

---

**Datum:** 13.02.2014  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 6. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-6 U 84/13  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2014:0213.I6U84.13.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Düsseldorf, 12 O 649/12  
**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:**

Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das am 05.06.2013 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Tenor des Beschlusses zu I. vom 07.01.2013 dahingehend konkretisiert wird, dass der Verfügungsbeklagten untersagt wird, bei der Abwicklung von Telefon-und DSL-Verträgen von Verbrauchern

a) für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag i.H.v. 13,00 € oder höher zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr im Falle einer Rücklastschrift anfallenden Schadens in der jeweiligen Höhe getroffen hat,

b) für eine Mahnung einen Pauschalbetrag i.H.v. 9,00 Euro oder höher zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr für eine Mahnung anfallenden Schadens in der jeweiligen Höhe getroffen hat.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Verfügungsbeklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

## Gründe:

- I. 2
- Der Verfügungskläger, bei dem es sich um einen gemeinnützigen Verbraucherschutzverein handelt, der in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG aufgenommen ist, hat ursprünglich beantragt, der Verfügungsbeklagten, zu untersagen, bei der Abwicklung von Telefon- und DSL-Verträgen von Verbrauchern für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag i. H. v. 13,00 € zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr im Falle einer Rücklastschrift anfallenden Schadens getroffen hat, und für eine Mahnung wegen eines Zahlungsrückstandes einen Pauschalbetrag i. H. v. 9,00 € zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr für eine Mahnung anfallenden Schadens getroffen hat. 3
- Das Landgericht hat durch Beschluss vom 7. Januar 2013 antragsgemäß die einstweilige Verfügung erlassen und durch das angefochtene Urteil bestätigt. 4
- Wegen der tatsächlichen Feststellungen erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils verwiesen. 5
- Das Landgericht hat die Bestätigung damit begründet, dass auch nach Durchführung der mündlichen Verhandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, dass die Verfügungsbeklagte mit der Inrechnungstellung eines Pauschalbetrages i.H.v. 13,00 € für eine Rücklastschrift und eines Pauschalbetrages i.H.v. 9,00 Euro für eine Mahnung wegen eines Zahlungsrückstandes ohne eine entsprechende Vereinbarung über die pauschale Abgeltung für die Rücklastschrift bzw. für die Mahnung gegen das Umgehungsverbot aus § 306 a BGB verstoße. Es könne offen bleiben, ob eine besondere Umgehungsabsicht der Verfügungsbeklagten erforderlich sei, weil eine solche in der Praxis zur Behandlung von Rücklastschriften und Mahngebühren offen zu Tage trete. Unstreitig sei die Verfügungsbeklagte durch Schreiben des Verfügungsklägers vom 30.03.2012 unter anderem wegen der Rücklastschriftgebührenklauseln in den Preisverzeichnissen gemahnt worden. Die Verfügungsbeklagte habe daraufhin auf die geänderten Preislisten hingewiesen, die keine Einträge zu einer Rücklastschriftpauschale enthielten. Gleichwohl sei davon auszugehen, dass die Verfügungsbeklagte die regelmäßige Praxis habe, für Rücklastschriften eine Pauschale inzwischen ab dem 04.01.2013 erhöht auf 15,00 € und Mahngebühren 9,00 € pauschal in Rechnung zu stellen. Im Hinblick auf die von dem Verfügungskläger vorgelegte Eintragung in das von der Verfügungsbeklagten betriebene Internet Forum sei davon auszugehen, dass diese eine entsprechende Praxis betreibe. Der Betrag von 13,00 € für Rücklastschriften sei offensichtlich überhöht und gemäß § 309 Nr. 5 a BGB unzulässig, weil die Pauschale höher sei als der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden der Verfügungsbeklagten. Auch die Mahnkostenpauschale i.H.v. 9,00 Euro erscheine überhöht im Sinne von § 309 Nr. 5 a BGB. Auch insoweit sei die Verfügungsbeklagte dem Vortrag des Verfügungsklägers nicht entgegen getreten, dass die Mahnkosten mit 1,50 € zu veranschlagen seien. 6
- Die Verfügungsbeklagte könne sich auch nicht auf die fehlende Eilbedürftigkeit im Hinblick auf die Abmahnung vom 30.03.2012 berufen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei die Praxis der Verfügungsbeklagten, ohne eine wirksame Vereinbarung mit den Verbrauchern die Pauschalen zu erheben. Der Verfügungskläger habe insoweit glaubhaft gemacht, dass im Oktober 2012 der Verdacht geschöpft worden sei, dass die Verfügungsbeklagte die Pauschale ihren Kunden faktisch in Rechnung stelle. Am 30.10.2012 habe der 7

Vorstandsvorsitzende des Verfügungsklägers einen Mitarbeiter mit der Recherche beauftragt und am 27.11.2012 die Rechnungen erhalten. Danach habe der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte unverzüglich mit Schreiben vom 04.12.2012 abgemahnt und mit Schriftsatz vom 19.12.2012 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bei dem Landgericht Düsseldorf eingereicht.

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Verfügungsbeklagten, mit der sie die Aufhebung der einstweiligen Verfügung und die Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung begehrt. 8

Die Verfügungsbeklagte ist der Ansicht, der Verfügungskläger habe ein "taktisches" Vorgehen gewählt und um die Dringlichkeit für ein einstweiliges Verfügungsverfahren begründen zu können eine Antragsfassung gewählt, an deren Voraussetzungen er sich nunmehr nicht mehr messen lassen wolle. Er habe trotz der bereits im Frühjahr 2012 erfolgten Abmahnung keine einstweilige Verfügung beantragt und in seinem Antrag zur Begründung der Dringlichkeit darauf abgestellt, dass sie, die Verfügungsbeklagte, angeblich ohne eine vertragliche Vereinbarung mit den Verbrauchern die Pauschalen verlange, ohne die davon betroffenen vertraglichen Beziehungen substantiiert vorzutragen. 9

Ein Verfügungsanspruch sei nicht gegeben. Der vorgelegte Internet-Auszug könne eine Wiederholungsgefahr nicht begründen. Auf diesen sei der Eilantrag nicht gestützt worden. Zudem seien die in dem Auszug angegebenen Beträge nicht einmal richtig. Sie berechne ihren Kunden nicht durchgängig für Mahnungen bei Zahlungsverzug 9,00 € und auch nicht im Falle einer Rücklastschrift durchgängig einen Betrag von 13,00 € oder 15,00 €. Außerdem handele es sich bei diesem Eintrag nicht um eine offizielle Mitteilung ihrerseits. Auch sei der Unterlassungsantrag zu 1. a) beschränkt und sei vom Verfügungskläger bereits eingeschränkt worden. 10

Die vorgelegten Rechnungen begründeten ebenfalls keine Wiederholungsgefahr. Die Rechnungen beträfen nach den Feststellungen des Landgerichts nur "Altfälle": Den Verträgen mit den jeweiligen Verbrauchern liege aber - anders als es der Antrag verlange - eine Preisliste zugrunde, weswegen diese Fälle einen Unterlassungsanspruch nicht begründen könnten. 11

Unabhängig davon fehle es an einem schlüssigen und substantiierten Vorbringen im Hinblick auf eine konkrete Verletzungshandlung. Da der Verfügungskläger das Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung zum Gegenstand seiner Antragsfassung gemacht habe, müsse er darlegen, ob sie, die Verfügungsbeklagte, mit dem jeweiligen Kunden eine Vereinbarung über eine pauschale Schadensabgeltung geschlossen habe und welche AGB dem Vertragsschluss zugrunde lägen. Dem genüge der Vortrag des Verfügungsklägers nicht, weil er dies in keinem einzigen Fall vorgetragen habe. 12

Der Forumseintrag könne allenfalls eine Erstbegehungsgefahr begründen, auf die die Verbote nicht gestützt werden könnten, weil es sich um einen anderen Streitgegenstand handele. Der Verfügungskläger habe auch eine Erstbegehungsgefahr, die nicht vermutet werde, nicht schlüssig dargelegt. Selbst wenn der Verfügungskläger in seinem Schriftsatz vom 22.04.2013 erstmals auf eine Erstbegehungsgefahr abgestellt haben sollte, wäre die Erweiterung des Streitgegenstandes in dringlichkeitsschädlicher Zeit erfolgt. 13

Es liege auch kein Verstoß gegen § 306 a BGB vor. Eine "Umgehung" i.S.d. § 306 a BGB sei nur dann gegeben, wenn eine als AGB unwirksame Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden solle, die nur den Sinn haben könne, 14

dem gesetzlichen Verbot zu entgehen. Sie, die Verfügungsbeklagte, habe jedoch keine Umgehungsabsicht gehabt. Es habe keine Anweisung ihrerseits an alle Filialen, wie es sie in dem vom BGH entschiedenen Fall gegeben habe, gegeben. Auch fehle es an einer bewussten Umgehung. Sie habe nicht die laufende Geschäftspraxis, den Kunden die oben dargelegten Pauschalen zu berechnen. Einzelfälle würden auch die Annahme einer Umgehung nicht rechtfertigen.

Die Anträge gingen auch zu weit, weil sie sich auf Telefon- und DSL-Verträge bezögen, die Rechnungen aber nur Mobilfunkverträge beträfen. 15

Die Verfügungsbeklagte ist der Auffassung, es sei kein Verfügungsgrund gegeben. Die Dringlichkeit sei in Bezug auf den Unterlassungsantrag zu 1.a) durch die Vorlage des Abmahnschreibens vom 30.03.2012 widerlegt. Bereits darin sei ihre Praxis im Zusammenhang mit Rücklastschriften beanstandet worden. Der in dem Eilantrag vom 19.12.2012 erhobene Vorwurf decke sich mit dem Vorwurf aus dem Abmahnschreiben. Der Verfügungskläger habe mindestens seit dem 30.03.2012 Kenntnis von dem angeblichen Rechtsverstoß gehabt. Mit dem Verzicht auf die Einleitung von gerichtlichen Schritten trotz ihrer Weigerung im Schreiben vom 16.04.2012, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, habe der Verfügungskläger zu erkennen gegeben, dass die Angelegenheit nicht eilig sei. Die verloren gegangene Dringlichkeit sei auch nicht wiederaufgelebt, weil einschneidende Veränderungen nicht vorlägen. Die Dringlichkeitsvermutung werde auch durch die eidesstattliche Versicherung des Herrn A. vom 21.12.2012 widerlegt, weil der Verfügungskläger bereits im Oktober Kenntnis von dem beanstandeten Verhalten ihrerseits erhalten habe. Der Eilantrag sei aber erst am 21.12.2012 bei Gericht eingegangen. Es komme daher entscheidend darauf an, wann im Oktober der Verfügungskläger Kenntnis erhalten habe, der sich auch eine grob fahrlässige Unkenntnis seiner Organe und Wissensvertreter zurechnen lassen müsse. 16

Die Verfügungsbeklagte beantragt, 17

das angefochtene Urteil abzuändern, den Beschluss des Landgerichts Düsseldorf vom 07.01.2013 aufzuheben sowie den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 18

Der Verfügungskläger beantragt, 19

- 1. die Berufung der Verfügungsbeklagten zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass der Tenor des angegriffenen Urteils dahingehend neu gefasst wird, dass der Verfügungsbeklagten bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes von bis zu zweimal 50.000 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten untersagt wird, bei der Abwicklung von Telefon- und DSL-Verträgen von Verbrauchern 201

a) für eine Rücklastschrift einen Pauschalbetrag (d.h. eine nicht anhand des Schadens im Einzelfall berechneten, sondern einen durchschnittlichen, gerundeten oder willkürlich bestimmten Betrag, der nach der Art seiner Ermittlung die Möglichkeit beinhaltet, den im konkreten Einzelfall entstandenen Schaden zu übersteigen) i.H.v. 13,00 € oder höher zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr im Falle einer Rücklastschrift anfallenden Schadens in mindestens der jeweiligen Höhe getroffen hat, 22

b) für eine Mahnung einen Pauschalbetrag (d.h. eine nicht anhand des Schadens im Einzelfall berechneten, sondern einen durchschnittlichen, gerundeten oder willkürlich bestimmten Betrag, der nach der Art seiner Ermittlung die Möglichkeit beinhaltet, den im konkreten Einzelfall entstandenen Schaden zu übersteigen) i.H.v. 9,00 € oder höher zu verlangen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine vertragliche Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des ihr für eine Mahnung anfallenden Schadens in mindestens der jeweiligen Höhe getroffen hat, 23

2. hilfsweise, die Berufung der Verfügungsbeklagten zurückzuweisen. 24

Der Verfügungskläger sieht sich aufgrund der von der Verfügungsbeklagten im Zwangsvollstreckungsverfahren vertretenen Auslegung des Urteilstenors veranlasst, den Antrag neu zu fassen. Er ist der Auffassung, es handele sich bei dem neu gefassten Hauptantrag auch hinsichtlich der Pauschalen nicht um eine Antragsänderung, weil das Verbot der Verwendung einer Pauschale in einer bestimmten Höhe erst recht das Verbot der Berechnung einer noch höheren Pauschale umfasse. Sollte der Senat in den neu gefassten Anträgen mehr als eine reine Klarstellung sehen, läge hierin keine Antragsänderung, sondern nur eine Erweiterung des Antrags in der Hauptsache nach § 264 Nr. 2 ZPO. Selbst wenn man von einer Antragsänderung ausginge, sei diese nach § 533 ZPO zulässig. 25

Weiterhin habe er in den Antrag aufgenommen, dass das Verbot der Pauschale nicht gelten solle im Falle einer Vereinbarung der Verfügungsbeklagten mit dem betreffenden Verbraucher über eine pauschale Abgeltung des Schadens in der jeweiligen Höhe. Auch insoweit handele es sich nicht um eine Antragsänderung. 26

Ergänzend stütze er sein Begehren auf neue Tatsachen, die ihm, wie er behauptet, erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz bekannt geworden seien. Bei den von ihm nunmehr im Einzelnen genannten Kunden sei eine Mahnpauschale von 9,00 € und eine Rücklastschriftpauschale von 15,00 € berechnet worden. 27

Er habe auch den Verfügungsgrund glaubhaft gemacht. Die Dringlichkeit werde nach § 12 Abs. 2 UWG i.V.m. § 5 UKlaG vermutet. Die Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung obliege der Verfügungsbeklagten. Hinsichtlich der Mahnpauschalenerhebung stelle die Verfügungsbeklagte die Dringlichkeit nicht in Abrede. Hinsichtlich der Rücklastschriftpauschalenerhebung sei diese ebenfalls gegeben, weil er das Problem seinerzeit für beseitigt gehalten und keine Veranlassung zum Vorgehen gegen die tatsächlich nicht mehr verwendeten Klauseln gesehen habe. Kenntnis davon, dass die Verfügungsbeklagte in der Folge ihren Kunden eine sogar noch 0,50 € höhere Rücklastschriftpauschale i.H.v. 13,00 € ganz ohne vertragliche Vereinbarung in Rechnung stelle, habe er erst am 20. oder 27.11.2012 erlangt. Der Verstoß sei auch nicht kerngleich, weil unstreitig sei, dass die Verfügungsbeklagte nie eine Klausel mit einer Rücklastschriftpauschalenklausel von 13,00 € oder 15,00 € verwendet habe. Die seinerzeit beanstandeten Preislisten hätten eine Rücklastschriftpauschalen-klausel von 12,50 € enthalten. 28

Er habe auch einen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht und zwar, dass die Verfügungsbeklagte systematisch ihren Kunden Rücklastschriftpauschalen von 13,00 € und 15,00 € sowie Mahnpauschalen von 9,00 € in Rechnung stelle. Die Verfügungsbeklagte habe dies nicht einmal hinreichend bestritten. Sie habe nicht dargelegt, wie die Pauschalen anders in die vorgelegten Rechnungen gekommen sein sollten, wenn nicht aufgrund eines automatisierten Algorithmus in ihrer Rechnungssoftware. 29

Die Verfügungsbeklagte verkenne auch die Vortrags- und Glaubhaftmachungslast. Sie habe mit den Adressaten der vorgelegten Rechnungen keine individuelle Vereinbarung über eine Rücklastschriftpauschale von 13,00 € oder höher getroffen. Eine solche individuelle Vereinbarung sei im Massengeschäft der Verfügungsbeklagten auch praktisch nicht durchführbar. Auch habe die Verfügungsbeklagte nicht behauptet, mit diesen Kunden eine pauschale Schadensabgeltung in Höhe der Pauschalen vereinbart zu haben. Es komme nicht darauf an, ob die Verfügungsbeklagte in die Verträge mit einigen Adressaten der Rechnungen noch die alten AGB einbezogen habe, weil die entsprechende Pauschalierungsklausel nach § 309 Nr. 5 a BGB unwirksam wäre. Darauf komme es aber nicht an, weil die Verfügungsbeklagte unstreitig in ihren alten AGB und Preisverzeichnissen nie eine Rücklastschriftpauschale von 13,00 € oder höher oder eine Mahnpauschale von 9,00 € oder höher verwendet habe. Im Übrigen seien jedenfalls einige Verträge erst nach April 2012 geschlossen worden, so dass die Einbeziehung alter AGB in diese ausgeschlossen sei.

Die Umgehung scheitere auch nicht an einer fehlenden Anweisung, weil aufgrund der zentralen Organisationsstruktur der Verfügungsbeklagten eine Anweisung an wenige Mitarbeiter der Datenverarbeitung genüge, um die zentrale Rechnungssoftware so einzustellen, dass die Pauschalen den Kunden systematisch in Rechnung gestellt würden. Die Umgehungsabsicht gehe aus den äußeren Umständen hervor. 31

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen. 32

II. 33

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. 34

1. 35

Der Verfügungskläger hat einen Unterlassungsanspruch gegen die Verfügungsbeklagte in der in erster Instanz geltend gemachten Fassung und kann auch den erst im Berufungsverfahren konkretisierten Antrag, soweit er höhere Pauschalen einbezieht und die Einschränkung („sofern...“) enthält, mit Erfolg geltend machen. 36

a) Ein Verfügungsanspruch ist gegeben. 37

Der Verfügungskläger kann nach § 1 UKlaG verlangen, dass die Verfügungsbeklagte es unterlässt, bei der Abwicklung von Telefon und DSL-Verträgen pauschal Rücklastschriftkosten von ihren Kunden in Höhe von 13,00 € oder höher und pauschal Mahnkosten in Höhe von 9,00 € oder höher zu berechnen, sofern die Verfügungsbeklagte mit dem betreffenden Verbraucher keine Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung in der jeweiligen Höhe getroffen hat, weil es sich bei dieser Praxis um eine Umgehung nach § 306 a BGB handelt und die entsprechende Regelung durch eine AGB-Klausel unwirksam wäre. 38

aa) Der Verfügungskläger ist nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 UKlaG als eine vom Bundesamt für Justiz anerkannte qualifizierte Einrichtung klagebefugt. 39

bb) Gemäß § 1 UKlaG besteht ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung von AGB-Bestimmungen, die nach §§ 307 bis § 309 BGB unwirksam sind. Dieser Anspruch besteht auch, wenn ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot nach § 306 a BGB gegeben ist (1). Die durch die Verfügungsbeklagte vorgenommene systematische pauschale Berechnung von Rücklastschrift- und Mahnkosten stellt eine solche Umgehung dar und verstößt gegen § 309 40

- (1) Nach der Rechtsprechung des BGH finden die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen rechtlich auch Anwendung, wenn sie durch anderweitige Gestaltungen umgangen werden (BGH Urt. v. 08.03.2005, XI ZR 154/04, juris Rz. 23 = NJW 2005, 1645 ff.). Entsprechend liegt ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 306 a BGB vor, wenn eine als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksame Regelung bei gleicher Interessenlage durch eine andere rechtliche Gestaltung erreicht werden soll, die nur den Sinn haben kann, dem gesetzlichen Verbot zu entgehen (BGH a.a.O. Rz. 24). Eine solche Umgehung ist nach der Rechtsprechung des BGH auch bei einer praktischen Gestaltung gegeben, die wirtschaftlich wirkungsgleich ist und durch die im Ergebnis dasselbe erreicht wird, wie durch eine Pauschalierung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 309 Nr. 5 BGB (BGH a.a.O., Rz. 26). Dies hat der BGH im Falle einer internen Anweisung einer Sparkasse an ihre Geschäftsstellen angenommen, den Kunden einheitliche Gebühren für Rücklastschriften in Rechnung zu stellen. 41
- (2) Eine vergleichbare Umgehungssituation ist auch vorliegend gegeben, weil die Verfügungsbeklagte ihren Kunden, mit denen sie keine vertragliche Vereinbarung über die Inrechnungstellung von Pauschalen für Rücklastschriften und Mahnungen geschlossen hat, systematisch hierfür Pauschalen in Rechnung stellt ((a)), von einer entsprechenden Umgehungsabsicht ausgegangen werden kann ((b)) und diese Pauschalen, wären sie durch AGB vereinbart, nach § 309 Nr. 5 a,b BGB unwirksam wären ((c)) . 42
- (a) Die Verfügungsbeklagte hat zunächst in ihren AGB Klauseln benutzt, durch die sie die Kosten für Rücklastschriften auf den Kunden abgewälzt hat. So hatte sie in ihren AGB auf dem Stand von 2009 in Ziff. 1.1. auf die Gültigkeit ihrer Preisliste als Vertragsbestandteil verwiesen und ausdrücklich in Ziff. 3.6 die Berechtigung festgeschrieben, im Falle von Rücklastschriften ein zusätzliches Bearbeitungsentgelt zu erheben. In der Preisliste B-Festnetz hatte die Verfügungsbeklagte für eine Rücklastschrift einen Betrag von pauschal 12,50 € vorgesehen, mit dem Zusatz, dass dem Kunden der Nachweis eines geringeren Schadens vorbehalten bleibe. In der Preisliste für Mobilfunk-Dienstleistungen hatte die Verfügungsbeklagte bei Rücklastschriften vorgesehen, dass der Preis variabel je nach Bank sei. 43
- Nachdem der Verfügungskläger durch Schreiben vom 30.03.2012 die Verfügungsbeklagte abgemahnt hat, weil die Regelung über die Vergütung der Rücklastschrift mit 12,50 € gegen § 309 Nr. 5 a BGB verstoße, da die Schadenspauschale den nach dem gewöhnlichen Verlauf zu erwartenden Schaden überschreite, und die Regelung für Mobilfunk-Dienstleistungen darüber hinaus gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoße, hat die Verfügungsbeklagte darauf verwiesen, dass die Preisliste für das B-Festnetz veraltet sei und die beanstandete Passage in der Preisliste für Mobilfunk-Dienstleistungen gestrichen werde. Unbestritten enthalten die AGB und Preislisten der Verfügungsbeklagten keine Regelungen mehr über Preise für Rücklastschriften. In ihnen findet sich auch keine Regelung über Preise für Mahnungen. 44
- Gleichwohl hat die Verfügungsbeklagte unbestritten ihren Kunden, die einen Vertrag abgeschlossen haben, bei dem die alten AGB nicht mehr gelten, systematisch bei Rücklastschriften pauschal 15,00 € berechnet, nachdem sie zunächst 13,00 € in Rechnung gestellt hat. Soweit die Verfügungsbeklagte das Vorbringen des Verfügungsklägers zur Abrechnung dieser Pauschalen bestritten hat, ist dieses Bestreiten unbeachtlich, weil sie den Kern des Vortrags, die systematische Inrechnungstellung von Gebühren für Rücklastschriften in Höhe von 13,00 € und höher und von 9,00 € für Mahnungen letztlich nicht in Abrede stellt. 45

Die Verfügungsbeklagte hat zwar bestritten, dass sie für jede Rücklastschrift stets 13,00 € netto berechnet und für jede Mahnung stets 9,00 €. Der Verfügungskläger behauptet aber auch nicht, dass die Verfügungsbeklagte diese Beträge stets, d.h. ausnahmslos in Rechnung stellt. Angesichts der Tatsache, dass es noch Verträge gibt, für die die alten AGB gelten, die auf eine Preisliste mit 12,50 € für Rücklastschriften Bezug nehmen, und dass die Verfügungsbeklagte seit dem 01.01.2013 15,00 € an Gebühren für Rücklastschriften für Mobilfunk und Festnetz erhoben hat, wie sich aus der Mitteilung des „Moderators C.“ im Internet-Auszug Anlage K 14 und den weiteren vorgelegten Rechnungen (Anlagen K 15 – K 17, GA 101 ff., Anlagen K 21 – K 30, GA 283 ff.) ergibt, geht nämlich auch der Verfügungskläger davon aus, dass die im ursprünglichen Antrag genannten Gebühren nicht ausnahmslos erhoben werden. Er macht vielmehr geltend, dass die Gebühren für Rücklastschriften und Mahnungen systematisch bei Kunden, die keine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit der Verfügungsbeklagten getroffen haben, in Rechnung gestellt werden aufgrund einer entsprechend programmierten Rechnungssoftware.

Die Erhebung dieser Gebühren ergibt sich insbesondere aus den genannten Anlagen. Dass für die neuen Verträge jedenfalls im Regelfall aufgrund einer entsprechend programmierten Rechnungssoftware zunächst Gebühren von 13,00 € für und ab dem 01.01.2013 von 15,00 € für Rücklastschriften erhoben worden sind, hat die Verfügungsbeklagte, indem sie lediglich bestreitet, dass diese Gebühren „stets“ erhoben werden, nicht hinreichend bestritten. Für Mahnungen ergibt sich ebenfalls aus der Anlage K 14 eine Anhebung von 6,- € auf 9,00 €

Auch in der Berufungsbegründung bestreitet die Verfügungsbeklagte nicht hinreichend substantiiert, dass sie einen Betrag von 13,00 € erhoben hat und danach den Betrag für Rücklastschriften auf 15,00 € angehoben hat. Soweit sie in der Berufungsbegründungsschrift behauptet, dass sie ihren Kunden „aktuell“ nicht die in der Anlage K 14 angegebenen Beträge berechne, ist auch dieses Bestreiten nicht hinreichend. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist zwar unstrittig geworden, dass die Verfügungsbeklagte mittlerweile ihre Gebühren für Rücklastschriften und Mahnungen unter die hier genannten Beträge gesenkt hat. Angesichts der vorgelegten Unterlagen hat die Verfügungsbeklagte jedoch nicht hinreichend bestritten, dass den Kunden systematisch Pauschalen von 13,00 € oder höher für Rücklastschriften in Rechnung gestellt worden sind und für Mahnungen von 9,00 € oder höher.

Dadurch dass die Verfügungsbeklagte darauf verweist, der Eintrag von „C.“ in dem von ihr unterhaltenen Forum sei keine offizielle Mitteilung und bereits gelöscht, bestreitet sie ebenfalls nicht hinreichend, dass sie die in dem angeblich nicht offiziellen Eintrag angegebenen Gebühren erhoben hat. Vielmehr hat der Prozessbevollmächtigte der Verfügungsbeklagten auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt, dass die von dem "Moderator C." genannten Gebühren, soweit sie in diesem Verfahren von Relevanz sind, tatsächlich erhoben worden sind.

Soweit die Verfügungsbeklagte sich des Weiteren darauf beruft, der Verfügungskläger habe nicht hinreichend dargelegt, dass es an einer vertraglichen Vereinbarung über eine pauschale Schadensabgeltung fehle, verkennt sie die Darlegungslast. Zum einen hat die Verfügungsbeklagte nicht bestritten, dass die Kunden, deren Rechnungen der Verfügungskläger im Berufungsverfahren vorgelegt hat, und die ihren Vertrag erst im Jahr 2013 geschlossen haben, eine Rücklastschriftpauschale von 15,00 € und eine Pauschale für eine Mahnung in Höhe von 9,00,- € berechnet bekommen haben. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Verfügungsbeklagte unstrittig ihre Preislisten geändert und in ihren AGB keine Bearbeitungsgebühr für eine Rücklastschrift mehr vorgesehen, weswegen es an einer

vertraglichen Grundlage für die pauschale Erhebung dieser Gebühren fehlt. Vor diesem Hintergrund hätte die Verfügungsbeklagte substantiiert bestreiten und darlegen müssen, dass sie solchen Kunden, deren AGB keine Rücklastschriftgebühren vorsehen und nicht auf Preislisten verweisen, die solche Gebühren ausweisen, keine Pauschalen, erst recht nicht in der hier relevanten Höhe in Rechnung stellt oder gestellt hat. An einer solchen Darlegung fehlt es.

Der Verstoß ist im Antrag auch richtig bezeichnet. Die Klägerin hat durch Vorlage der Rechnungen glaubhaft gemacht, dass die genannten Pauschalen bei Telefon- und DSL-Verträgen erhoben worden sind. Zwar hat der Verfügungskläger in erster Instanz nicht im Einzelnen ausgeführt, dass die Pauschalen auch für DSL-Verträge erhoben werden, wie die Verfügungsbeklagte erstmals in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz moniert hat. Tatsächlich haben sich die von dem Verfügungskläger ursprünglich vorgelegten Rechnungen nicht ausdrücklich auf DSL-Verträge bezogen, sondern nur auf B-Internet und Mobilfunk. Da aber in den nunmehr überreichten Rechnungen auch solche enthalten sind, in denen für einen DSL Vertrag mit Festnetzflat für eine Rücklastschrift 15,00 € berechnet werden (Anlage K 21, GA 273; Anlagen K 22, 23, den gleichen Kunden betreffend GA 274 f.), hat der Verfügungskläger auch hinreichend glaubhaft gemacht, dass auch bezogen auf Verträge über DSL eine Rücklastschriftpauschale erhoben wird, die 15,00 € beträgt. Da die Verfügungsbeklagte dies letztlich auch nicht bestritten hat, ist dieses neue Vorbringen auch nach § 531 ZPO zuzulassen. 51

Entgegen der Ansicht der Verfügungsbeklagten lässt sich die systematische Inrechnungstellung durch spezielle Berechnungsprogramme auch mit einer Anweisung an alle Geschäftsstellen einer Sparkasse vergleichen. Sie ist wirtschaftlich ebenso effizient wie die Pauschalierung von Schadensersatz in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und hat deren typischen Rationalisierungseffekt und ist damit wirkungsgleich. 52

Dadurch, dass die (neuen) Pauschalen programmbedingt anscheinend (auch) allen Kunden berechnet werden, bei denen die den Verträgen zugrundeliegenden AGB und Preislisten solche Pauschalen nicht mehr ausweisen, erreicht die Verfügungsbeklagte den gleichen Effekt wie durch eine entsprechende Anweisung zur Berechnung solcher Pauschalen auch ohne vertragliche Grundlage oder wie durch eine in den AGB vorgenommene entsprechende Regelung, die in den Rechnungen umgesetzt wird. Denn durch die Programmierung der Rechnungssoftware wird sichergestellt, dass allen Kunden auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung Pauschalen in Rechnung gestellt werden, die früher den Kunden aufgrund der Bezugnahme der AGB auf die Preislisten berechnet worden sind. 53

Dass es eine solche Programmierung gibt, hat die Verfügungsbeklagte ebenfalls nicht hinreichend bestritten. Es ist nicht davon auszugehen, dass sie die Rechnungen ihrer Millionen Kunden einzeln erstellen lässt und nicht bestimmte Parameter vorgegeben hat, wie z.B. die Höhe der im Falle der Rücklastschrift und Mahnung erhobenen Pauschalen, weil ein solches Massengeschäft ohne entsprechende Programme nicht funktionieren kann. Der Verfügungskläger verweist zu Recht darauf, dass ein Großunternehmen wie die Verfügungsbeklagte mit hunderttausenden Rücklastschriften und Mahnfällen pro Jahr unmöglich individuell prüfen lassen kann, ob und welche Kosten den Kunden im Falle einer Rücklastschrift bzw. Mahnung in Rechnung gestellt werden. Dem ist die Verfügungsbeklagte nicht entgegengetreten. Eine solche Programmierung zeigt jedoch, wie auch in dem vom BGH entschiedenen Fall der Anweisung, dass die Verfügungsbeklagte ersichtlich nicht die Absicht hat, ihren Schaden einzelfallbezogen abzurechnen. 54

(b) Soweit die Verfügungsbeklagte eine Umgehungsabsicht bestreitet, kann dahin-stehen, ob eine solche erforderlich ist, was der BGH in der genannten Entscheidung offen gelassen hat. Denn eine solche Umgehungsabsicht wird schon dadurch belegt, dass die Verfügungsbeklagte die Pauschale für die Rücklastschrift bezogen auf das Festnetz zu einem nicht bekannten Zeitpunkt aus ihrer Preisliste herausgenommen hat, sowie durch die gewählte Abrechnungspraxis, bei der Pauschalen auch ohne in Preislisten als Vertragsbestandteil vereinbart zu sein, abgerechnet werden. Diese Abrechnungspraxis hat ersichtlich den Zweck, Ersatz für eine entsprechende ABG-Klausel zu schaffen und eine AGB-rechtliche Überprüfung durch die Gerichte zu verhindern (vgl. BGH a.a.O. Rz. 27).

(c) Die von der Verfügungsbeklagten gewählte Praxis würde, wenn sie in AGB festgeschrieben wäre, gegen § 309 Nr. 5 a BGB verstoßen, weswegen nach § 306 a BGB auch die Unterlassung der von der Verfügungsbeklagten praktizierten Inrechnungstellung der Pauschalen begehrt werden kann. 56

Das Landgericht hat zutreffend begründet, dass (bereits) eine Pauschale von 13,00 € für Rücklastschriften und von 9,00 € für Mahnkosten überhöht im Sinne des § 309 Nr. 5 a BGB ist, weil sie höher ist, als der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden der Verfügungsbeklagten (UA S. 7 f, GA 157 f.). Dass üblicherweise ein höherer Schaden entsteht, hat die Verfügungsbeklagte nicht hinreichend dargelegt. Hiergegen wendet sich die Verfügungsbeklagte mit ihrer Berufung auch nicht. Daraus, dass diese Pauschalen überhöht sind, folgt zugleich, dass auch höhere Pauschalen überhöht wären. 57

Zudem verstößt diese Abrechnungspraxis auch gegen § 309 Nr. 5 b BGB, weil den Kunden eine Pauschale in Rechnung gestellt wird, ohne ihnen den Nachweis eines geringeren Schadens vorzubehalten, wie es in der Preisliste Stand 12.05.2009 für Rücklastschriften noch vorgesehen war. 58

Die Verpflichtung, es zu unterlassen, Pauschalen in der genannten Höhe oder höher nicht zu erheben, belastet die Verfügungsbeklagte auch nicht in unangemessener Weise. Ihr ist es unbenommen für neu abzuschließende Verträge eine angemessene Schadenspauschale zu vereinbaren und in den Fällen, in denen sie keine Regelung über Schadenspauschalen getroffen hat, den Schaden konkret zu berechnen (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 24.02.2012, 7 W 92/11, juris Rz. 35 = MDR 2012, 391 f.). 59

cc) Entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten besteht auch eine Wiederholungsgefahr, die für den Unterlassungsanspruch Voraussetzung ist. 60

Da der Verfügungskläger durch die Vorlage der Rechnungen und des Internet-Auszugs glaubhaft gemacht hat, dass die Verfügungsbeklagte ihren Kunden systematisch die genannten Pauschalen ohne vertragliche Vereinbarung in Rechnung stellt, hat sie bereits eine Verletzungshandlung begangen mit der Folge, dass die Wiederholungsgefahr vermutet wird. 61

Dass der Verfügungskläger keinen Fall nachgewiesen hat, in dem eine Pauschale von über 9,00 € für eine Mahnung erhoben worden ist, lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen, weil die Formulierung „und höher“ nur klarstellt, dass auch höhere Pauschalen von der Unterlassungsverpflichtung erfasst sind. Ein Verstoß gegen die AGB ist schon durch Erhebung einer Pauschale von 9,00 € begründet worden und beinhaltet insoweit eine Wiederholungsgefahr. 62

Auch die Tatsache, dass die Verfügungsbeklagte die Gebühren mittlerweile gesenkt hat, lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Denn die Wiederholungsgefahr kann nur durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden, die abzugeben die Verfügungsbeklagte gerade nicht bereit war.

b) Ein Verfügungsgrund ist nach § 5 UKlaG i.V.m. § 12 Abs. 2 UWG gegeben. 64

Da nach § 12 Abs. 2 UWG die Dringlichkeit vermutet wird, hat die Verfügungsbeklagte die Dringlichkeit zu widerlegen. Dies ist ihr nicht gelungen. 65

aa) Die Vermutung der Dringlichkeit ist bezogen auf die für Rücklastschriften erhobenen Gebühren nicht dadurch widerlegt, dass der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte bereits am 30.03.2012 hinsichtlich der Inrechnungstellung von Rücklastschriften abgemahnt hat, dann aber trotz Weigerung der Verfügungsbeklagten, die Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, nicht weiter gegen sie vorgegangen ist. 66

(1) Die Vermutung der Dringlichkeit ist widerlegt, wenn der Antragsteller durch sein Verhalten selbst zu erkennen gibt, dass es „ihm nicht eilig ist“ (dazu BGH GRUR 2000, 151, 152; OLG München Beschluss v. 22.04.2008, 29 W 1211/08, juris Rz. 51 = WRP 2008, 972, 976; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Auflage 2014, § 12, Rz. 3.15). Das ist der Fall, wenn er längere Zeit zuwartet, obwohl er den Wettbewerbsverstoß und die Person des Verantwortlichen kennt oder grobfahrlässig nicht kennt. 67

Dadurch, dass der Verfügungskläger die Verfügungsbeklagte wegen des hier in Rede stehenden Verhaltens erst im Dezember 2012 angemahnt und eine einstweilige Verfügung beantragt hat, hätte er nur dann zu lange gewartet, wenn es sich um Verstöße handeln würde, die kerngleich mit den bereits im März abgemahnten Verstößen sind. Denn die Dringlichkeit entfällt auch dann, wenn Verstöße desselben Verletzers zu lange toleriert worden sind, die zwar nicht mit dem begangenen identisch, ihm aber im Kern gleich sind (OLG Hamburg, Urt. v. 16.12.2010, 3 U 161/09, juris Rz. 52 = GRUR-RR 2011, 376 ff.; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Auflage 2014, § 12, Rz. 3.15a). Dies ist im Ergebnis jedoch nicht der Fall. 68

Im Kern gleichartig ist ein Verhalten, das – ohne identisch zu sein – von der Verletzungshandlung nur unbedeutend abweicht. Entscheidend ist, dass sich das Charakteristische der Verletzungshandlung wieder findet (Bornkamm in: Köhler/Bornkamm, UWG, 32. Auflage 2014 § 8 Rz. 1.37). Dafür spricht nicht, dass der Verfügungsbeklagte in der Abmahnung vom 30.03.2012 bereits eine von der Verfügungsbeklagten in Rechnung gestellte Pauschale als zu hoch und damit AGB-widrig abgemahnt hat und sich auch im hiesigen Verfahren gegen eine zu hohe und AGB-widrige Pauschale wendet. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass der Verfügungskläger sich in der Abmahnung auf die Verwendung einer in den AGB der Verfügungsbeklagten enthaltenen Regelung bezogen hat, im vorliegenden Verfahren jedoch darauf, dass die Verfügungsbeklagte nunmehr auch ohne entsprechende AGB-Regelung eine, überdies zu hohe Pauschale geltend macht. 69

Der Verfügungskläger hat die Verfügungsbeklagte in dem Abmahnschreiben vom 30.03.2012 u.a. aufgefordert, die Regelung in der Preisliste für B-Festnetz vom 12.05.2009 über die Rücklastschrift in Höhe von 12,50 € und die Regelung in der Preisliste für Mobilfunk - Dienstleistungen Stand 02/2012 über die Rücklastschrift variabel nach Bank zu unterlassen (Anlage K 5, GA 19 R). Darauf bezieht sich auch die vorbereitete Unterlassungserklärung zu 1. und 2. in der es heißt, die Verfügungsbeklagte solle es 70

"...ab sofort unterlassen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Abschluss von Telefonverträgen eine Regelung zu verwenden oder sich bei der Abwicklung von Verträgen auf eine Regelung zu berufen,

1. nach welcher der Kunde für eine Rücklastschrift eine höhere Schadenspauschale als 6,00 € zahlen soll, 72

2. nach welcher die Unterlassungsschuldnerin eine Rücklastschriftpauschale erhebt, deren Höhe im Preisverzeichnis festgelegt sein soll, sofern eine konkrete Auszeichnung der Höhe der Gebühr im Preisverzeichnis tatsächlich nicht erfolgt ..." 73

Kern der gerügten Verstöße war ausweislich der Abmahnung in Verbindung mit der vorbereiteten Unterlassungserklärung zum Einen, dass die Verfügungsbeklagte damals eine Regelung in ihren AGB zur Rücklastschrift sowie einen Verweis auf ihre Preisverzeichnisse hatte und bei der Abwicklung ihrer Festnetzverträge in dem entsprechenden Preisverzeichnis, das Vertragsbestandteil ist, eine zu hohe Pauschale berechnet hat (Ziff. 1., vgl. Anlage K 5, GA 19 R f.). Dabei lässt sich der Formulierung der Ziff. 1 entnehmen, dass die Verfügungsbeklagte aufgefordert ist, auch bei allen anderen Telefonverträgen keine höhere Pauschale zu fordern. 74

Zum anderen hat der Verfügungskläger moniert, dass die Verfügungsbeklagte bei den Mobilfunkverträgen die Gebührenhöhe verschleierte, weil sie in den AGB eine Bearbeitungsgebühr ankündigte, aber wegen des Hinweises im Preisverzeichnis "variabel" nicht erkennbar sei, ob nur die Bankkosten oder weitere Beträge in das Entgelt eingerechnet würden (Ziff. 2, vgl. Anlage K 5, GA 20). Dies hat der Verfügungskläger wegen des im Preisverzeichnis Festnetz angegebenen genauen Betrages angenommen ("Letzteres scheint der Fall zu sein ..."). Im Hinblick auf die Mobilfunkverträge hat der Verfügungskläger damit die Irreführung über den abzurechnenden Betrag gerügt, nicht aber, dass ohne vertragliche Grundlagen eine Pauschale erhoben wird. 75

Demzufolge ging es bei der ersten Abmahnung zum einen um die aufgrund der AGB erhobene zu hohe Pauschale und zum anderen um die Irreführung über die Zusammensetzung des zu erhebenden Preises. Die Rüge der Erhebung einer zu hohen Pauschale ohne vertragliche Vereinbarung ist demgegenüber nicht kerngleich, auch wenn es sich letztlich um eine Umgehung der AGB-Vorschriften handelt und es dadurch auch um den Verstoß gegen die AGB-Vorschriften geht. Denn die Abrechnung einer Pauschale ohne vertragliche Grundlage hat eine andere Qualität. Die Verfügungsbeklagte setzt sich durch diese Verfahrensweise darüber hinweg, dass sie ohne wirksame Vereinbarung einer solchen Pauschale durch individuelle Vereinbarung oder wirksame AGB-Klausel wegen der Verletzung der den Kunden aufgrund der Lastschriftabrede treffenden Verpflichtung, auf seinem Konto eine ausreichende Deckung vorzuhalten, im Falle einer Rücklastschrift nur Schadensersatz nach § 280 I BGB geltend machen könnte, wobei der Schaden in jedem Einzelfall zu berechnen wäre. Dadurch weicht dieses Verhalten nicht mehr nur unbedeutend von dem vorherigen Verhalten, der Verwendung von unwirksamen AGB-Klauseln zur Bestimmung des im Falle einer Rücklastschrift zu berechnenden Betrages, ab. 76

(2) Selbst wenn man von einem kerngleichen Verstoß ausgehen würde, ist die Dringlichkeit nicht dadurch widerlegt, dass der Verfügungskläger trotz der Weigerung der Verfügungsbeklagten, die im März erbetene Unterlassungserklärung zu unterzeichnen, nicht gegen die Verfügungsbeklagte geklagt hat. 77

Die Dringlichkeit kann wieder aufleben (besser: neu entstehen), wenn sich die Umstände wesentlich ändern, z.B. der Verletzer sein Verhalten intensiviert bzw. eine völlig neue Verletzungssituation vorliegt (Köhler in: Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12, Rz. 3.19). Maßgeblich soll sein, ob es sich um derart einschneidende Veränderungen der Art und/oder Intensität nach handelt, die eine neue Situation zu Lasten des Antragstellers entstehen lassen (Harte/Henning/Retzer, UWG § 12 UWG, Rn. 332, zitiert nach OLG Hamburg, Urt. v. 11.08.2005, 5 U 19/05, juris Rz. 25 = WRP 2005, 1301 - red. Ls.).

Dies ist vorliegend der Fall. Der Verfügungskläger weist zu Recht darauf hin, dass die Verfügungsbeklagte dadurch, dass sie dazu übergegangen ist, statt angreifbare AGB-Klauseln zu verwenden, den Kunden die Pauschale für die Rücklastschrift faktisch in Rechnung zu stellen, ihre Verletzungshandlung intensiviert hat. Solange die Verfügungsbeklagte in Ihren AGB geregelt hatte, dass und welche Gebühren für Rücklastschriften zu erheben sind, hat sie sich auf eine vertragliche Grundlage bei der Erhebung dieser Gebühren gestützt und dadurch auch dem Kunden die Chance gegeben, gegebenenfalls diese Klauseln auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen. Dadurch, dass die Verfügungsbeklagte die Gebühren nunmehr ohne vertragliche Regelung faktisch in Rechnung stellt, kann bei dem Kunden der Eindruck entstehen, dass es sich bei dem von ihm verlangten Gebühren um den tatsächlich durch ihn verursachten Schaden handelt, der abgerechnet wird und nicht um eine Pauschale.

79

Hinzu kommt, dass aufgrund dieser faktischen Handhabung auch eine neue Situation für den Verfügungskläger entstanden ist. Dadurch, dass die Verfügungsbeklagte auf die Abmahnung vom 30.03.2012 erklärt hat, dass die AGB Stand 2009 veraltet seien, hat sie nicht nur mitgeteilt, dass diese nicht mehr gelten, sondern auch den Eindruck erweckt, dass die beanstandeten AGB-Klauseln nicht mehr verwendet werden und der gerügte Verstoß nicht mehr vorliegt. Hinsichtlich der Preisliste Mobilfunk hat sie, wie angekündigt, diese geändert und die Passage zu den Preisen für Rücklastschriften herausgenommen. Aufgrund dessen hat die Verfügungsbeklagte den Eindruck erweckt, dass weder eine beanstandete Pauschale erhoben wird noch ein nicht nachzuvollziehender Preis für eine Rücklastschrift. Folglich konnte der Verfügungskläger anhand dessen und der zugänglichen Dokumente davon ausgehen, dass keine Pauschalen vereinbart sind und insoweit auch kein Verstoß (mehr) vorliegt. Er musste nicht damit rechnen, dass die Verfügungsbeklagte dazu übergehen würde oder bereits dazu übergegangen war, die AGB-Regelungen dadurch zu umgehen, dass sie faktisch die Pauschalen ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit ihren Kunden in Rechnung stellt.

80

bb) Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verfügungsbeklagte bereits so früh im Oktober Kenntnis von der faktischen Inrechnungstellung einer Pauschale erlangt hat, dass die Abmahnung am 04.12.2012 und die Stellung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung am 21.12.2012 zu spät, die Sache also nicht mehr dringlich gewesen wäre.

81

Die Bemessung des Zeitraums des zulässigen Zuwartens ist innerhalb der obergerichtlichen Rechtsprechung sehr umstritten (vgl. Hess in: Ullmann jurisPK UWG, 3. Auflage Stand 01.12.2013, § 12 Rz. 114 f. m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf wird ein Zuwarten von zwei Monaten im Allgemeinen als nicht dringlichkeitsschädlicher Zeitraum erachtet (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.07.2009, I-20 U 11/09, juris Rz. 21 = LRE 59, 245 ff.). Für den Beginn dieses Zeitraums genügt grundsätzlich die Kenntnis der Tatsachen, die den Wettbewerbsverstoß begründen, es sei denn, dass die Wettbewerbswidrigkeit erst auf Grund weiterer tatsächlicher Nachforschungen erkennbar

82

ist(Köhler in: Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12, Rz. 3.15a). Da der Antragsgegner in der Regel keine Kenntnis von der (möglichen) Kenntniserlangung des Antragstellers hat, genügt es, dass er Tatsachen vorträgt, die den Schluss auf eine Kenntniserlangung zu einem bestimmten Zeitpunkt zulassen. Alsdann muss der Antragsteller darlegen und glaubhaft machen, wann er tatsächlich Kenntnis erlangt hat (Köhler in: Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12, Rz. 3.15).

Die Verfügungsbeklagte beruft sich zur Darlegung der Kenntniserlangung über zwei Monate vor Antragstellung auf die vorgelegte eidesstattliche Versicherung des Herrn A. vom 21.12.2012, wonach anlässlich eines anderen Rechtsstreits der Verfügungskläger im Oktober 2012 den Verdacht geschöpft habe, dass die Verfügungsbeklagte nunmehr die Pauschale ihren Kunden faktisch in Rechnung stellt. Daraus ergibt sich noch nicht, dass der Verfügungskläger bereits Anfang Oktober positive Kenntnis von dem hier in Rede stehenden Verstoß hatte. Der Verfügungskläger hat den Verdacht dahingehend erläutert, dass er erst in der zweiten Oktoberhälfte einen unbestätigten Hinweis erhalten habe, wonach die Verfügungsbeklagte (noch immer) Rücklastschrift- und Mahngebühren in erheblicher Höhe verlangen soll. 83

Dafür, dass es sich um einen bloßen Verdacht gehandelt hat, spricht, dass Herr A. ausweislich seiner eidesstattlichen Versicherung am 30.10.2012 einen Mitarbeiter mit der Recherche beauftragt hat. Erst am 20.11.2012 oder 27.11.2012 seien ihm, Herrn A., die Rechnungen der Frau D. (Anlage K 9, 10, GA 25 f.) übergeben worden. Durch die eidesstattliche Versicherung, in der nur bestätigt wird, dass es im Oktober lediglich einen Verdacht gegeben hat, hat der Verfügungskläger glaubhaft gemacht, dass er im Oktober 2012 jedenfalls keine positive Kenntnis von einer faktischen Inrechnungstellung der Pauschalen gehabt hat, sondern weitere Nachforschungen notwendig waren, um diesen Verdacht zu überprüfen. Dafür, dass dieser Verdacht zudem erst Ende Oktober bestanden hat, spricht auch, dass Herr A. den Mitarbeiter erst am 30.10.2012 mit Nachforschungen beauftragt hat. 84

Die Verfügungsbeklagte legt auch nicht dar, dass der Verfügungskläger zu einem früheren Zeitpunkt als Ende November nach Erhalt der Rechnungen über eine positive Kenntnis verfügt hat. Vielmehr versucht sie in ihrer Widerspruchsbegründung den Eindruck zu erwecken, dass die Rechnungen einer Kundin schon nicht ausreichen, um eine Regelmäßigkeit zu belegen. Dann aber ist die Kenntnis zumindest einer Rechnung in der einer Kundin die Pauschalen berechnet werden, obwohl die AGB und Preislisten geändert worden sind, das Minimum, um von einer positiven Kenntnis des Verfügungsklägers auszugehen. Dass der Verfügungskläger früher über solche Rechnungen verfügt hat, legt die Verfügungsbeklagte nicht dar. 85

Da von Ende November bis zur Antragstellung am 21.12.2012 weniger als zwei Monate vergangen sind, ist sie innerhalb des nicht dringlichkeitsschädlichen Zeitraums erfolgt. Es kommt damit auch nicht darauf an, wann genau im Oktober der Verfügungskläger Verdacht geschöpft hat. Er musste auch nicht im Einzelnen darlegen und glaubhaft machen, wie der Verdacht im Einzelnen begründet worden ist. 86

cc) Die Dringlichkeitsvermutung ist auch nicht dadurch widerlegt worden, dass der Verfügungskläger im Ordnungsmittelverfahren angeregt hat, die Entscheidung des Senats abzuwarten. 87

Zum einen hat die Verfügungsbeklagte im Ordnungsmittelverfahren selbst erklärt, gegen einen Aufschub keine Einwände zu erheben. Ein solches Abwarten war auch aus ihrer Sicht 88

sinnvoll, weil für den Fall, dass die Unterlassungsverfügung nicht zu Recht ergangen wäre, auch das Ordnungsmittelverfahren überflüssig würde. Zum anderen hat die Verfügungsbeklagte im Ordnungsmittelverfahren zulässigerweise alle möglichen Einwände erhoben u.a., dass der Verfügungskläger das Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung nicht dargelegt hätte, die neues Vorbringen des Verfügungsklägers erforderlich gemacht haben. Aus der sich dadurch ergebenden Verzögerung durch die Verfügungsbeklagte kann nicht darauf geschlossen werden, dass der Verfügungskläger es nicht mehr eilig hat, nur weil er sinnvollerweise die alsbald anstehende und dann rechtskräftige Entscheidung des Senats über die Frage, ob die Unterlassungsverfügung zu Recht ergangen ist, abwarten wollte.

Dies gilt auch, nachdem im Ordnungsmittelverfahren bekannt geworden ist, dass die Verfügungsbeklagte die Pauschalen zwischenzeitlich unter die in der Unterlassungsverfügung genannten Beträge gesenkt hat. Letztlich ist auch dadurch die Dringlichkeit nicht entfallen, weil aus Sicht des Verfügungsklägers dieses Verhalten der Verfügungsbeklagten die ernsthafte Besorgnis begründet, dass sie diese Senkung nur aus taktischen Gründen vorgenommen hat. 89

b) Hinsichtlich der Mahngebühren ist die Dringlichkeit nicht durch die erste Abmahnung widerlegt, weil diese die Mahngebühren nicht zum Gegenstand hatte. Ansonsten gilt das zu aa) Gesagte entsprechend. 90

c) Die nach dem oben Gesagten zu Recht erlassene einstweilige Verfügung war lediglich im Tenor zu I. aufgrund des Antrags des Verfügungsklägers zu konkretisieren. 91

Soweit der Verfügungskläger seinen Antrag insoweit nunmehr wegen der Streitigkeiten im Vollstreckungsverfahren neu gefasst und ausdrücklich auch höhere Pauschalen in den Antrag aufgenommen hat, ist dies ohne weiteres zulässig, weil es sich lediglich um eine Konkretisierung handelt. 92

Anerkanntermaßen ist eine Konkretisierung des in erster Instanz gestellten Unterlassungsantrags zulässig (BGH Urt. v. 25.04.1991, I ZR 134/90, juris Rz. 17 = GRUR 1991, 772 ff.). Hingegen liegt eine Klageänderung vor, die nur im Wege der Anschlussberufung zulässig ist (OLG Rostock, Urt. v. 10.01.2013, 3 U 133/09, juris Rz. 29), wenn der Klagegrund verändert wird, was der Fall ist, wenn seine Identität nicht mehr gegeben ist, durch den Vortrag neuer Tatsachen also der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhaltes verändert wird. Allerdings muss es sich um wesentliche Abweichungen handeln (Köhler in: Köhler/Bornkamm, a.a.O., § 12, Rz. 2.29). 93

Eine solche Abänderung des Lebenssachverhalts ist hier nicht gegeben. Die Neufassung, die den bisherigen Antrag um eine Definition des Pauschalbetrags und den Zusatz "oder höher" bei der Bezifferung des Pauschalbetrags bzw. der Mahnung ergänzt, beinhaltet lediglich eine Konkretisierung, weil aus der Feststellung dass eine Pauschale überhöht ist, zwangsläufig folgt, dass derzeit auch ein höherer Pauschalbetrag zu hoch ist und eine entsprechende Regelung ebenfalls unwirksam wäre. Da dies durch den Zusatz klargestellt und Umgehungen vorgebeugt wird, konkretisiert er lediglich den Inhalt des Anspruchs. Insoweit geht auch der Einwand der Verfügungsbeklagten, die Geltendmachung eines Pauschalbetrages von 15,00 € unterfalle nicht dem Verbot zu Ziff. 1 a), ins Leere. 94

Allerdings ist die in den Antrag aufgenommene Definition eines Pauschalbetrags überflüssig, weil durch die Verwendung des Begriffs "Pauschalbetrag" hinreichend deutlich gemacht wird, dass es sich um einen Betrag handelt, der nicht im Einzelfall berechnet wird, sondern um einen durchschnittlichen oder gerundeten oder willkürlichen festgesetzten Betrag. Der weitere 95

Zusatz, dass der Betrag nach der Art seiner Ermittlung die Möglichkeit beinhaltet, den im konkreten Einzelfall entstandenen Schaden zu übersteigen, ist überflüssig, weil eine Voraussetzung für die Unwirksamkeit einer entsprechenden AGB-Klausel und damit den Unterlassungsanspruch ist, dass dieser Betrag den gewöhnlich zu erwartenden Schaden übersteigt.

Auch der weitere Zusatz "in der jeweiligen Höhe" stellt nur eine Konkretisierung dar. Es ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang der Anträge, dass die Verfügungsbeklagte es nur dann nicht unterlassen soll, einen Pauschalbetrag in der genannten Höhe zu verlangen, wenn sie mit dem betreffenden Verbraucher eine Vereinbarung über eine pauschale Abgeltung des Schadens in dieser Höhe getroffen hat, nicht aber schon dann, wenn sie irgendeine, unter Umständen niedrigere Pauschale mit ihm vereinbart hat. Insoweit bedarf es auch nicht einer Ergänzung um das Wort „mindestens“.

2. 97

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 11, 711, 713 ZPO. 98

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,- € festgesetzt (Antrag zu 1. a) und 1. b) je 2.500,- €). Der Senat bemisst regelmäßig den Streit um die Wirksamkeit einer Klausel in Verfahren nach § 5 UKlaG mit 2.500,- €. Dementsprechend wird in Abänderung (§ 63 Abs. 3 Satz 1 GKG) der Streitwertfestsetzung im angefochtenen Urteil der Streitwert für die erste Instanz ebenfalls auf 5.000,- € festgesetzt. 99