestellt, nicht. In den Altverträgen befindet sich diese Klausel – wie dargelegt – unverändert, eine eindeutige Klarstellung gegenüber den davon betroffenen Vertragspartnern, dass die Klausel unwirksam ist und sie daraus keine Rechte mehr herleitet, hat die Beklagte auf der Basis des zu Grunde zu legenden Sachver-

haltes nicht vorgenommen. Eine inhaltliche Änderung dieser Altverträge im Sinne einer Herausnahme dieser Klausel ist, wie ebenfalls bereits dargelegt, nicht schlüssig dargetan. Letztlich beschränkt sich die Beklagte im Zusammenhang mit diesen Altverträgen mit der Behauptung, sie habe den Kunden eine nicht näher spezifizierte „Anlage“ übersendet und berechne „von den Kunden akzeptiert“ die Zinsänderungen seitdem anhand des in dieser Anlage mitgeteilten Maßstabes auf die Behauptung, die unverändert in den Verträgen enthaltene Klausel werde „nicht mehr gelebt“. Das reicht aber zur Widerlegung der Vermutung gerade nicht aus (vgl. BGH NJW 2013, 593, 594). Denn das ändert nichts daran, dass sich die Klausel nach wie vor in den Altverträgen befindet und die Unwirksamkeit der Klausel den meisten Verbrauchern schlicht unbekannt ist. Es bleibt daher möglich, dass sich die Beklagte gegenüber Verbrauchern im „Ernstfall“ auf diese somit weiter verwendete Klausel auch beruft. Der Einwand, dieses Berufen sei ihr aufgrund der jahrelangen abweichenden Berechnung „nach § 242 BGB (venire contra factum proprium)“ abgeschnitten, liegt schon deshalb neben der Sache, weil die Klausel unwirksam ist und sich die Beklagte damit rechtlich gesehen wirksam ohnehin nicht auf diese Klausel berufen kann. Das ist aber nicht der entscheidende Punkt. Erfahrungsgemäß lassen sich viele Verbraucher in Unkenntnis der Unwirksamkeit von AGB-Klauseln schon durch den bloßen Verweis auf diese – der hier unverändert möglich ist – von einer weiteren Verfolgung ihrer Rechte und Ansprüche abhalten. Eben das zu verhindern, ist auch Sinn des Unterlassungsanspruches aus § 1 UKlaG, der sich eben deshalb auch auf das Unterlassen des Berufens auf die Klausel bei der Abwicklung bereits geschlossener Verträge richtet (vgl. oben). Bei dieser Sachlage reicht es nicht aus, dass die Beklagte hier die Unwirksamkeit der Klausel und die Berechtigung der Beanstandung des Klägers bereits außergerichtlich nicht bestritten hat. Ein Ausnahmefall, in dem auch ohne strafbewehrte Unterlassungserklärung von einer Widerlegung der Vermutung auszugehen wäre, liegt damit nicht vor.

5.

Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, der Unterlassungsanspruch sei verwirkt (§ 242 BGB), da sie nach mehr als 10 Jahren seit der Änderung der Klausel in ihren Neuverträgen nicht mehr damit habe rechnen müssen, auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Der Anspruch aus § 1 UKlaG unterliegt nicht der Verwirkung, da an seiner Durchsetzung ein öffentliches Interesse besteht (BGH NJW 1995, 1488, 1489 <zur Vorgängernorm § 13 AGBG a.F.>; MünchKommZPO/Micklitz/Rott, a.a.O., § 1 UKlaG Rdnr. 53; Köhler/

Bornkamm/Feddersen/Köhler, a.a.O., § 1 UKlaG Rdnr. 19).

6.

Auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer 2. - 5. hat der Senat die Beklagte mit Hinweisbeschluss vom 27.06.2019 hingewiesen. Die Stellungnahme der Beklagten vom 30. 08.2019 gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung.

6.1.

Überwiegend sind die Einwendungen, die die Beklagte vorbringt, aus den bereits im Hinweisbeschluss dargestellten Gründen nicht geeignet, der Berufung zum Erfolg zu verhelfen.

Soweit die Beklagte moniert, der Kläger nehme nicht seine satzungsmäßigen Aufgaben wahr, wird auf die Ausführungen oben unter Ziffer 1. Bezug genommen. Ebenso ohne Erfolg beruft sich die Beklagte weiterhin auf Verwirkung des Unterlassungsanspruches. Dass dieser Einwand nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes von vornherein nicht greift, hat der Senat bereits im Hinweisbeschluss dargelegt. Dabei hat es sein Bewenden. Ebenso wenig folgt aus dem Umstand, dass die Beklagte die beanstandete Klausel seit mehr als 10 Jahren in Neuverträgen nicht mehr verwendet, angesichts der zunächst erfolgten Weiterverwendung in den langfristig laufenden Altverträgen ein unzulässiger „reiner Selbstzweck“ des verfolgten Unterlassungsbegehrens oder gar eine besondere Konstellation, in der die Wiederholungsgefahr aufgrund besonderer Umstände ausgeschlossen wäre. Auch insoweit bleibt es bei den obenstehenden, bereits im Hinweisbeschluss des Senats dargestellten Gründen. Gleiches gilt für das – wie schon im Hinweisbeschluss dargelegt – unzureichende Angebot der Abgabe einer nicht strafbewehrten Unterlassungserklärung.

6.2.

Mit ihrem erstmals im Schriftsatz vom 30.08.2019 erfolgten tatsächlichen Vorbringen, sie habe nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils im September 2018 sämtliche Bestandskunden, die bei ihr die S-Vorsorge-Plus-Verträge mit der beanstandeten Klausel bis Ende 2004 abgeschlossen hätten, angeschrieben und diese ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Klausel im beanstandeten Teil unwirksam sei und die Beklagte sich daher auf diese nicht mehr berufe und auch künftig nicht berufen werde, ist die Beklagte nach § 530 ZPO i.V.m. § 520 Abs. 2+3 ZPO entsprechend § 296 Abs. 1+4 ZPO ausgeschlossen.

(1)

Dieses Vorbringen ist allerdings erheblich.

Zwar ändert dieses Vorbringen, solange nicht die beanstandete Klausel aus allen Altverträgen durch Änderungsvereinbarung mit den Kunden „entfernt“ wurde, aus den dargestellten Gründen noch nichts an der unverändert gegebenen Verwendereigenschaft der Beklagten. Allerdings kann, wie dargelegt, die Vermutung der Wiederholungsgefahr auch ohne Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung dann widerlegt sein, wenn aufgrund anderer Umstände ausnahmsweise hinreichend sicher feststellbar ist, dass nach allgemeiner Erfahrung mit einer erneuten Verwendung der Klausel oder einem Berufen auf diese nicht mehr zu rechnen ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Unternehmer die Klausel nicht nur in Neuverträgen nicht mehr verwendet, sondern auch bei den Altverträgen seine Vertragspartner angeschrieben und diese darauf hingewiesen hat, dass die Klausel unwirksam ist und er daraus keine Rechte mehr herleitet (vgl. die obigen Nachweise). Das war hier, sollte das neue Vorbringen der Beklagten zutreffen, der Fall. Unstreitig verwendet die Beklagte die Klausel in Neuverträgen seit Anfang 2005 nicht mehr. Das nun exemplarisch vorgelegte Schreiben vom 13.09.2018 (Bl. 165 d.A.) erklärt gegenüber den Bestandskunden, in deren Altverträgen die Klausel noch enthalten ist, ausdrücklich unter wörtlicher Wiedergabe des unwirksamen Teils, dass und warum dieser nach der Rechtsprechung unwirksam ist, und dass die Beklagte sich auf diese Klausel nicht mehr berufen sowie sie auf den konkreten Vertrag auch nicht mehr anwenden wird. Gleichzeitig erfolgte ein Angebot, diese Klausel durch eine Neuregelung zu ersetzen, die der Kunde unterschrieben zurücksenden könne. Dass dieses exemplarisch vorgelegte Schreiben inhaltsgleich an alle Altkunden versendet wurde, hat die Beklagte durch Zeugen unter Beweis gestellt (Bl. 162 d.A.). Entgegen der Ansicht des Klägers ist für die Widerlegung der Vermutung nicht erforderlich, dass die Beklagte auch den Zugang dieses Schreibens bei allen Bestandskunden nachweist, den der Kläger bestreitet. Entscheidend für die Widerlegung der Wiederholungsgefahr ist die hinreichende Gewissheit, dass mit einem Berufen auf die Klausel durch die Beklagte nicht mehr zu rechnen ist. Dafür ist das Verhalten der Beklagten entscheidend. Hierfür genügt neben der Herausnahme der Klausel aus den Neuverträgen seit 2005 das Versenden der genannten Schreiben an alle Altvertragskunden. Ob diese dann das Schreiben auch alle erhalten haben, was die Beklagte ohnehin nur bedingt beeinflussen kann, ist unerheblich, zumal sich

die Verlustquote bei den Postzustellern im verschwindend geringen Bereich bewegt.

(2)

Unerheblich ist demgegenüber, dass der Kläger – jedenfalls nach Behauptung der Beklagten – die von ihm „vertretenen“ Bestandskunden der Beklagten davon abgehalten hat, die Änderungsvereinbarung unterzeichnet zurück zu senden. Darauf kommt es für den hier geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht an. Für diesen ist allein entscheidend, ob die vermutete Wiederholungsgefahr widerlegt ist. Das ist schon dann der Fall, wenn die Beklagte die genannten Anschreiben an alle Bestandskunden, in deren Verträgen die Klausel noch verwendet wurde, versendet hat, da für die Widerlegung die (einseitige) Erklärung ausreicht, dass die Klausel unwirksam ist und daraus keine Rechte mehr hergeleitet werden. Ob sich die Beteiligten dann auch auf die wegen des Fortbestandes des vereinbarten variablen Zinssatzes notwendigen neuen Berechnungsmodalitäten einigen oder nicht, ist für die Widerlegung der Wiederholungsgefahr unerheblich. Aus denselben Gründen ist es evident unerheblich, ob die von der Beklagten nunmehr vorgeschlagene Berechnung des variablen Zinssatzes ihrerseits unwirksam ist. Diese Frage ist nicht Gegenstand des Verfahrens, sondern allein der Unterlassungsanspruch betreffend die Verwendung der ursprünglichen Klausel. Diese verwendet die Beklagte aber auch dann nicht mehr, wenn die nunmehr praktizierte und vorgeschlagene Berechnung ihrerseits unwirksam sein sollte. Dass es sich inhaltlich um eine der unwirksamen Klausel gleichkommende Berechnungsart handelt, behauptet der Kläger selbst nicht.

(3)

Mit diesem neuen Vorbringen, das der Kläger bestritten hat, ist die Beklagte jedoch ausgeschlossen. Das folgt zwar noch nicht aus §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO, weil die Beklagte diesen erst nach dem erstinstanzlichen Urteil entstandenen Sachverhalt in erster Instanz nicht vortragen konnte. Die Beklagte ist mit diesem Vorbringen jedoch aufgrund Verspätung nach § 530 ZPO i.V.m. § 520 Abs. 2+3 ZPO entsprechend § 296 Abs. 1+4 ZPO ausgeschlossen.

a.)

Der Ansatz der Beklagten, ihr Vorbringen sei schon deshalb nicht verspätet, weil sie nach einer ordnungsgemäßen Berufungsbegründung auch nach Ablauf der Berufungsbegrün-

dungsfrist ihr Vorbringen ergänzen könne, geht in diesem Zusammenhang fehl. Die weitgehend formalen Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO an eine fristgerechte Berufungsbegründung betreffen die Zulässigkeit der Berufung (vgl. BGH NJW-RR 2016, 1267, 1268; VersR 2007, 373; je m.w.N.). Zwar trifft es in diesem Zusammenhang zu, dass der Berufungsführer, so er eine diesen Zulässigkeitsanforderungen genügende Berufungsbegründung fristgerecht eingereicht hat, sein Berufungsvorbringen auch danach inhaltlich noch ergänzen kann. Dieses nachträgliche Vorbringen unterliegt dann aber ggfs. den Präklusionsvorschriften der §§ 530, 520 Abs. 2+3, 296 Abs. 1+4 ZPO sowie der §§ 525, 296 Abs. 2, 282 ZPO (vgl. BGH VersR 2007, 373). Das gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - das nachgeschobene Vorbringen keine Ergänzung des bisherigen Sachvortrages darstellt, sondern es sich um gänzlich neuen Sachvortrag handelt. Dass schließlich die auf den Hinweisbeschluss des Senats nach § 522 Abs. 2 ZPO gesetzte Stellungnahmefrist sich ausschließlich auf den Inhalt des Hinweisbeschlusses bezieht und keineswegs dazu führt, dass die Partei nunmehr unabhängig von den genannten Präklusionsvorschriften noch neuen Sachvortrag leisten könnte, liegt auf der Hand.

b.)

Gemäß § 530 ZPO sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 520 Abs. 2+3 ZPO nicht innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgebracht werden, entsprechend § 296 Abs. 1+4 ZPO ausgeschlossen, wenn die Zulassung dieses verspäteten Vorbringens den Rechtsstreit verzögern würde und die Partei die Verspätung nicht genügend entschuldigt (vgl. dazu Musielak/Voit/Ball, ZPO, 16. Auflage, § 530 Rdnr. 15). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Das exemplarisch vorgelegte Schreiben der Beklagten datiert vom 13.09.2018, nach dem Vorbringen der Beklagten wurden alle Schreiben an die betroffenen Bestandskunden unter diesem Datum verfasst und anschließend versendet. Dieses neue Vorbringen hätte daher, soweit es die Tatsache dieser Schreiben und ihrer Versendung an die Bestandskunden betrifft, innerhalb der bis zum 31.10.2018 verlängerten Berufungsbegründungsfrist ohne Weiteres bereits erfolgen können und auch müssen. Es ist damit verspätet. Durch die Zulassung des verspäteten Vorbringens würde der Rechtsstreit verzögert. Nach dem nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblichen „absoluten“ Verzögerungsbegriff liegt diese grundsätzlich schon dann vor, wenn der Rechtsstreit bei Zulassung des ver-

späteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung; unerheblich ist, ob der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange gedauert hätte wie bei Zulassung des nunmehr verspäteten Vorbringens (BGH NJW 2012, 2808, 2809 m.w.N.). Das ist hier evident. Bei Zurückweisung des neuen Vorbringens würde die Berufung zurückgewiesen, während bei dessen Zulassung ein Termin mit Beweisaufnahme erforderlich wäre. Zwar ist der „absolute“ Verzögerungsbegriff mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG nur dann vereinbar, wenn solche Konstellationen herausgenommen werden, bei denen sich ohne weitere Erwägungen, also ohne schwierige Prognosen über hypothetische Kausalabläufe, aufdrängt, dass der Rechtsstreit auch bei rechtzeitigem Vorbringen ebenso lange gedauert hätte wie bei Zulassung des verspäteten Vorbringens (BVerfG NJW 1992, 679, 680; BGH NJW-RR 2011, 526, 527; NJW 2012, 2808, 2809 m.w.N.). Das ist hier allerdings nicht der Fall. Der Hinweisbeschluss des Senats datiert vom 27.06.2019. Hätte die Beklagte das nunmehr neue Vorbringen bereits mit der Berufungsbegründung vorgebracht, wäre mit einer Terminierung zur dann notwendigen Beweisaufnahme im August 2019 nach der Terminslage des Senats ohne Weiteres zu rechnen gewesen. Damit hätte das Verfahren Anfang September 2019 abgeschlossen werden können. Bei Zulassung des neuen Vorbringens würde sich der Rechtsstreit aufgrund der Terminslage des Senats damit über diesen Zeitpunkt hinaus weiter verzögern.

Hinreichende Entschuldigungsgründe bringt die Beklagte nicht vor. Ihr Vortrag, sie habe dieses neue Vorbringen innerhalb der Berufungsbegründungsfrist nicht vorbringen können, da sie erst den Rücklauf der Neuvereinbarungen und den damit verbundenen Zugangsnachweis abgewartet habe, enthält keine hinreichende Entschuldigung. Für die Widerlegung der Wiederholungsgefahr ist - wie dargelegt - allein entscheidend, dass der Unternehmer die unwirksame Klausel in Neuverträgen nicht mehr verwendet und die Bestandskunden ausdrücklich darauf hinweist, dass die Klausel unwirksam ist und er aus ihr keine Rechte mehr herleitet. Dabei kommt es aus den dargelegten Gründen auf den Zugangsnachweis bezüglich aller Bestandskunden nicht an und erst recht nicht darauf, dass diese die Änderungsvereinbarung unterzeichnen. Der entscheidende Punkt des nunmehr behaupteten Anschreibens an alle Bestandskunden, das mehr als 6 Wochen vor Ablauf der Berufungsbegründungsfrist verfasst und versandt worden sein soll, hätte daher innerhalb der Berufungsbegründungsfrist ohne Weiteres vorgetragen werden können und auch müssen, da es auf diesen Punkt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ankommen konnte. Das gilt

auch und gerade vor dem Hintergrund, dass die Thematik der ausnahmsweisen Widerlegung der vermuteten Wiederholungsgefahr durch ein solches Anschreiben des Unternehmers an die Bestandskunden bereits in erster Instanz - im Zusammenhang mit dem von der Beklagten behaupteten Übersenden von Vertragsanlagen - ausgiebig schriftsätzlich erörtert worden war und das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten vom Erstrichter zu Recht als unzureichend angesehen worden ist, mithin der Beklagten bekannt war, dass es auf diesen Vorgang entscheidend ankommen konnte. Selbst wenn die Beklagte irrig davon ausgegangen sein sollte, es komme insoweit auf den Zugangsnachweis bei allen Bestandskunden an, ändert das nichts daran, dass sie die neue Tatsache der Versendung der behaupteten Schreiben innerhalb der Berufungsbegründungsfrist hätte vortragen müssen und diesen dann fristgemäßen Vortrag später um die Zugangsnachweise hätte ergänzen können. Dies hat die Beklagte nicht nur nicht getan, sondern selbst nach den von ihr behaupteten weiteren Anschreiben im November 2018 über weitere mehr als 7 Monate hinweg diesen neuen Sachverhalt überhaupt nicht vorgebracht.

c.)

Nur ergänzend kommt es daher darauf an, dass die Beklagte mit diesem Vorbringen auch nach § 525 ZPO i.V.m. §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen wäre (vgl. zu diesen Präklusionsvorschriften im Berufungsverfahren Musielak/Voit/Ball, a.a.O., § 530 Rdnr. 5). Denn die Beklagte hat sich auch nach dem von ihr selbst vorgetragenen Rücklauf eines Großteils der Vereinbarungen sowie ihren behaupteten erneuten Anschreiben im November 2018 über weitere mehr als 7 Monate hinweg nicht veranlasst gesehen, diesen neuen Sachverhalt so rechtzeitig vorzutragen, dass der Kläger sich dazu vor dem Hinweisbeschluss des Senats noch hätte inhaltlich äußern können. Zur dadurch bewirkten Verzögerung des Rechtsstreits gilt das bereits Ausgeführte. Hierdurch verletzte die Beklagte grob fahrlässig ihre allgemeine Prozessförderungspflicht. Grob fahrlässig handelt in diesem Zusammenhang eine Partei, wenn sie ihre Prozessführungspflicht in besonders grobem Maße verletzt, also das unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei hätte einleuchten müssen (BGHZ 91, 293, 303; BGH NJW 1997, 2244, 2245; VersR 2007, 373 m.w.N.). So liegt es hier. Wie bereits dargestellt, wurde die Thematik der ausnahmsweisen Widerlegung der vermuteten Wiederholungsgefahr durch solche Anschreiben und Erklärungen des Unternehmers in erster Instanz schriftsätzlich ausgiebig erörtert. Dass der Beklagten diese Thematik bekannt war, ergibt sich schon aus den nunmehr behaupteten Anschreiben vom

13.09.2018 selbst. Bei dieser Sachlage handelt eine Partei, deren Vorbringen dazu in erster Instanz als unzureichend angesehen wurde, grob fahrlässig, wenn sie diesen neuen Sachverhalt nicht nur in der Berufungsbegründung nicht mitteilt, sondern ihn auch danach über einen Zeitraum von mehr als 7 Monaten nicht vorträgt.

7.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Eine mündliche Verhandlung zwecks Zulassung der Revision, die nur in einem Urteil wirksam erfolgen kann, besteht entgegen der Ansicht der Beklagten nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Wann eine vermutete Wiederholungsgefahr widerlegt ist, ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes durch die zitierten Entscheidungen geklärt. Ihre Anwendung auf den Einzelfall wirft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

Den Streitwert hat der Senat mangels anderer Anhaltspunkte nach der Streitwertangabe des Klägers und der von den Parteien nicht monierten Streitwertfestsetzung des Landgerichts bemessen. Im Hinblick darauf, dass die Beklagte die beanstandete Klausel unstreitig in Neuverträgen seit 14 Jahren nicht mehr verwendet und ihre Unwirksamkeit auch in den Altverträgen grundsätzlich nicht in Frage stellt, erscheint ein Streitwert von 5.000,- € auch angemessen.

■■■■■■■■■■

Vorsitzende Richterin
am Oberlandesgericht

■■■■

Richter
am Oberlandesgericht

■■■■■■■■

Richterin
am Oberlandesgericht

Beglaubigt:

(Dienstsiegel)

■■■■■■■■■■, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

