

Kammergericht

Az.: 26 MK 1/21



Im Namen des Volkes

Musterfeststellungsurteil

In Sachen

Bundesverband der Verbraucherzentrale und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., vertreten durch d. [REDACTED] Rudi-Dutschke-Straße 17, 10969 Berlin
- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

Berliner Sparkasse, vertreten durch d. [REDACTED], Niederlassung der Landesbank Berlin AG, Alexanderplatz 2, 10178 Berlin
- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

hat das Kammergericht - 26. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht [REDACTED], den Richter am Landgericht [REDACTED] und den Richter am Kammergericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2023 für Recht erkannt:

- I. 1. Es wird festgestellt, dass die nachfolgende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten im Verkehr mit Verbraucherinnen und Verbrauchern unwirksam ist:

Änderungen von Entgelten für Hauptleistungen, die vom Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden (z.B. Depotführung), oder Änderungen von Entgelten im Rahmen von Zahlungsdiensterahmenverträgen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem

vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten. Hat der Kunde mit der Sparkasse im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. das Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Werden dem Kunden Änderungen angeboten, kann er den von den Änderungen betroffenen Vertrag vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen auch fristlos und kostenfrei kündigen. Auf dieses Kündigungsrecht wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Kündigt der Kunde, wird das geänderte Entgelt für die gekündigte Geschäftsbeziehung nicht zugrunde gelegt.

2. Es wird festgestellt, dass die Beklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren im Zusammenhang mit der Führung und Nutzung eines Girokontos ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit der Erhebung dieser Entgelte bzw. Gebühren durch die Beklagte eine Zustimmungsfiktion gemäß der unter Ziffer I.1. zitierten Klausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zugrunde lag.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch deren vorbehaltlose Hinnahme von Rechnungsabschlüssen ein Saldoanerkennnis ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit diese Rechnungsabschlüsse Belastungen der Verbraucherinnen und Verbraucher mit Entgelten und Gebühren beinhalteten, für die gemäß Ziffer I.2. kein Rechtsgrund bestand.

4. Es wird festgestellt, dass sich die Beklagte gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, deren Annahme bzw. Zustimmung zu einem Angebot der Beklagten auf Einführung oder Erhöhung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer I.2. nicht nach der unter Ziffer I.1. zitierten Klausel angenommen werden kann, nicht auf eine konkludente Annahme bzw. Zustimmung zu einem solchen Angebot deshalb berufen kann, weil die Verbraucherinnen und Verbraucher ihr Konto im vertragsgemäßen Umfang weitergenutzt haben.

5. Es wird festgestellt, dass keine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend erfolgen kann, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher das Fehlen eines rechtlichen Grundes für Entgelte bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer I.2. nicht geltend machen können, soweit sie diese Entgelte bzw. Gebühren nach Zugang von Abrechnungen, in denen die Entgelte

bzw. Gebühren erstmals abgerechnet worden sind, nicht beanstandet haben.

- II. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
- III. Die (Hilfs-) Widerklage wird abgewiesen.
- IV. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 42 % und die Beklagte 58 %.
- V. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Er wird ganz überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert und ist in der vom Bundesamt für Justiz geführten Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG a.F. eingetragen.

Die Beklagte betreibt als Kreditinstitut Bankgeschäfte im Sinne von § 1 KWG, unter anderem unter der Bezeichnung ihrer Niederlassung „Berliner Sparkasse“. Ihr obliegt nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Berliner SpkG die Förderung des Sparens und die Befriedigung des örtlichen Kreditbedarfs, insbesondere des Mittelstandes und der wirtschaftlich schwächeren Bevölkerungskreise. Die Erzielung von Gewinn ist nach § 4 Satz 2 Berliner SpkG nicht Hauptzweck ihres Geschäftsbetriebs.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthielten spätestens seit der Fassung März 2014 und bis mindestens 27. April 2021 unter Nr. 17 Abs. 6 folgende Klausel:

Änderungen von Entgelten für Hauptleistungen, die vom Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden (z.B. Depotführung), oder Änderungen von Entgelten im Rahmen von Zahlungsdiensterahmenverträgen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten. Hat der Kunde mit der Sparkasse im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. das Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Werden dem Kunden Änderungen angeboten, kann er den von den Änderungen betroffenen

Vertrag vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen auch fristlos und kostenfrei kündigen. Auf dieses Kündigungsrecht wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Kündigt der Kunde, wird das geänderte Entgelt für die gekündigte Geschäftsbeziehung nicht zugrunde gelegt.

Zum 1. Dezember 2016 stellte die Beklagte bei ihren Bestandskunden die Entgeltstruktur für die als Kontokorrentkonto geführten Girokonten um. Hierüber informierte die Beklagte ihre Kunden im September 2016 entsprechend dem als Anlage B4 eingereichten Musterschreiben unter auszugsweiser Übersendung des neuen Preis- und Leistungsverzeichnisses.

Vor der Umstellung standen den Kunden im Privatkundengeschäft grundsätzlich zwei Modelle zur Verfügung: Zum einen bot die Beklagte das Pauschalmodell „Das GirokontoComfort“ für monatlich 4,00 € an. Dieses Modell stand u.a. Studenten bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres kostenlos zur Verfügung. Zum anderen bot die Beklagte das Modell „Das Girokonto“ zu einem monatlichen Grundpreis von 2,00 € zzgl. Einzelpostenbepreisung für bestimmte Leistungen an. Wegen der weiteren Einzelheiten der Preisgestaltung wird auf Anlage K2 Bezug genommen.

Ab Dezember 2016 bot die Beklagte drei Kontenmodelle an: das Modell „Giro Digital“ (Grundpreis von monatlich 3,00 € zzgl. ausgewählter Einzelpostenbepreisung), das Modell „Giro Individual“ (Grundpreis von monatlich 1,00 € zzgl. Einzelpostenbepreisung) und das Modell „Giro Pauschal“ (monatlicher Grundpreis von 7,00 € ohne relevante Einzelpostenbepreisung). Eine kostenfreie Kontoführung für Studenten war nicht mehr vorgesehen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Bepreisung wird auf den Auszug aus dem Preis- und Leistungsverzeichnis Anlage K1 Bezug genommen.

Die Einordnung der Bestandskunden nahm die Beklagte unter anderem auf Basis des Kundenverhaltens in der Vergangenheit vor. Ausgehend davon sollten die Kunden in das für sie günstigste Modell eingeordnet werden.

Im Neukundengeschäft bot die Beklagte die alten Kontenmodelle seit dem 19. September 2016 nicht mehr an.

In den Schreiben, in denen die Beklagte im September 2016 ihre Kunden über die Änderung der Kontomodelle informierte und diesen mitteilte, zu welchem Tarif sie das Konto weiterführen werde (Anlage B4), hieß es:

„Die Änderungen zum 1. Dezember 2016 gelten als von Ihnen genehmigt, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten schriftlich widersprechen. Bis dahin haben Sie ebenfalls das Recht, Giro- und Kreditkartenvertrag fristlos und kostenfrei zu kündigen. Die Widerrufsfrist

von zwei Monaten gilt ab Zugang dieses Schreibens.“

Zwei Tage nach der Verkündung der sog. Postbank-Entscheidung des Bundesgerichtshofs betreffend Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 12 Abs. 5 AGB-Banken (Az. XI ZR 26/20) strich die Beklagte die vorstehende Klausel in den auf ihrer Homepage abrufbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zugleich stellte sie die Verwendung der Klausel im Neukundengeschäft ein. Bis zum 04. Oktober 2021 verwandte sie die als Anlage B6 zu den Akten gelangte Streichversion der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Am 30. Juni 2021 gab die Beklagte gegenüber dem Kläger in dem damals noch beim Kammergericht anhängigen Rechtsstreits 23 U 9/19 eine strafbewährte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung betreffend die weitere Verwendung und Berufung auf vorstehende Klausel ab (Anlage K28). Zugleich teilte sich in den Rechnungsabschlüssen für Girokonten, die sie ihren Kunden am 30. Juni 2021 zur Verfügung stellte, Folgendes mit:

„Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 27.04.2021 die Klauseln in Nr. 1 Abs. 2 und Nr. 12 Abs. 5 der AGB-Banken für unwirksam erklärt. Obwohl die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen von dem Urteil nicht direkt betroffen sind, werden wir uns Verbrauchern gegenüber ab sofort nicht auf die ähnlichen Klauseln in unseren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Nr. 2 und/oder Nr. 27 Abs. 6 AGB-Sparkassen) berufen.“

Die Beklagte lehnt die Erstattung aller zusätzlichen Entgelte bzw. Gebühren, die sich aus den einseitigen Änderungen der Beklagten im Verhältnis zu den vorherigen Entgelten und Gebühren ergeben, unter anderen unter Hinweis darauf ab, die Verbraucher hätten die Entgelte bzw. Gebühren über mindestens drei Jahre unbeanstandet gezahlt.

Der Kläger hat die Musterfeststellungsklage am 09. Dezember 2021 beim Kammergericht eingereicht und sieben Anträge angekündigt. In dieser Form ist die Musterfeststellungsklage am 19. Januar 2022 im Klageregister veröffentlicht worden. Die kurze Darstellung des vorgetragenen Lebenssachverhaltes nach § 607 Abs. 1 Nr. 4 ZPO in der bis einschließlich 12. Oktober 2023 geltenden Fassung (im Folgenden a.F.) ist wie folgt angegeben worden:

„Auf der Grundlage des Vortrags des Musterklägers ergibt sich derzeit folgender Sachverhalt: Die Berliner Sparkasse erhöhte gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, für die sie Girokonten führte, zum 01.12.2016 vielfach einseitig die Entgelte bzw. Gebühren oder führte solche erstmals ein. Insbesondere waren davon betroffen die Umstellungen von Das Girokonto und Das GirokontoComfort auf Giro Digital, Giro Pauschal oder Giro In-

dividual.

Durch die Umstellung von Das Girokonto auf das Giro Digital ergab sich eine Erhöhung des monatlichen Entgeltes um 1,00 Euro – bei Das Girokonto Comfort auf Giro Pauschal um 3,00 Euro pro Monat. Mit der Umstellung von Das Girokonto Comfort auf Giro Individual senkte sich zwar der monatliche Grundpreis von 4,00 Euro auf 1,00 Euro, aber dafür wurden für sämtliche Buchungen auf dem Konto gesonderte Entgelte eingeführt (30 Cent für jede Ein- und Auszahlung am Geldautomat sowie jede Gut- und Lastschrift; für beleggebundene Überweisungen jeweils 60 Cent). Diese Leistungen waren zuvor vom Grundpreis beim Das Girokonto Comfort umfasst gewesen.

Die SparkassenCard war bei Das Girokonto und Das Girokonto Comfort ohne zusätzlichen Aufpreis enthalten, für die Tarife GiroDigital und GiroIndividual führte die Beklagte dafür aber ab dem 01.01.2016 ein jährliches Entgelt von 8,50 Euro ein.

Dabei stützte die Sparkasse sich jeweils auf eine Klausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der Musterkläger beruft sich darauf, dass der Bundesgerichtshof am 27.04.2021 (XI ZR 26/20) eine praktisch identische Klausel einer anderen Bank für unwirksam erklärt habe.

Die Sparkasse weigert sich, Verbraucherinnen und Verbrauchern Entgelte bzw. Gebühren zu erstatten, die sie auf der Grundlage der betroffenen Klausel verlangt hat. Gegenüber den Rückabwicklungsansprüchen beruft sich die Sparkasse - unter Bezugnahme auf die sog. "Drei-Jahres-Lösung bei Energielieferungsverträgen", BGH-Urteil vom 05.10.2016 (VIII ZR 241/15) - auch darauf, dass die Entgelte bzw. Gebühren als vereinbart angesehen werden müssten, weil die Verbraucherinnen und Verbraucher sie mindestens drei Jahre lang hingenommen hätten.

Dieser und die weiteren Einwände der Musterbeklagten sollen mit der Musterfeststellungsklage ausgeräumt werden.“

Mit Schriftsatz vom 24. Januar 2023, beim Kammergericht eingegangen am 01. März 2023, hat der Kläger die Klage um die Anträge zu 8. und 9. erweitert, veröffentlicht am 24. März 2023, und mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2023, beim Kammergericht taggleich eingegangen, das Feststellungsziel zu 9. geändert - den ursprünglichen (Haupt-)Antrag zu 9. zurückgenommen und den bisherigen Hilfsantrag in erweiterter Form unbedingt zur Entscheidung gestellt -, veröffentlicht am 17. November 2023.

Der Kläger meint zum Feststellungsziel zu 1., dass bei der Beurteilung der Sinnhaftigkeit der Feststellungsziele auf den Horizont der betroffenen Verbraucher abzustellen sei, weil der Kläger mit der Musterfeststellungsklage – anders als bei Verfahren nach dem KapMuG – ausschließlich deren fremde Interessen wahrnehme. Deshalb stehe einer Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel auch nicht die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung entgegen, die den Verbrauchern nicht frei zugänglich sei und für diese auch keine rechtliche Grundlage ihrer Erstattungsansprüche bilden könne. Nach der Vorstellung der Beklagten hätte der Kläger schon von Anfang an keine Feststellungen gemäß dem Feststellungsziel zu 1. begehren dürfen, so dass auch die Existenz der Unterlassungserklärung im vorliegenden Verfahren gar nicht zu Tage getreten wäre. Die Verbraucher könnten sich darüber hinaus in ihren Individualprozessen dem Einwand konfrontiert sehen, die Unterlassungserklärung sei nicht (mehr) wirksam und besitze nur gegenüber dem Kläger Geltung. Die Erklärung der Beklagten in den Rechnungsabschlüssen am 30. Juni 2021 ergäbe allenfalls, dass sich die Beklagte zukünftig nicht mehr auf die betroffene Klausel berufen wolle. Von einer Unwirksamkeit der Klausel sei dort nicht die Rede. Mit keinem Wort bringe die Beklagte zum Ausdruck, dass sie sich auch rückwirkend nicht mehr auf diese Klausel berufen werde.

Der Kläger ist der Auffassung, das Feststellungsziel zu 2. betreffe eine wesentliche Vorfrage für die Möglichkeiten einer ergänzenden Vertragsauslegung, zu einem potenziellen Rechtsmissbrauch und für die Verjährung, die einer verallgemeinerungsfähigen Klärung zugänglich sei.

Zum Feststellungsziel zu 3. führt der Kläger u.a. aus, aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel fehle es an einem Rechtsgrund, soweit der Einführung oder Erhöhung der Gebühren keine ausdrückliche Vereinbarung zugrunde liege. Eine Kontokorrentabrede berühre den Bestand und die Rechtsnatur der einzelnen Forderungen gerade nicht. Daher bleibe bezüglich einer solchen Forderung nach der allgemeinen Meinung auch eine Feststellungsklage zulässig. Darüber hinaus unterlägen die von der Beklagten geführten Girokonten ohnehin keiner Kontokorrentabrede im eigentlichen Sinne, da diese nicht mit der jederzeitigen Verfügungsbefugnis der Kontoinhaber zu vereinbaren wäre. Es entspräche daher vielmehr der allgemeinen Meinung, dass im Rahmen eines solchen Kontokorrentverhältnisses mindestens Tagessalden zu bilden sind, wie beispielsweise das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 08. Juli 1982, - I ZR 148/80 - zeige. Seit spätestens 2016 bilde die Beklagte diese Salden auch praktisch in Echtzeit. Die Auffassung der Beklagten würde dazu führen, dass die Verbraucher vor dem Ende der Rechnungsperiode und der Saldierung durch die Beklagte zwar eine Reduzierung ihres Guthabens hinnehmen müssten, aber keinen Herausgabeanspruch geltend machen könnten.

Es entstehe auch kein schwerwiegendes Missverhältnis der wechselseitigen Leistungen. Die Be-

klagte unterschlage ihre Einnahmen in Form der Zinsen für Kontokorrentkredite und Überziehungen vollständig, ebenso die gleichzeitige Kostenersparnis durch Wegfall der Filialen und durch die Reduzierung von Personal.

Das Feststellungsziel zu 4. betreffe sowohl einen möglichen Einwand der Beklagten als auch den potentiellen Gegenstand der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Widerspreche ein Verbraucher einem Rechnungsabschluss nicht innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist, liege ein Saldoanerkenntnis vor. Mit diesem werde ein selbständiger Verpflichtungsgrund im Sinne von § 781 BGB begründet. Dieses Feststellungsziel sei auch unabhängig davon notwendig, ob man eine Rückabwicklung bezüglich des Saldoanerkenntnisses für erforderlich erachte oder einen direkten Herausgabeanspruch bezüglich der Entgelte bzw. Gebühren für möglich halte, da ein Saldoanerkenntnis auch im Fall des direkten Herausgabeanspruchs der Beklagten als Einwand dienen könnte.

Das Feststellungsziel zu 5. betreffe einen möglichen Einwand der Beklagten. Eine widerspruchslöse Hinnahme und Erfüllung der eingeführten oder erhöhten Entgelte bzw. Gebühren könne nicht als stillschweigende Willenserklärung der Verbraucher ausgelegt werden. Die Beklagte habe ein solches Verhalten aus Sicht eines objektiven Empfängers nicht als eine mit Rechtsbindungswillen erfolgte Erklärung werten können, weil diese grundsätzlich das Bewusstsein erfordere, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist. Es würde ferner der Richtlinie 93/13/EWG widersprechen, wenn Verbraucher im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Klausel ihre Rechte verlören, ohne dass sie Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel besessen hätten. Insoweit seien die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Juni 2021, C-776/19 und vom 22. April 2021, C-458/19, heranzuziehen.

Die Anträge zum Feststellungsziel zu 6. seien zulässig. Ein Musterfeststellungsurteil mit in sich verschachtelten Feststellungen und ohne klare Aussagen zu den Voraussetzungen für die Durchsetzung des Anspruchs im Tenor wäre für die betroffene Zielgruppe unbrauchbar, da nicht mit einer Übersetzung durch einen Fachmann gerechnet werden dürfe. Ziel des Feststellungsziels zu 6. sei festzustellen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur ergänzenden Vertragsauslegung bei Energielieferungsverträgen nicht übertragbar sei. Diese Rechtsprechung stehe im Widerspruch zur neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs; ferner fehle es an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Konstellationen. Die Vertragsverhältnisse könnten auch ohne die Klausel zur Zustimmungsfiktion und zur einseitigen Erhöhung von Entgelten und Gebühren fortbestehen.

Der Kläger meint, der Hauptantrag des Feststellungsziels zu 7. betreffe eine verallgemeinerungsfähige Frage. Es gehe darum, die rechtlichen Voraussetzungen des Verjährungsbeginns im Ein-

klang mit der aktuellen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im Sinne eines Obersatzes feststellen zu lassen und nicht um seine tatsächliche Ausfüllung.

Hinsichtlich des Feststellungsziels zu 8. ist der Kläger der Auffassung, die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs lasse es nicht zu, Verbrauchern die Berufung auf Rechte aus einer europäischen Richtlinie nach den nationalen Vorstellungen von Treu und Glauben zu verwehren. Was rechtsmissbräuchlich sei, sei autonom nach Unionsrecht zu bestimmen. Rechtsmissbrauch setze nach dem Europäischen Gerichtshof das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Tatbestandsmerkmals voraus. Das subjektive Element liege in der Absicht, sich einen gemeinschaftsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. Es sei davon auszugehen, dass sich auch die Beklagte mit Einwendungen nach § 242 BGB verteidigen werde. Die Sparkasse KölnBonn habe in dem weitgehend identischen Musterfeststellungsverfahren vor dem Oberlandesgericht Hamm (Az.: I-31 MK 1/21) Widerklage hinsichtlich des Einwands der Verwirkung bzw. § 242 BGB erhoben (vgl. Anlage K31). Die Gutachten gemäß den Anlagen B3 und K30 seien von beiden Sparkassen, also der Beklagten und der dort beklagten Sparkasse KölnBonn, gemeinsam in Auftrag gegeben worden.

Der Klägerin meint zum Feststellungsziel zu 9., es sei bereits absehbar, dass sich die Beklagte auf die Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 BGB berufen werde, weil die Sparkasse KölnBonn eine entsprechende Verteidigung ausweislich ihrer Klageerwiderung in dem gegen sie gerichteten Musterfeststellungsverfahren - OLG Hamm, I-31 MK 1/21 - ins Feld geführt habe (vgl. – hiesige - Anlage K31) und sich in einem Individualverfahren auf diese Ausschlussfrist berufe (vgl. Anlagen K32 und K33).

Der Kläger beantragt - nach Änderungen in der mündlichen Verhandlung vom 22. November 2023 - zuletzt,

1. Es wird festgestellt, dass die nachfolgende Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten im Verkehr mit Verbraucherinnen und Verbrauchern unwirksam ist:

Änderungen von Entgelten für Hauptleistungen, die vom Kunden im Rahmen der Geschäftsbeziehung typischerweise dauerhaft in Anspruch genommen werden (z.B. Depotführung), oder Änderungen von Entgelten im Rahmen von Zahlungsdiensterahmenverträgen werden dem Kunden spätestens zwei Monate vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens in Textform angeboten. Hat

der Kunde mit der Sparkasse im Rahmen der Geschäftsbeziehung einen elektronischen Kommunikationsweg vereinbart (z.B. das Online-Banking), können die Änderungen auch auf diesem Wege angeboten werden. Die Zustimmung des Kunden gilt als erteilt, wenn er seine Ablehnung nicht vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen angezeigt hat. Auf diese Genehmigungswirkung wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Werden dem Kunden Änderungen angeboten, kann er den von den Änderungen betroffenen Vertrag vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen auch fristlos und kostenfrei kündigen. Auf dieses Kündigungsrecht wird ihn die Sparkasse in ihrem Angebot besonders hinweisen. Kündigt der Kunde, wird das geänderte Entgelt für die gekündigte Geschäftsbeziehung nicht zugrunde gelegt.

2. Es wird festgestellt, dass die unter Ziffer 1. zitierte Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten im Verkehr mit Verbraucherinnen und Verbrauchern eine missbräuchliche Klausel im Sinne des Art 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen darstellt.

3. a) Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren im Zusammenhang mit der Führung und Nutzung eines Girokontos ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit diesen Entgelten bzw. Gebühren keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Verbraucherinnen bzw. Verbrauchern und der Musterbeklagten zugrunde lag.

Für den Fall, dass das Gericht diesen Antrag für unzulässig oder unbegründet halten sollte, wird hiermit hilfsweise wie folgt beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren im Zusammenhang mit der Führung und Nutzung eines Girokontos ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit der Erhebung dieser Entgelte bzw. Gebühren durch die Musterbeklagte eine Zustimmungsfiktion gemäß der unter Ziffer 1. zitierten Klausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der

Musterbeklagten zugrunde lag.

b) Für den Fall, dass das Gericht die Anträge unter a) im Hinblick auf den Gegenstand der ungerechtfertigten Bereicherung für nicht ausreichend konkretisiert erachten sollte, wird hiermit wie folgt hilfsweise beantragt:

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren für die Führung und Nutzung eines Girokontos und für die Überlassung und Nutzung von Bankkarten ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit diesen Entgelten bzw. Gebühren keine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Verbraucherinnen bzw. Verbrauchern und der Musterbeklagten zugrunde lag.

Für den Fall, dass das Gericht den obigen Antrag im Hinblick auf die allein zulässige Grundlage der Erhebung von Entgelten bzw. Gebühren für nicht ausreichend konkretisiert erachten sollte, wird hiermit hilfsweise wie folgt beantragt.

Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren für die Führung und Nutzung eines Girokontos und für die Überlassung und Nutzung von Bankkarten ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit der Erhebung dieser Entgelte bzw. Gebühren durch die Musterbeklagte eine Zustimmungsfiktion gemäß der unter Ziffer 1. zitierten Klausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten zugrunde lag.

4. Es wird festgestellt, dass die Musterbeklagte von Verbraucherinnen und Verbrauchern durch deren vorbehaltlose Hinnahme von Rechnungsabschlüssen ein Saldoanerkennnis ohne Rechtsgrund erhalten hat, soweit diese Rechnungsabschlüsse Belastungen der Verbraucherinnen und Verbraucher mit Entgelten und Gebühren beinhalteten, für die gemäß Ziffer 3. kein Rechtsgrund bestand.
5. Es wird festgestellt, dass sich die Musterbeklagte gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, deren Annahme bzw. Zustimmung zu einem Angebot der Musterbeklagten auf Einführung oder Erhöhung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. nicht nach der unter Ziffer 1. zitierten Klausel angenommen werden

kann, nicht auf eine konkludente Annahme bzw. Zustimmung zu einem solchen Angebot deshalb berufen kann, weil die Verbraucherinnen und Verbraucher ihr Konto im vertragsgemäßen Umfang weitergenutzt haben.

6. Es wird festgestellt, dass keine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend erfolgen kann, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher das Fehlen eines rechtlichen Grundes für Entgelte bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. nicht geltend machen können, soweit sie diese Entgelte bzw. Gebühren nach Zugang von Abrechnungen, in denen die Entgelte bzw. Gebühren erstmals abgerechnet worden sind, nicht beanstandet haben.

Für den Fall, dass das Gericht den Gegenstand einer ergänzenden Vertragsauslegung für nicht ausreichend konkretisiert erachten sollte, wird hilfsweise wie folgt beantragt:

Es wird festgestellt, dass eine durch die Unwirksamkeit der unter 1. zitierten Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten entstandene Regelungslücke gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dadurch geschlossen werden kann, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher das Fehlen eines rechtlichen Grundes für Entgelte bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. nicht geltend machen können, soweit sie diese Entgelte bzw. Gebühren nach Zugang von Abrechnungen, in denen die Entgelte bzw. Gebühren erstmals abgerechnet worden sind, nicht beanstandet haben.

7. Es wird festgestellt, dass eine Verjährung der Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern gegen die Musterbeklagte auf Erstattung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. nach § 199 Abs. 1 BGB, erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen kann, ab dem die Verbraucherinnen und Verbraucher Kenntnis von der Unwirksamkeit der unter Ziffer 1. zitierten Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten besessen haben oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätten besitzen müssen.

hilfsweise beantragt er:

Es wird festgestellt, dass die kenntnisabhängige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 1

BGB für Ansprüche von Verbraucherinnen und Verbrauchern gegen die Musterbeklagte auf Erstattung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. frühestens mit dem Schluss des Jahres 2021 zu laufen begann.

8. Es wird festgestellt, dass § 242 BGB im Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, die aufgrund der Missbräuchlichkeit der unter Ziffer 1. zitierten Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten einen Anspruch auf die Erstattung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne der Ziffer 3. geltend machen, richtlinienkonform dahingehend auszulegen ist, dass sich die Musterbeklagte nur dann auf einen Schutz durch diese Vorschrift wegen Verwirkung oder rechtsmissbräuchlicher Rechtsausübung berufen kann, wenn die Verbraucherinnen und Verbraucher schon vor dem Zeitpunkt des Urteils des BGH vom 27.04.2021, Az. XI ZR 26/20, Kenntnis davon hatten, dass diese Klausel – auf deren Grundlage die Beklagte die Entgelte bzw. Gebühren erhöht bzw. eingeführt hat – missbräuchlich ist.

9. Es wird festgestellt, dass sich die Musterbeklagte gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern, die aufgrund der Missbräuchlichkeit der unter Ziffer 1. zitierten Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Musterbeklagten einen Anspruch auf die Erstattung von Entgelten bzw. Gebühren im Sinne des Feststellungsziels gemäß Ziffer 3. und/oder die Herausgabe eines Saldoanerkennnisses im Sinne des Feststellungsziels gemäß Ziffer 4. geltend machen, nicht auf eine Ausschlussfrist nach § 676b Abs. 2 BGB berufen kann.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, dem Kläger fehle für das Feststellungsziel zu 1. schon das erforderliche Feststellungsinteresse, weil sie die Unwirksamkeit der Klausel seit mehr als einem Jahr nicht mehr in Frage stelle, deren Verwendung eingestellt und zudem die strafbewährte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abgegeben habe. Sie habe gegenüber ihren Kunden auch erklärt,

dass sie sich nicht mehr auf diese Klausel berufen werde. Ein Feststellungsinteresse bestehe nur dann, wenn sich der Klauselverwender zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch darauf berufe, die Klausel sei wirksam.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, das Feststellungsziel zu 2. stelle keine feststellungsfähige Vorfrage dar, weil die Richtlinie keine unmittelbare Drittwirkung entfalte. Sie sei im Übrigen auch erst auf Verträge anwendbar, die nach dem 31. Dezember 1994 geschlossen worden seien. Es fehle auch das Feststellungsinteresse, weil sich die Beklagte nie berühmt habe, die Klausel sei nicht missbräuchlich.

Hinsichtlich der Feststellungsziele zu 3. und 4. fehle teilweise das Feststellungsinteresse, weil die Beklagte das Fehlen eines Rechtsgrundes gerade nicht infrage stelle, wenn Kunden binnen drei Jahren widersprochen haben. Da der Kläger noch nicht einmal behauptete, die Beklagte berühme sich bei einem Widerspruch innerhalb von drei Jahren seit Zugang der erstmaligen Abrechnung der neuen Entgelte eines Rechtsgrundes, sei ein rechtlich geschütztes Interesse für die Feststellung nicht ersichtlich. Im Übrigen kämen vom Rechtsstandpunkt des Klägers aus allenfalls Ansprüche auf Herausgabe des unrichtigen Saldoanerkennnisses und auf Anerkenntnis des unter Berücksichtigung der bei Vertragsschluss vereinbarten Konditionen zutreffend ermittelten kausalen Saldos in Betracht, während Zahlungsansprüche grundsätzlich ausschieden. Es fehlten Darlegungen und Nachweise dazu, dass der von den Kunden anerkannte Saldo in Ansehung der tatsächlich gebuchten Entgelte und der bei Vertragsschluss wirksam vereinbarten Entgelte zu niedrig sei.

Die Klage sei auch insoweit zudem unbegründet. Durch die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel sei eine Lücke entstanden, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden müsse. Eine Vertragslücke sei dadurch entstanden, dass die Parteien von einer Anpassungsmöglichkeit ausgegangen seien. Der vereinbarte Preis habe nur bei Beginn des Vertragsverhältnisses gelten sollen. Unionsrecht stehe der ergänzenden Vertragsauslegung nicht entgegen. Dafür sprächen im Besonderen auch der Kontrahierungszwang der Beklagten und die sich aus der Grundrechtsbindung der Beklagten ergebende Einschränkung, dass eine ordentliche Kündigung nur bei sachgerechtem Grund zulässig sei.

Die Beklagte habe von ihren Kunden keine Entgelte erhalten. Die begehrte Feststellung könne daher nicht vorgreiflich sein. Als Leistung an die Beklagte kämen auf der Grundlage des streitgegenständlichen Sachverhalts nur Saldoanerkennnisse in Betracht.

Hinsichtlich des Feststellungsziels 5. fehle das Feststellungsinteresse, weil sich die Beklagte nicht darauf berufe, die Verbraucher hätten die im Rahmen der streitgegenständlichen Klausel un-

terbreiteten Angebote konkludent angenommen oder diesen Angeboten konkludent zugestimmt. Die Beklagte habe sich vorgerichtlich nur auf die vom Bundesgerichtshof etablierten Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung berufen und nicht auf einen stillschweigenden Vertragsschluss. Es sei auch nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass sich die Beklagte gegenüber mindestens zehn Verbrauchern auf einen konkludenten Vertragsschluss berufen habe.

Der Antrag zum Feststellungsziel 6. sei unzulässig, weil der Senat bereits im Rahmen der Anträge 3 bis 5 darüber entscheiden müsse, wie die ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen sei. Einer erneuten Entscheidung bedürfe es daher nicht. Im Übrigen sei das Feststellungsziel auch unbegründet, wie sich aus den Ausführungen oben zu den Feststellungszielen 3. und 4. ergäbe. Die ergänzende Auslegung führe zu dem Ergebnis, dass die Entgelte mit Rechtsgrund gezahlt worden seien, wenn die Entgeltanpassung nicht binnen drei Jahren ab Zugang der Abrechnung gerügt worden sei, in der die angepassten Entgelte erstmals aufgeführt seien.

Die Beklagte meint, der Antrag zum Feststellungsziel zu 7. sei unzulässig. Der Verjährungsbeginn könne für jeden Verbraucher nur individuell festgestellt werden. Es fehlten ferner Angaben und Nachweise dazu, dass die Ansprüche von mindestens zehn Kunden zu verjähren drohten. Der Antrag sei auch unbegründet, weil § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB mit dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz vereinbar sei. Es genüge danach die Möglichkeit der Kenntnisnahme.

Die Beklagte meint, das Feststellungsziel zu 8. sei unzulässig, weil Fragen der Verwirkung und des Rechtsmissbrauchs nicht verallgemeinerungsfähig seien und es zudem an der Voreingrifflichkeit für Ansprüche auf Erstattung von Entgelten fehle.

Die Beklagte hält das Feststellungsziel zu 9. für unzulässig. Das Feststellungsziel sei weder voreingrifflich, weil § 676b Abs. 2 BGB nur Ansprüche aus dem Deckungsverhältnis betreffe, noch bestehe ein Feststellungsinteresse. Die Beklagte habe die Vorschrift zu keinem Zeitpunkt für anwendbar gehalten, sondern sich nur auf die Wertungen dieser Vorschrift berufen. Die von ihr vertretene Dreijahreslösung setze voraus, dass § 676b Abs. 2 BGB nicht einschlägig ist.

Weiterhin beantragt die Beklagte im Wege der Hilfswiderklage

für den Fall, dass entweder das Feststellungsziel zu 3., das Feststellungsziel zu 4. oder das Feststellungsziel zu 6. ganz oder teilweise zulässig und ganz oder teilweise begründet ist:

1. Es wird festgestellt, dass der Wert der Leistungen, die die Beklagte aufgrund von vor dem 19.09.2016 geschlossenen Giroverträgen gegenüber Verbrauchern ab dem

01.12.2016 erbracht hat, der Höhe nach jeweils dem Entgelt entspricht, das die Beklagte im Neukundengeschäft bei Giroverträgen ab dem 19.09.2016 für diese Leistungen vereinbart hat, das heißt

a) im Falle des Kontomodells „Giro Digital“:

bis zum 15.03.2022

- monatlich EUR 3,00 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 8,50 (Sparkassen-Card), zzgl.
- je Überweisungsauftrag im Online-Banking sowie für Gut- und Lastschriften EUR 0,00
- je Überweisungsauftrag per Telefon-Banking, Kontoservice-Terminal oder beleggebunden EUR 2,00
- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater EUR 2,00 und im Online-Banking EUR 0,00
- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse EUR 2,00, am Geldautomaten EUR 0,00 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker EUR 2,00 (pro Vorgang) und über das elektronische Postfach EUR 0,00

und seit dem 16.03.2022

- monatlich EUR 4,95 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 12,00 (Sparkassen-Card), zzgl.
- je Überweisungsauftrag im Online-Banking EUR 0,00 sowie für Gut- und Lastschriften
- je Überweisungsauftrag per Telefon-Banking, Kontoservice-Terminal oder beleggebunden EUR 2,00
- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater EUR 2,00 und im Online-Banking EUR 0,00

- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse EUR 2,00, am Geldautomaten mit der Debitkarte EUR 0,00 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker EUR 2,00 (pro Vorgang) und über das elektronische Postfach EUR 0,00

b) im Falle des Kontomodells „Giro Individual“

bis zum 15.03.2022

- monatlich EUR 1,00 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 8,50 (Sparkassen-Card), zzgl.
- je Überweisungsauftrag im Online-Banking, im Telefon-Banking sowie für Gut- und Lastschriften EUR 0,30
- je Überweisungsauftrag am Kontoservice-Terminal oder beleggebunden EUR 0,60
- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater EUR 0,60 und im Online-Banking EUR 0,00
- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse ab dem sechsten Vorgang im Monat EUR 1,00 (fünf Vorgänge im Monat kostenfrei), am Geldautomaten EUR 0,30 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker ab dem dritten Vorgang im Monat EUR 0,60 (zwei Vorgänge im Monat kostenfrei) und über das elektronische Postfach EUR 0,00

und seit dem 16.03.2022

- monatlich EUR 2,95 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 12,00 (Sparkassen-Card), zzgl.
- je Überweisungsauftrag im Online-Banking, Telefon-Banking sowie für Gut- und Lastschriften EUR 0,30
- je Überweisungsauftrag am Kontoservice-Terminal oder beleggebunden EUR 0,60

- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater EUR 0,60 und im Online-Banking EUR 0,00
- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse ab dem sechsten Vorgang im Monat EUR 1,00 (fünf Vorgänge im Monat kostenfrei), am Geldautomaten mit der Debitkarte EUR 0,30 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker ab dem dritten Vorgang im Monat EUR 0,60 (zwei Vorgänge im Monat kostenfrei) und über das elektronische Postfach EUR 0,00

c) im Falle des Kontomodells „Giro Pauschal“:

bis zum 15.03.2022

- monatlich EUR 7,00 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 0,00 (1. Sparkassen-Card, für jede weitere Sparkassen-Card EUR 8,50), zzgl.
- je Überweisungsauftrag im Online-Banking, per Telefon-Banking, Kontoservice-Terminal oder beleggebunden sowie für Gut- und Lastschriften EUR 0,00
- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater und im Online-Banking EUR 0,00
- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse und am Geldautomaten EUR 0,00 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker und über das elektronische Postfach EUR 0,00

und seit dem 16.03.2022

- monatlich EUR 8,95 (Grundpreis), zzgl.
- jährlich EUR 0,00 (1. Sparkassen-Card, für jede weitere Sparkassen-Card EUR 12,00), zzgl.

- je Überweisungsauftrag im Online-Banking, per Telefon-Banking, Kontoservice-Terminal oder beleggebunden sowie für Gut- und Lastschriften EUR 0,00
- je Dauerauftragserteilung und -änderung beim Berater und im Online-Banking EUR 0,00
- je Bartransaktion (Ein- und Auszahlung) an der Kasse und am Geldautomaten mit der Debitkarte EUR 0,00 und für Münzeinzahlungen (Safebag) EUR 7,50
- je Kontoauszug am Kontoauszugsdrucker und über das elektronische Postfach EUR 0,00

2. Es wird festgestellt, dass das Vermögen der Beklagten

nach Anrechnung des Wertes der im Hilfswiderklageantrag zu 1) bezeichneten Leistungen, die die Beklagte aufgrund von vor dem 19.09.2016 geschlossenen Giroverträgen gegenüber Verbrauchern ab dem 01.12.2016 erbracht hat,

durch Saldoanerkennnisse,

die Verbraucher ohne Rechtsgrund abgegeben haben, weil das Anerkenntnis Belastungsbuchungen eingeschlossen hat, denen aufgrund der Unwirksamkeit der im Feststellungsziel 1 der Musterfeststellungsklage genannten Klausel keine Ansprüche der Beklagten auf Entgeltzahlung zugrunde lagen,

nicht vermehrt ist.

Hilfsweise für den Fall, dass entweder der Hilfswiderklageantrag zu 1. oder der Hilfswiderklageantrag zu 2. ganz oder teilweise unzulässig ist:

3. Es wird festgestellt, dass Verbraucher,

die sich für das hiesige Verfahren wirksam zum Klageregister angemeldet haben und die mit der Beklagten vor dem 19.09.2016 Giroverträge geschlossen haben

gegen die Beklagte keine Ansprüche auf Herausgabe von Saldoanerkennnissen haben, nur weil

die Saldoanerkennnisse Belastungsbuchungen betreffen, denen aufgrund der Un-

wirksamkeit der im Feststellungsziel 1 der Musterfeststellungsklage genannten Klausel keine Ansprüche der Beklagten auf Entgeltzahlung zugrunde lagen.

Hilfsweise für den Fall, dass der Hilfswiderklageantrag zu 3. ganz oder teilweise unzulässig sowie ganz oder teilweise unbegründet ist:

4. Es wird festgestellt, dass Verbraucher,

die sich für das hiesige Verfahren wirksam zum Klageregister angemeldet haben und die mit der Beklagten vor dem 19.09.2016 Giroverträge geschlossen haben,

einen Anspruch auf Herausgabe von Saldoanerkennnissen,

die Belastungsbuchungen betreffen, denen aufgrund der Unwirksamkeit der im Feststellungsziel 1 genannten Klausel keine Ansprüche der Beklagten auf Entgeltzahlung zugrunde lagen,

Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages haben, der der Höhe nach dem Betrag entspricht, mit dem die Beklagte das Konto der Verbraucher ohne Rechtsgrund belastet hat.

Die Beklagte stützt sich hinsichtlich der Hilfswiderklageanträge zu 1. und 2. auf § 606 Abs. 1 ZPO a.F. und hinsichtlich der Hilfswiderklageanträge zu 3. und 4. auf § 256 ZPO. Zudem ergebe sich verfassungsrechtlich die Zulässigkeit aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit.

Der Kläger beantragt,

die Hilfswiderklage abzuweisen.

Er hält die Hilfswiderklage schon für unzulässig, da der Gesetzgeber mit § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO a.F. nur qualifizierte Einrichtungen legitimiert habe, Feststellungsziele im Rahmen von Musterfeststellungsklagen zu beantragen. Es bestehe auch keine Passivlegitimation des Klägers. Es sei nicht ersichtlich, wie eine Feststellung der durch die Beklagten gewünschten Feststellungsziele

le gegenüber Verbrauchern überhaupt wirksam werden könnte, da sich diese nur zu den Feststellungszielen des Klägers anmelden können und angemeldet haben. Im Übrigen seien die Anträge auch unbegründet.

Der Senat hat mit Beschluss vom 11. Oktober 2023, im Klageregister am 13. November 2023 bekannt gemacht, neben der Mitteilung einer Einschätzung hinsichtlich des notwendigen Quorums darauf hingewiesen, dass die Hilfswiderklage unzulässig sei, weshalb der Senat auch nicht deren öffentliche Bekanntmachung nach § 607 Abs. 2 ZPO a.F. veranlassen werde.

Entscheidungsgründe

Die Musterfeststellungsklage hat teilweise Erfolg (dazu A. und B.). Der Hilfswiderklage bleibt der Erfolg versagt (dazu. C.).

Auf das Verfahren sind gemäß § 46 EGZPO die Bestimmungen des § 32c ZPO und der §§ 606 – 614 ZPO sowie des § 119 Abs. 3 GVG in der bis einschließlich 12. Oktober 2023 geltenden Fassung anzuwenden (im Folgenden a.F.), weil die Musterfeststellungsklage bereits vor dem 13. Oktober 2023 anhängig gemacht worden ist.

A.

Die Musterfeststellungsklage ist von einem klagebefugten Verband erhoben worden. Das notwendige Quorum gemäß § 606 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 3 ZPO a.F. ist sowohl für die Einreichung als auch nach Ablauf der 2-Monatsfrist gemäß § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO a.F. erreicht.

I.

Der Kläger ist klagebefugt. Er ist eine qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO a.F. und in der beim Bundesamt für Justiz nach § 4 UKlaG a.F. geführten Liste qualifizierter Einrichtungen eingetragen. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO a.F. wird nach § 606 Abs. 1 Satz 4 ZPO a.F. unwiderlegbar vermutet, weil der Kläger als Verbraucherzentrale überwiegend mit öffentlichen Mitteln gefördert wird.

II.

1. Die Musterfeststellungsklage ist nach § 606 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. zulässig, da das sogenannte Quorum von zehn Verbrauchern, deren Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von den Feststellungszielen abhängen, erreicht ist.

Die Musterfeststellungsklage ist nach § 606 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 ZPO a.F. nur zulässig, wenn geltend und glaubhaft gemacht wird, dass von den Feststellungszielen die Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Verbrauchern abhängen. Werden mit einer Musterfeststellungsklage mehrere Feststellungsziele geltend gemacht, muss dieses Erfordernis für jedes Feststellungsziel einschließlich etwaiger Hilfsanträge erfüllt sein, weil jedes Feststellungsziel ein im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. gesondertes Rechtsschutzbegehren und mithin einen eigenständigen Streitgegenstand bildet (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2019 – VI ZB 59/18 –, Rn. 10, juris; G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 606 Musterfeststellungsklage, Rn. 18; MüKoZPO/Menges, 6. Aufl. 2020, ZPO § 606 Rn. 44; Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, § 606 Rn. 77). Vorgreiflichkeit ist gegeben, wenn bei Richtigkeit des vorgetragenen Sachverhalts den Verbrauchern Ansprüche im Sinne der Feststellungsziele zustünden (OLG Dresden, Urteil vom 31. März 2021 – 5 MK 3/20, BeckRS 2021, 9159 Rn. 15, beck-online; Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, § 606 Rn. 77). Die zwingend erforderlichen Angaben und Nachweise sowie die nötige Glaubhaftmachung können nicht durch eine bloße Behauptung ersetzt werden (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2019 – VI ZB 59/18 –, Rn. 12, juris).

An die Darlegung und Glaubhaftmachung dürfen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden, da mit dem Erfordernis nur sichergestellt werden soll, dass lediglich solche Streitfragen Gegenstand der Musterfeststellungsklage sind, die für eine Vielzahl von Ansprüchen bzw. Rechtsverhältnissen Bedeutung haben. Grundsätzlich kann die Glaubhaftmachung auch durch Abgabe eidesstattlicher Versicherungen erfolgen (§ 294 Abs. 1 ZPO). Eidesstattliche Versicherungen sind nicht formbedürftig (BGH, Urteil vom 16. April 2002 – KZR 5/01 –, Rn. 21, juris; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, § 294 ZPO, Rn. 4). Konkret darzulegen und glaubhaft zu machen ist im Hinblick auf mögliche bereicherungsrechtliche Ansprüche nach § 812 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB sowie eine Kondiktion der quartalsweise erteilten Saldoanerkennnisse, dass die genannten Personen Verbraucher sind, zum Zeitpunkt der Umstellung ein Girokonto bei der Beklagten unterhielten, sie von der Umstellung der Kontenmodelle zum 01. Dezember 2016 betroffen waren, sie infolge der Umstellung höhere Entgelte durch Belastung ihres Kontos entrichtet haben und sie dieser Änderung weder vorher zugestimmt noch sie nachträglich genehmigt haben. Dies bildet im hier zu entscheidenden Musterfeststellungsverfahren den Kern (OLG Braunschweig, Beschluss vom 23. November 2018 – 4 MK 1/18 –, juris, Rn. 15), auf den sich die ein-

zelen Feststellungsziele ausrichten müssen.

Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt.

a) Verbraucher

Die Zahl von zehn Verbrauchern ist erreicht. Es muss sich bei den von dem Kläger benannten Personen um Verbraucher handeln. Der Senat ist insoweit der Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal „Verbraucher“ in § 606 ZPO a.F. nicht auf die einzelnen Rechtssubjekte, also Personen, sondern auf die betroffenen Vertragsverhältnisse abstellt, so dass nur ein „Verbraucher“ vorliegt, auch wenn ein Konto von mehreren Personen geführt wird. Anderenfalls wäre das Quorum bereits dann erfüllt, wenn bei nur einem Vertragsverhältnis auf einer Seite zehn Verbraucher beteiligt wären.

Verbraucher ist nach § 29c Abs. 2 ZPO jede natürliche Person, die bei dem Erwerb des Anspruchs oder Begründung des Rechtsverhältnisses nicht überwiegend im Rahmen ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt. Der Vortrag des Klägers, die 18 in der Klageschrift genannten Personen seien Verbraucher und der Wortlaut in den insoweit gleichlautenden eidesstattlichen Versicherungen „mein bei ihr [der Berliner Sparkasse] als Verbraucherin [bzw. Verbraucher] geführtes Konto“ ist ausreichend, wenn man insbesondere hinzunimmt, dass es sich unstreitig um Modelle im Privatkundengeschäft handelt.

b) Girokonto bei Beklagten

Diese Voraussetzung ist durchgängig vorgetragen und glaubhaft gemacht. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist kein Vortrag dazu erforderlich, wann das Vertragsverhältnis begründet worden ist, weil es hierauf nicht ankommt. Es genügt, dass zwischen den Musterverbrauchern und der Beklagten ein Vertragsverhältnis über ein Girokonto zum Zeitpunkt der Umstellung der Kontenmodelle bestand und danach fortgesetzt wurde.

c) Betroffenheit von der Umstellung der Kontenmodelle

Dies ist für alle Musterverbraucher vorgetragen und glaubhaft gemacht. Es wird für alle Musterverbraucher vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass zum 01. Dezember 2016 eines der neuen Kontenmodelle auf ihr jeweiliges Girokonto seitens der Beklagten einseitig angewandt wurde. Soweit der Senat im Hinweisbeschluss vom 11. Oktober 2023 - unter 1.a) - dies für Christiane Her-

kules (Musterfall Nr. 5) in Frage gestellt hat, kommt es angesichts der im Übrigen erreichten bzw. überschrittenen Mindestzahl von zehn Verbrauchern nicht darauf an. Schließlich hat der Kläger mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2023 (dort S. 6 f. mit den Anlagen K 39 und K40) auch die erforderlichen Voraussetzungen geschaffen.

d) Belastung mit höheren Entgelten infolge der Umstellung

Der Senat hat im Hinweisbeschluss vom 11. Oktober 2023 - unter 1.a) - ausgeführt, dass diese Anforderung jedenfalls für acht Musterverbraucher erfüllt ist (Nr. 2, 3, 4, 10, 13, 14, 15 und 18), woran festgehalten wird. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2023 die erforderlichen Voraussetzungen für mindestens zwei weitere Musterverbraucher durch ergänzenden Vortrag mit entsprechenden eidesstattlichen Versicherungen zu den bisher genannten Musterfällen geschaffen, so dass es dahinstehen kann, ob der neue Vortrag zu weiteren Musterfällen (Musterfälle 19, 20, 21) noch zulässig wäre.

Wie oben ausgeführt - A.II.1.c) - hat der Kläger mit Schriftsatz vom 31. Oktober 2023 (dort S. 6 f. mit den Anlagen K 39 und K40) für Christiane Herkules (Musterfall Nr. 5) die erforderlichen Tatsachen vorgetragen und unterlegt. Durch die Klarstellung zur Einreichung einer „falschen“, weil überholten eidesstattlichen Versicherung von Andreas und Bettina Jerke (Musterfall 7) im gleichen Schriftsatz dort S. 9 f.) ist das notwendige Quorum erreicht, so dass es nicht darauf ankommt, dass der Senat auch hinsichtlich weiterer Musterfälle die Voraussetzungen für gegeben ansieht.

e) Echtheit der Unterschriften

Letztlich ist es unschädlich, dass die Beklagte sich zur Echtheit der Unterschriften auf den eidesstattlichen Versicherungen pauschal mit Nichtwissen erklärt hat. Für einen Kunden, für den die Beklagte ein Konto führt und damit eröffnet hat, geht der Senat davon aus, dass ihr Vergleichsunterschriften vorliegen. Zudem steht dies auch der Glaubhaftmachung nicht entgegen. Die Echtheit der Unterschrift muss für die Glaubhaftmachung nicht feststehen. Die eidesstattliche Versicherung als solche muss gegebenenfalls im Zusammenspiel mit anderen Mitteln der Glaubhaftmachung nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als gegeben erscheinen lassen, die hier gegeben ist.

2. Weitere Darlegungen zur Betroffenheit von mindestens zehn Verbrauchern hält der Senat für nicht erforderlich. Mit dem dargelegten und glaubhaft gemachten Sachverhalt, der mindestens

zehn Verbraucher betrifft, ist der Kern der Auseinandersetzung im Sinne eines einheitlichen Lebenssachverhalts abgesteckt, während die gesamten Feststellungsziele einschließlich der Hilfsanträge des Klägers nur die einzelnen denkbaren Facetten der späteren Einzelverfahren, die die Rückforderung aufgrund der Umstellung der Kontenmodelle ab Dezember 2016 überzahlter Entgelte zum Gegenstand haben, abbilden (vgl. zu diesem Gesichtspunkt OLG Braunschweig, Beschluss vom 23. November 2018 – 4 MK 1/18 –, juris, Rn. 15)

III.

Die Voraussetzung nach § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO a.F., dass zwei Monate nach öffentlicher Bekanntmachung der Musterfeststellungsklage mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zur Eintragung in das Klageregister wirksam angemeldet haben, ist gegeben. Der Kläger hat die Musterfeststellungsklage am 09. Dezember 2021 beim Kammergericht eingereicht und sieben Anträge angekündigt. In dieser Form ist Musterfeststellungsklage am 19. Januar 2022 im Klageregister veröffentlicht worden. Der vom Bundesamtes für Justiz unter dem 05. April 2022 (Bl. I 82 ff. d.A.) übermittelte Auszug aus dem Klageregister enthielt zum 21. März 2022 (Montag) insgesamt 581 Anmelder. Nach Prüfung des Auszugs steht für den Senat fest, dass mindestens 50 Verbraucher ihre Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zur Eintragung in das Klageregister wirksam angemeldet haben.

B.

Hinsichtlich der einzelnen Feststellungsziele gilt Folgendes:

I.

1. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziel zu 1.** zulässig.

a) Die Wirksamkeit der Zustimmungsfiktionsklausel ist ein taugliches Ziel einer Musterfeststellungsklage im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F., denn die Unwirksamkeit dieser Klausel ist rechtliche Voraussetzung und damit vorgreiflich für das Bestehen bereicherungsrechtlicher Ansprüche der Verbraucher gegen die Beklagte wegen Entgeltänderungen, die die Beklagte auf der Grundlage dieser Klausel vorgenommen hat.

b) Das erforderliche Feststellungsinteresse ist ebenfalls gegeben.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die auch in der Literatur geteilt wird, muss auch im Rahmen einer Musterfeststellungsklage das Feststellungsinteresse als allgemeine Prozessvoraussetzung für jedes Feststellungsziel vorliegen (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 108; G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 606 Musterfeststellungsklage, Rn. 26). Nach teilweise vertretener Ansicht soll das Feststellungsinteresse beispielsweise dann fehlen, wenn das Feststellungsziel unstrittig ist (BeckOK ZPO/Lutz, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 606 Rn. 52-52a) oder eine Rechtsfrage nicht (mehr) klärungsbedürftig ist, weil sie entweder durch eine höchstrichterliche Entscheidung bereits abschließend geklärt ist oder es keine ernsthaften Zweifel an der Rechtsfrage geben kann (Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, § 606 Rn. 102). Demgegenüber wird teilweise angenommen, dass auch höchstrichterlich bereits entschiedene Rechtsfragen Gegenstand einer Musterfeststellungsklage sein können, etwa um diese überprüfen zu lassen oder auch um aus Klägersicht eine Verfestigung einer günstigen Rechtsprechung zu erstreben mit dem Ziel, die Rechtsfrage zwischen den Parteien und den Anmeldern etwa gegen Angriffe im Individualverfahren zu immunisieren (Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl. 2020, § 606 Rn. 12).

Nach Auffassung des Senats ist für die Frage, ob das für die Geltendmachung eines Feststellungsziels erforderliche Feststellungsinteresse im Einzelfall gegeben ist, maßgeblich auf die Perspektive der angemeldeten Verbraucher abzustellen. Denn Sinn und Zweck der Musterfeststellungsklage ist es, deren Individualprozesse vorzubereiten, an deren Führung die Verbraucher sonst wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes kein Interesse hätten (rationales Desinteresse, vgl. BT-Drs.19/2439, S. 14). Aus Sicht der betroffenen Verbraucher verschiebt sich die dieser Annahme zugrundeliegende Kosten-Nutzen-Rechnung jedoch nur dann zugunsten der Verbraucher, wenn die mit der Geltendmachung der Individualansprüche gegen die Beklagte verbundenen prozessualen Risiken möglichst weitgehend und sicher minimiert werden. Eine aus Sicht der betroffenen Verbraucher anspruchsbegründende Rechtsfrage ist vor diesem Hintergrund erst dann nicht mehr klärungsbedürftig, wenn keinerlei vernünftige Zweifel daran bestehen, wie diese zu beantworten ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Beantwortung der Frage offenkundig ist oder sich im Laufe der Zeit in Auseinandersetzung mit der gegen sie vorgebrachten Kritik eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung herausgebildet hat, die von Einzelkritik abgesehen, weitgehend akzeptiert wird. Solange es im Rahmen des Möglichen liegt, dass diese Rechtsfrage von den zur Entscheidung der Individualprozesse berufenen, unabhängigen Gerichten anders beurteilt wird, besteht aus objektiver Sicht der betroffenen Verbraucher ein Interesse daran, die Rechtsfrage für ihre Individualprozesse bindend zu klären. Anderenfalls liefen die angemeldeten Verbraucher im Einzelfall doch Gefahr, mit der (erneuten) Klärung der Frage im Instanzenzug belastet zu werden.

Nach diesem Maßstab besteht ein Feststellungsinteresse. Zwar liegt mit dem sog. Postbank-Urteil des Bundesgerichtshofs eine höchstrichterliche Grundsatzentscheidung vor, die eine im Kern identische Klausel betrifft. Von einer wiederholt bestätigten und dadurch gefestigten Rechtsprechung, die auch auf die gegen sie vorgebrachten Einwände eingeht, kann jedoch bisher nicht die Rede sein. Es ist angesichts der erheblichen, zum Teil auch methodischen Kritik, die die Entscheidung gefunden hat (vgl. Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 376; Langner, WM 2023, 854, 854 f.; Vogel ZBB, 2021, 312; Mäsch, JuS 2021, 1184, 1185), und einer teilweise auch weiterhin geforderten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof (vgl. Omlor, NJW 2021, 2243 Rn. 36, beck-online), nicht hinreichend auszuschließen, dass die Unwirksamkeit der Klausel von den in den Individualprozessen zur Entscheidung berufenen Richtern und Richterinnen anders gesehen wird.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten ist das Feststellungsinteresse auch nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte am 30. Juni 2021 gegenüber dem Kläger eine strafbewährte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung betreffend die weitere Verwendung und Berufung auf die betreffende Klausel abgegeben hat und taggleich gegenüber ihren Kunden erklärt hat, sich ab sofort nicht mehr auf diese Klausel zu berufen.

Die Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ist schon allein deshalb nicht geeignet, die vorstehend genannte Kosten-Nutzen-Rechnung der Verbraucher zu beeinflussen, weil die betreffenden Verbraucher von der Existenz dieser Erklärung im Zweifel keine Kenntnis haben und diese ihr Verhalten damit nicht beeinflussen kann. Die Kundenmitteilung der Beklagten enthält keinen Hinweis auf die am selben Tag abgegebene Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung. Der Kundenmitteilung lässt sich auch keine umfassende Distanzierung von der Klausel entnehmen. Die Erklärung bezieht sich ausdrücklich nur auf die Zukunft („ab sofort“) und lässt damit offen, was mit der Vergangenheit ist. Die Beklagte räumt im Übrigen auch weder in dieser Kundenmitteilung noch in der Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung ausdrücklich ein, dass die Klausel unwirksam ist. Schließlich wäre auch eine überstimmende rechtliche Bewertung der Klausel durch die Parteien der Individualprozesse für das Gericht nicht bindend.

2. Der Feststellungsantrag ist auch begründet.

Die Unwirksamkeit der Klausel folgt aus § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Senat folgt insoweit der Einschätzung des Bundesgerichtshofs im sog. Postbank-Urteil vom 27. April 2021 (XI ZR 26/20, Rn. 21 ff.), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird. Die vorliegende Klausel ist mit der Klausel, die der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu-

grunde lag, nahezu wortlautidentisch mit rechtlich unbedeutenden Ausnahmen, wie dass hier der Begriff Sparkasse statt Bank verwandt wird, im ersten Satz die Kontoführung als Beispiel fehlt oder die Zahlungsdienstleistungsverträge auf andere Weise eingebunden werden. Dies rechtfertigt jedoch keine abweichende Beurteilung der Klausel.

II.

Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 2.** unzulässig.

Es fehlt an der erforderlichen Voreingangsbedingung der begehrten Feststellung, weil es für die Beurteilung der den Verbrauchern gegen die Beklagte zustehenden Ansprüche nicht auf die aufgeworfene Frage ankommt. Die Unwirksamkeit der von der Beklagten verwandten Klausel ergibt sich aus dem nationalen Recht, wie oben erörtert (dazu B.I.). Eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne der vom Bundesgerichtshof zu Energielieferungsverträgen entwickelten Rechtsprechung kommt vorliegend schon nach nationalem Recht nicht in Betracht (dazu B.VI.). Das Feststellungsziel 8 ist mangels verallgemeinerungsfähiger Frage ebenfalls unzulässig (dazu B.VIII.). Auch für die Verjährung kommt es nicht diese Frage an, weil die Bestimmungen des nationalen Verjährungsrechts mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar ist und auch keine andere Auslegung zulassen (dazu B.VII.).

III.

Die Musterfeststellungsklage hat hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 3.** teilweise Erfolg. Der gestellte Hauptantrag ist zulässig, aber unbegründet. Der Hilfsantrag zu 3a) ist zulässig und begründet. Einer Entscheidung zu den unter 3b) gestellten weiteren Hilfsanträgen bedurfte es deshalb nicht.

1. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des zum **Feststellungsziels zu 3.** gestellten Hauptantrages zulässig, aber unbegründet.

Dem Senat ist der Hauptantrag zur Entscheidung angefallen, weil dessen Rücknahme in der mündlichen Verhandlung mangels Zustimmung der Beklagten nicht wirksam ist (§ 269 Abs. 1 ZPO). Der Antrag ist indes unbegründet. Die begehrte Feststellung der Rechtsgrundlosigkeit ohne eine ausdrückliche Vereinbarung scheidet nach Auffassung des Senats aus, weil auch konkludente Entgeltvereinbarungen zwischen der Beklagten und Verbrauchern zustande gekommen

sein können und einen Rechtsgrund für die erhobenen Entgelte und Gebühren bilden können.

2. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 3. a)** im Hilfsantrag, dessen Bedingung eingetreten ist, zulässig und begründet.

a) Die Änderung der Bedingung für diesen Hilfsantrag in der mündlichen Verhandlung war sachdienlich - nimmt sie doch lediglich den zuvor in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis des Senats (§ 610 Abs. 4 ZPO a.F.) auf - und deshalb gemäß §§ 610 Abs. 5 Satz 1, 263 ZPO zulässig, so dass es nicht darauf ankommt, dass auch eine Zustimmung der Beklagten durch rügeloses Einlassen (§ 267 ZPO) anzunehmen wäre. Die Beklagte hat diese Änderung nicht ausdrücklich gerügt, sondern ist ausweislich des Protokolls „nur“ bei ihrem Abweisungsantrag geblieben.

b) Die Musterfeststellungsklage ist insoweit auch zulässig. Der Kläger verfügt über das erforderliche Feststellungsinteresse.

Wie der Senat bereits ausgeführt hat (dazu B.I.), ist für die Beurteilung der Frage, ob das für die Geltendmachung eines Feststellungsziels erforderliche Feststellungsinteresse gegeben ist, maßgeblich auf die Perspektive der angemeldeten Verbraucher abzustellen, deren Individualprozesse mit der Musterfeststellungsklage vorbereitet werden sollen. Für anspruchsbegründende Voraussetzungen besteht damit grundsätzlich ein Feststellungsinteresse, es sei denn, die sich dort stellende Rechtsfrage ist ausnahmsweise nicht mehr klärungsbedürftig.

Die Frage, ob die Beklagte Entgelte und Gebühren im Zusammenhang mit der Führung und Nutzung eines Girokontos ohne Rechtsgrund erlangt hat, ist eine anspruchsbegründende Voraussetzung für bereicherungsrechtliche Rückerstattungsansprüche der betroffenen Verbraucher gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB. Dabei können die Verbraucher nach Auffassung des Senats zugleich Auszahlung des rückzubuchenden Betrages verlangen.

Ausgangspunkt ist für den Senat, dass Belastungsbuchungen eines Kontokorrentkontos mit Zins-, Gebühren- und Provisionsansprüchen des Kreditinstituts "Zahlungsvorgänge" im Sinne von § 675f Abs. 3 Satz 1 BGB in der gemäß Art. 229 § 45 Abs. 2 EGBGB maßgeblichen, bis zum 12. Januar 2018 gültigen Fassung (im Folgenden: a.F.) darstellen. Nach § 675f Abs. 3 Satz 1 BGB a.F. ist ein "Zahlungsvorgang" jede Bereitstellung, Übermittlung oder Abhebung eines Geldbetrags, unabhängig von der zugrundeliegenden Rechtsbeziehung zwischen Zahler und Zahlungs-

empfänger. Nach der Gesetzesbegründung stellt der Zahlungsvorgang den "tatsächlichen Geldfluss dar, also die Bereitstellung, den Transfer oder die Abhebung von Buch- oder Bargeldbeträgen" (BT-Drucks. 16/11643, S. 102 re. Sp.). Ein derartiger Abfluss und Zufluss von Buchgeld findet statt. Dieser Vorgang spielt sich zudem zwischen einem Zahler und einem Zahlungsempfänger ab. Denn dem Kreditinstitut kommt insoweit nicht nur die Funktion als Zahlungsdienstleister zu, sondern auch als Zahlungsempfänger (BGH, Urteil vom 11. Juli 2023 – XI ZR 111/22 –, BGHZ 238, 18-32, Rn, 22 f.).

Es entspricht allgemeiner Ansicht, dass den Bankkunden wegen der auf die Zustimmungsfiktion gestützten Entgelterhöhungen Ansprüche gegen die Bank aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB zustehen, die auf Herausgabe desjenigen Anteils der vereinnahmten Entgelte gerichtet sind, der auf eine unwirksame Entgeltanpassung zurückzuführen ist (Omlor, NJW 2021, 2243, 2247, Rn. 34, beck-online; Schultess, NJW 2022, 431, 432; Staudinger/Rodi (2022) Anh zu §§ 305-310 Rn F 1, Rn. F 148f; Grigoleit, WM 2023, 697, 700; Vogel, ZBB 2021, 312, 323; Casper, ZIP 2021, 2361, 2368). Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kunden gemäß Ziffer 7 Abs. 3 Satz 2 AGB-Sparkassen durch die widerspruchslose Hinnahme der quartalsweisen Rechnungsabschlüsse, in denen die Entgeltposten eingestellt waren, diese Rechnungsabschlüsse regelmäßig genehmigt haben werden (Staudinger/Rodi (2022) Anh zu §§ 305-310 Rn F 1, Rn. F 148f). Das in der Genehmigung liegende abstrakte Schulanerkennnis kann nämlich selbst gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 1, Abs. 2 BGB kondiziert werden, weil keine Verpflichtung zur Abgabe eines unrichtigen Anerkenntnisses besteht und ein unzutreffendes Anerkenntnis mithin ohne Rechtsgrund abgegeben worden ist (BeckOK HGB/Moussa, 39. Ed. 15.10.2022, HGB § 355 Rn. 66; Staub in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2014, § 355, Rn. 214; Oetker/Maultzsch, 7. Aufl. 2021, HGB § 355 Rn. 77; Grundmann in Staub, Großkomm. HGB, 5. Auflage, Bankvertragsrecht Zweiter Teil Rn. 160; Müller-Christmann in Lagenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechtskommentar, 3. Auflage 2020, 1. Kap. Rn. 249).

Das Anerkenntnis bewirkt damit primär eine Umkehr der Beweislast. Es ist Sache des Kondiktionsgläubigers die Unrichtigkeit des Saldos darzulegen und beweisen (BGH, Urteil vom 18. Oktober 1994 – XI ZR 194/93 –, Rn. 13, juris; OLG Hamm, Urteil vom 24. Februar 2021 – 31 U 140/19, BeckRS 2021, 3178 Rn. 69, beck-online; BeckOK HGB/Moussa, 39. Ed. 15.10.2022, HGB § 355 Rn. 67; Staub in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2014, § 355, Rn. 214; Grundmann in Staub, Großkomm. HGB, 5. Auflage, Bankvertragsrecht Zweiter Teil Rn. 160 m.w.N.; Oetker/Maultzsch, 7. Aufl. 2021, HGB § 355 Rn. 77; Müller-Christmann in Lagenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020, 1. Kap. Rn. 249).

Ist der anerkannte Saldo zu niedrig festgestellt, kann das eigene Saldoanerkennnis kondiziert und

mit einer Zahlungsklage verbunden werden (OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2009 – 14 U 297/07 –, Rn. 209, juris; BeckOK HGB/Moussa, 39. Ed. 15.10.2022, HGB § 355 Rn. 67). In der Zahlungsklage liegt zugleich die Geltendmachung des Kondiktionsanspruchs (BGH, Urteil vom 23. November 2010 – XI ZR 82/08 –, Rn. 17, juris; OLG Nürnberg, Urteil vom 30. März 2009 – 14 U 297/07 –, Rn. 209, juris; BeckOK HGB/Moussa, 39. Ed. 15.10.2022, HGB § 355 Rn. 67; Staub in: Staub, HGB, 4. Aufl. 2014, § 355, Rn. 220-221). Statt der Rückbuchung, der lediglich rechtsbestätigende (deklaratorische) Bedeutung zukommt, kann der Kunde gemäß § 667 BGB grundsätzlich auch sogleich Auszahlung des rückzubuchenden Betrages verlangen, sofern ihm ein solcher Zahlungsanspruch ohne die rechtsgrundlose Abbuchung zugestanden hätte (BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 – IX ZR 226/91 –, BGHZ 121, 98-106, Rn. 30).

Nach Auffassung des Senats bewirkt das Saldoanerkenntnis zwar, wie dargestellt, eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast, jedoch genügen die Kunden für die Begründung ihrer konkreten Rückzahlungsansprüche in den Einzelverfahren mit der Darlegung der ursprünglich aufgrund der vertraglichen Vereinbarung geschuldeten Entgelte bzw. Gebühren und der von der Beklagten zu Unrecht aufgrund der unwirksamen Klauseln in das Kontokorrent eingestellten höheren Entgelte bzw. Gebühren ihrer Vortraglast, wenn sie zugleich geltend machen, dass alle anderen verbuchten Geschäftsvorfälle zutreffend sind.

c) Die Musterfeststellungsklage ist im Hilfsantrag zu 3a) auch begründet.

Die Beklagte hat von Verbraucherinnen und Verbrauchern alle Entgelte bzw. Gebühren im Zusammenhang mit der Führung und Nutzung eines Girokontos ohne Rechtsgrund erhalten, soweit der Erhebung dieser Entgelte bzw. Gebühren durch die Beklagte eine Zustimmungsfiktion gemäß der unter Ziffer 1. zitierten Klausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zugrunde lag.

Die genannte Klausel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist – wie unter B.I. näher ausgeführt – unwirksam.

Ein rechtlicher Grund ergibt sich auch nicht daraus, dass die Verbraucher ihr Girokonto nach Erhalt eines auf die streitbefangene Klausel gestützten Angebotes auf Änderung der Entgeltstruktur im bisherigen vertragsgemäßen Umfang weitergenutzt haben. Insoweit wird auf die Ausführungen zu dem entsprechenden Feststellungsziel zu 5. unter B.V. verwiesen.

Schließlich ergibt sich ein Rechtsgrund auch nicht aus einer – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegungen gewonnenen – Vereinbarung, wonach die Unwirksamkeit von Entgelterhöhun-

gen nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn der Verbraucher dieser nicht innerhalb eines dreijährigen Zeitraums widersprochen habe. Insoweit nimmt der Senat auf seine Ausführungen zum Feststellungsziel zu 6. unter B.VI. Bezug.

Soweit in der Literatur teilweise angenommen wird, bei einer späteren freiwilligen Erweiterung der Geschäftsbeziehung um weitere Produkte der Beklagten könne eine Zäsurwirkung dergestalt eintreten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einschließlich des jeweiligen Preis- und Leistungsverzeichnisses zum Stand der Abgabe des Kundenantrags für die gesamte Geschäftsbeziehung mit dem Verbraucher unter Einschluss des Girokontos verbindlich werden (Omlor, NJW 2021, 2243 Rn. 29, 30, beck-online; in diese Richtung auch: Staudinger/Rodi (2022) Anh zu §§ 305-310 Rn F 1, Rn. F 148e; Vogel, ZBB 2021, 312, 322; Berger, Rechtsgutachten, Anlage B4, S. 5; kritisch Caspar, ZIP 2021, 2361, 2363), führt dies nicht zur Unbegründetheit des Feststellungsziels. Denn ob die Geschäftsbeziehung um weitere Produkte der Beklagten erweitert worden ist und bejahendenfalls auf welche Weise und mit welchen rechtlich bindenden Erklärungen dies geschehen ist, kann nur im einzelnen Vertragsverhältnis festgestellt werden. So ist die Frage, ob in einzelnen Vertragsverhältnissen insoweit Besonderheiten bestehen, in den Individualverfahren der angemeldeten Verbraucher zur berücksichtigen (vgl. Herresthal, WM 2020, 1949, 1952; Röthemeyer, BKR 2021, 191, 194). Erst das Gericht, gegenüber dem das Musterfeststellungsziel gemäß § 613 Abs. 1 ZPO a.F. Bindungswirkung entfalten soll (und nicht das Oberlandesgericht), untersucht und entscheidet darüber, ob seine Entscheidung die Feststellungsziele und den Lebenssachverhalt der Musterfeststellungsklage betrifft (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 44 mit Hinweis auf BeckOGK BGB/Meller-Hannich, Stand: 01.09.2020, § 204 Rn. 119; MünchKommZPO/Menges, 6. Aufl., § 613 Rn. 1; vgl. auch Röthemeyer, aaO, S. 193 f.). Wenn damit keine allgemein feststellungsfähige Frage aufgeworfen ist, kann auch daraus kein durchgreifender Einwand gegen ein zulässiges Feststellungsziel entstehen.

IV.

1. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 4.** zulässig.

a). Die Änderung für diesen Antrag (Ersetzung des Begriffs „Gebühren“ durch „Entgelte und Gebühren“) in der mündlichen Verhandlung war sachdienlich - nimmt sie ebenfalls lediglich den zuvor in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis des Senats (§ 610 Abs. 4 ZPO a.F.) auf - und deshalb gemäß §§ 610 Abs. 5 Satz 1, 263 ZPO zulässig.

b) Es besteht auch ein Feststellungsinteresse. Die Beklagte beruft sich gerade darauf, dass die angepassten Entgelte und damit die entsprechenden Saldoanerkennnisse mit Rechtsgrund geleistet worden seien (Klageerwiderung vom 08. August 2022, Seite 57, 71). Deshalb ist es aufgrund der Klarstellungsfunktion des Musterverfahrens und zur Erleichterung der Durchsetzung der Ansprüche der Verbraucher in den späteren Verfahren notwendig, das Nichtvorliegen eines Rechtsgrundes auch in einem Feststellungsziel ausdrücklich auf ein Saldoanerkennnis auszuweiten.

2. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 4.** begründet. Da sich, wie oben bei der Erörterung des Feststellungsziels zu 3. (B.III.) gezeigt, für die Belastungsbuchungen der Beklagten auf den Konten der Kunden für Gebühren und Entgelte kein Rechtsgrund aus einer ergänzenden Vertragsauslegung oder einer konkludenten Genehmigung ergibt, können die Saldoanerkennnisse grundsätzlich kondiziert werden. Es kommt lediglich zu einer Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast.

V.

1. Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 5.** zulässig.

a) Die Änderung für diesen Antrag (sprachliche Anpassung) in der mündlichen Verhandlung war sachdienlich - nimmt sie ebenfalls lediglich den zuvor in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis des Senats (§ 610 Abs. 4 ZPO a.F.) auf - und deshalb gemäß §§ 610 Abs. 5 Satz 1, 263 ZPO zulässig.

b) Der Zulässigkeit des Feststellungsziels steht es nicht entgegen, dass sich die Beklagte bisher nicht auf eine konkludente Vereinbarung des geänderten Kontenmodells berufen hat.

Nach § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. können qualifizierte Einrichtungen mit der Musterfeststellungsklage auch die Feststellung des Nichtvorliegens von tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für das Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen begehren. Dies ermöglicht es dem Kläger nach Auffassung des Senats auch bisher noch nicht erhobene, potenzielle Einwendungen oder Einreden der Beklagten zum zulässigen Gegenstand einer Musterfeststellungsklage zu machen, wenn naheliegend ist, dass sich der Unternehmer im Folgeverfahren darauf berufen wird

(BeckOK ZPO/Lutz, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 606 Rn. 23; ähnlich wohl auch Musielak/Voit/Stadler, 20. Aufl. 2023, ZPO § 606 Rn. 12). Für dieses Verständnis spricht zunächst, dass regelmäßig die tatsächlichen Voraussetzungen von Einwendungen und Einreden bereits während des laufenden Musterfeststellungsverfahrens zumindest teilweise vorliegen oder nicht vorliegen, unabhängig davon, ob sich der Unternehmer auf diese Gegenrechte bereits berufen hat und deren Voraussetzungen in den Folgeprozessen vortragen werden. Auch streiten teleologische Überlegungen für diese Sicht. Wäre der Kläger auf bereits geltend gemachte Gegenrechte des Unternehmers beschränkt, wäre eine vom Gesetzgeber angestrebte „zügige Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen“ durch ein effizientes Mittel der Rechtsverfolgung kaum möglich. Verhielte sich der beklagte Unternehmer nämlich bis zu den Individualprozessen zunächst passiv schweigend, drohte die Klärung wesentlicher Fragen in diese Individualprozesse verlagert zu werden. Auch hätte es der beklagte Unternehmer in der Hand, durch eine Art „Salamitaktik“ eine zügige Klärung von Tatsachen- und Rechtsfragen zu verhindern, weil abhängig von seinem prozessualen oder außerprozessualen Verhalten entweder neue Musterfeststellungsklagen zu seinen Gegenrechten erhoben oder eine noch anhängige Musterfeststellungsklage fortwährend erweitert werden müsste.

Das erforderliche Feststellungsinteresse an der Klärung potenzieller Einwendungen ist nach Auffassung des Senats jedenfalls dann gegeben, wenn es nach Würdigung aller Umstände naheliegend erscheint, dass sich der Unternehmer in den Folgeverfahren auf diese berufen wird. Naheliegend erscheinen dabei diejenigen Einwendungen und Einreden zu sein, die sich aus den beiden Rechtsgutachten von Prof. Grigoleit (Anlage B2) und Prof. Berger (Anlage B3) ergeben. Beide Gutachten wurden nämlich auch im Auftrag der Beklagten erstattet und dienen offenbar dazu, deren Rechtsverteidigung in diesem Gesamtkomplex vorzubereiten. Darüber hinaus erscheinen solche Gegenrechte naheliegend, die in der Rechtsprechung oder Literatur nicht nur vereinzelt erörtert werden.

Hieran gemessen ist die Frage, ob die Verbraucher den geänderten Kontenmodellen konkludent durch die Weiternutzung ihrer Girokonten im bisherigen vertragsgemäßen Umfang zugestimmt haben, ein taugliches Feststellungsziel. Die Frage, ob Verbraucher einem vom Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterbreiteten Angebot auf deren Änderung durch Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zustimmen, wird jedenfalls in der Literatur ernsthaft erörtert (vgl. Omlor, NJW 2021, 2243 Rn. 27, 28, beck-online; Simon, ZIP 2022, 13, 16; Habersack, ZIP 2021, 1837, 1840; im Allgemeinen vgl. auch Grüneberg/Grüneberg, § 305 Rn. 47; MüKoBGB/Fornasier, 9. Aufl. 2022, BGB § 305 Rn. 90).

2. Das Feststellungsziel ist auch begründet.

Haben die betroffenen Verbraucher nach Erhalt eines auf die streitbefangene Klausel gestützten Angebots der Beklagten auf Einführung oder Erhöhung von Entgelten oder Gebühren ihr Girokonto im bisherigen vertragsgemäßen Umfang weitergenutzt, liegt allein darin keine konkludente Annahme des Angebots der Beklagten.

Ob ein schlüssiges Verhalten als konkludente Willenserklärung zu werten ist, bestimmt sich nach ständiger Rechtsprechung danach, wie das Verhalten objektiv aus der Sicht eines Erklärungsempfängers zu verstehen ist (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 213/20 –, Rn. 10, juris m.w.N., Urteil vom 14. Oktober 2020 – VIII ZR 318/19 –, Rn. 32, juris). Aus der objektiven Sicht der Beklagten war die schlichte Weiternutzung des Girokontos im bisherigen Umfang nicht als Annahme ihres Änderungsangebotes zu deuten. Zum einen nahmen die Verbraucher mit der Weiternutzung ihres Kontos nämlich bloß ihre vertraglichen Rechte in Anspruch (Rodi, ZIP 2022, 1583, 1484). Ihr Verhalten unterschied sich äußerlich nicht von dem Verhalten, das bei einer – wegen der Unwirksamkeit der Zustimmungsfiktionsklausel rechtlich nicht gebotenen – ausdrücklichen Ablehnung der Vertragsänderung zu erwarten gewesen wäre. Zum anderen konnte die Beklagte dem Verhalten ihrer Kunden insoweit keinerlei Erklärungswert beimessen, weil beide Seiten davon ausgingen, dass aufgrund der vermeintlich wirksamen Zustimmungsfiktion die Zustimmung zur Vertragsänderung fingiert wird und ein weiteres rechtsgeschäftliches Handeln der Verbraucher gerade nicht erforderlich ist (Casper, ZIP 2021, 2361, 2362; Rodi, ZIP 2022, 1583, 1584; Schultess, NJW 2022, 431, 432; Schultess, VersR 2022, 822, 825).

In vergleichbaren Konstellationen hat der Bundesgerichtshof auch wiederholt angenommen, dass es an dem für eine konkludente Willenserklärung erforderlichen Erklärungsbewusstsein fehlt, wenn der handelnde Teil von einem bereits bestehenden wirksamen Vertrag ausgeht (BGH, Urteil vom 16. September 2021 – IX ZR 213/20 –, Rn. 12, juris; Urteil vom 24. Februar 2016 – XII ZR 5/15 –, BGHZ 209, 105-120, Rn. 38).

VI.

Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 6.** schon im Hauptantrag zulässig und begründet.

1. Zwar ist der Einwand der Beklagten zutreffend, dass sich der Senat bei der Behandlung der Feststellungsziele 3. bis 5. schon mit der ergänzenden Vertragsauslegung auseinandergesetzt

hat. Eine Überschneidung/Überlappung ist jedoch aus Gründen der Klarstellung teilweise notwendig und damit zulässig. Wie oben (B.I.1.b.) ausgeführt, ist maßgeblich auf die Perspektive der angemeldeten Verbraucher abzustellen. Denn Sinn und Zweck der Musterfeststellungsklage ist es, deren Individualprozesse vorzubereiten, an deren Führung die Verbraucher sonst wegen des unverhältnismäßigen Aufwandes kein Interesse hätten (rationales Desinteresse, vgl. BT-Drs.19/2439, S. 14). Aus Sicht der betroffenen Verbraucher verschiebt sich die dieser Annahme zugrundeliegende Kosten-Nutzen-Rechnung jedoch nur dann zugunsten der Verbraucher, wenn die mit der Geltendmachung der Individualansprüche gegen die Beklagte verbundenen prozessualen Risiken möglichst weitgehend und sicher minimiert werden. Hinzu kommt, dass viele Verbraucher angesichts der im jeweiligen Einzelfall vergleichsweise geringen Höhe der überzahlten Entgelte bei der Prüfung, ob ein Individualprozess angestrebt und hiermit kostenpflichtig ein Rechtsanwalt beauftragt werden soll, häufig rechtlich unvertreten sein werden. Dies erfordert nach Auffassung des Senats eine auch für juristische Laien klare und übersichtliche gerichtliche Bescheidung der Kernfragen, die im Fall einer gestuften Inzidentprüfung häufig nicht mehr gegeben ist. Für das Gericht besteht insoweit auch kein nicht zu rechtfertigender doppelter Begründungsaufwand. Auch für die Beklagte bedarf es keines weiteren Schutzes, wie dies zum Beispiel bei der Frage der doppelten Rechtshängigkeit, die eine Identität des Streitgegenstands voraussetzt (Zöller/Greger, ZPO, 35. Auflage 2024, § 261 Rn. 9), der Fall ist. Höhere Kosten fallen bei einer solchen Überschneidung nicht an.

2. Der Antrag ist begründet. Die mit den Verbrauchern geschlossenen Verträge sind nach Auffassung des Senats nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung dahingehend auszulegen, dass der Verbraucher die Unwirksamkeit derjenigen Entgelterhöhungen, die das bei Vertragsschluss ursprünglich vereinbarte Entgelt übersteigen, nicht geltend machen kann, wenn er ihr nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren ab Zugang des Rechnungsabschlusses, in dem das geänderte Gebührenmodell erstmals zur Anwendung kam, beanstandet hat.

a) Der VIII. Senat des Bundesgerichtshofs hat in Fällen, in denen eine formularmäßig vereinbarte Preisänderungsklausel in Energielieferverträgen unwirksam war, angenommen, dass ein Gläubiger die Unwirksamkeit derjenigen Preiserhöhungen, die zu einem den vereinbarten Anfangspreis übersteigenden Preis führen, nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 21). Der Bundesgerichtshof hat sich dabei auf eine ergänzende Vertragsauslegung des Versorgungsvertrages gestützt.

Der Versorgungsvertrag weise aufgrund der unwirksamen Preisänderungsklausel eine regelungsbedürftige Lücke auf. Die Vertragsparteien seien sich bei Vertragsschluss einig gewesen, dass der vereinbarte (Anfangs-)Preis nur zu Beginn des Versorgungsverhältnisses gelten und bei späteren Änderungen der allgemeinen Tarife ein anderer Preis geschuldet sein sollte. Denn die Aufnahme eines Preisänderungsrechts zeige den Willen der Parteien, dass der Kunde - und nicht das Versorgungsunternehmen - Preisänderungen tragen solle, die etwa auf Veränderungen der Brennstoffbezugskosten oder der Lohn- und Materialkosten zurückgehen. Aus der Aufnahme einer Preisänderungsklausel bei Vertragsschluss werde deutlich, dass sich die Parteien von dem lebensnahen Bewusstsein haben leiten lassen, dass Preisänderungen im Laufe des auf unbestimmte Zeit angelegten Bezugsverhältnisses zu erwarten seien und deshalb der Gefahr einer zukünftigen Äquivalenzstörung in angemessener Weise zu begegnen sei (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 20).

Es läge eine nicht mehr hinnehmbare Störung des Vertragsgefüges vor, wenn es sich um ein langjähriges Versorgungsverhältnis handele, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen habe und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend mache. In diesen Fällen könne die vertraglich vorgesehene, nur in die Zukunft wirkende Kündigungsmöglichkeit des Energieversorgungsunternehmens die Regelungslücke im Vertrag nicht in einer für beide Seiten zumutbaren Weise schließen. Denn bevor der Kunde Widerspruch erhoben oder Zahlungen nur noch unter Vorbehalt geleistet habe, hätte das Energieversorgungsunternehmen keinen Anlass gehabt, das bis dahin praktizierte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung in Frage gestellt zu sehen und dementsprechend das Versorgungsverhältnis zu kündigen (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 23).

Bei langfristigen Vertragsverhältnissen, insbesondere solchen, die auf Leistungsaustausch gerichtet sind, bestehe ein anerkennenswertes Bedürfnis, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. Diesem Bedürfnis liefe es zuwider, wenn bei einem Energielieferungsvertrag mit langer Laufzeit die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen rückwirkend ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden könnte. Denn dies hätte zur Folge, dass der Energieversorger ohne Rücksicht auf Schwankungen seiner eigenen Bezugspreise für die gesamte Vertragslaufzeit nur den ursprünglich vereinbarten Preis beanspruchen könnte. Angesichts der Entwicklung der Energiepreise entstünde dadurch bei langfristigen Versorgungsverträgen regelmäßig ein gravierendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung. Dies wäre unbillig und würde dem Kunden einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn verschaffen. Dies entspräche auch nicht dem objektiv zu

ermittelnden hypothetischen Parteiwillen (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 26).

Bei der Beurteilung, welche Regelung als angemessener Interessenausgleich anzusehen ist, dürfe auch der mit dem Energiewirtschaftsrecht verfolgte Zweck einer möglichst sicheren und preisgünstigen Energieversorgung (§ 1 EnWG) nicht unberücksichtigt bleiben. Das Ziel der Preisgünstigkeit sei nicht nur auf die möglichst billige Energieversorgung der Endkunden ausgerichtet. Zu berücksichtigen seien zugleich die insbesondere durch die Kostenstruktur geprägte individuelle Leistungsfähigkeit der Versorgungsunternehmen sowie die Notwendigkeit, die Investitionskraft und die Investitionsbereitschaft zu erhalten und angemessene Erträge zu erwirtschaften. Versorgungssicherheit habe auch einen ökonomischen Aspekt, als die nötigen Finanzmittel für die Unterhaltung von Reservekapazitäten, für Wartungsarbeiten, Reparaturen, Erneuerungs- und Ersatzinvestitionen bereitstehen und sich durch auskömmliche Versorgungsentgelte erwirtschaftet lassen müssen (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 27 - 29).

Für die ergänzende Vertragsauslegung sei zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der verwendeten Preisänderungsklausel jedenfalls unsicher war (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 24). Die Bestimmung einer Frist, innerhalb derer der Kunde die Preiserhöhung beanstanden muss, um sich auf ihre Unwirksamkeit berufen zu können, trage den Interessen beider Parteien Rechnung. Ein Gasliefervertrag sei ein Dauerschuldverhältnis, bei dem ein besonderes Bedürfnis danach bestehe, dass gegenseitige Ansprüche zeitnah geltend gemacht werden und sich nicht durch verspätete Geltendmachung aufsummieren. Zudem handele es sich um ein Schuldverhältnis mit einer Vielzahl von Kunden und damit auch einer Vielzahl von Abrechnungsvorgängen, die Jahr für Jahr aufeinander aufbauen. Die in diesen Jahresabrechnungen enthaltenen Preiserhöhungen dürften daher nicht unvertretbar lange mit Unsicherheiten behaftet sein. Es sei vielmehr erforderlich, dass die sich für beide Seiten stellende Frage, ob eine bestimmte Preiserhöhung Bestand hat oder nicht, ohne größere praktische Schwierigkeiten beantwortet werden kann. Damit werde dem Versorger eine verlässliche Basis für seine (Kosten-)Kalkulationen geschaffen, während der Verbraucher wisse, mit welchen Kosten er zu rechnen hat, um hiernach sein Verbrauchsverhalten und gegebenenfalls auch die Wahl des Energieversorgers auszurichten (BGH, Urteil vom 14. März 2012 – VIII ZR 113/11 –, BGHZ 192, 372-384, Rn. 31). Die Lückenschließung durch ergänzende Vertragsauslegung bedeute, dass der Preis, der an die Stelle des Anfangspreises getreten ist, nunmehr als vereinbart gelte und für sämtliche Rückforde-

rungen des Kunden oder Nachforderungen des Energieversorgungsunternehmens maßgeblich sei (BGH, Urteil vom 15. April 2015 – VIII ZR 59/14 –, BGHZ 205, 43-63, Rn. 27).

Der Bundesgerichtshof sieht diese Rechtsprechung im Einklang mit den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen. Die von ihm vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung sei von der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener Klauseln, die Art. 6 Abs. 1 der Klausel-Richtlinie in gleicher Weise missbillige wie das nationale Recht in § 306 Abs. 1 und 2 BGB zu unterscheiden und unterlaufe nicht das nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mit der Richtlinie verfolgte Ziel, der Verwendung missbräuchlicher Klauseln ein Ende zu setzen. Mit der ergänzenden Vertragsauslegung werde ein dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien widersprechendes untragbares Ergebnis vermieden und im Einklang mit den - vom Gerichtshof ausdrücklich hervorgehobenen (Urteil vom 29. November 2011 - C-453/10, NJW 2012, 1781 Rn. 31 - Pereničová und Perenič) - Zielsetzungen der Klausel-Richtlinie die nach dem Vertrag bestehende formale Ausgewogenheit der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter Berücksichtigung ihrer beiden Interessen durch eine materielle Ausgewogenheit ersetzt und so ihre Gleichheit wiederhergestellt. Anderenfalls könnte sich der Energieversorger in derart gelagerten Fällen darauf berufen, dass die Versorgung des Kunden zu dem Ausgangspreis für ihn eine unzumutbare Härte darstellt, wenn der bei einem lange Zeit zurückliegenden Vertragsabschluss vereinbarte Preis seit vielen Jahren nicht mehr kostendeckend ist. Dies hätte indes gemäß § 306 Abs. 3 BGB die Unwirksamkeit des gesamten Liefervertrages zur Folge, so dass das Vertragsverhältnis für die Vergangenheit nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln wäre, bei dem die materielle Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen allerdings nicht in dem gleichen Maße sichergestellt wäre wie bei der ergänzenden Vertragsauslegung. Vielmehr hätte die Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 306 Abs. 3 BGB für den Kunden erhebliche Nachteile (BGH, Urteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 79/15 –, BGHZ 209, 337-358, Rn. 23 - 24)

Das nationale Gericht sei – wie sich aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Kásler und Káslerné Rábai (Urteil vom 30. April 2014 - C-26/13, aaO Rn. 80, 82) ergebe – nicht daran gehindert, die missbräuchlichen Klauseln wegfallen zu lassen und sie in Anwendung vertragsrechtlicher Grundsätze durch eine dispositive Vorschrift des nationalen Rechts zu ersetzen. Hierzu gehöre auch die Möglichkeit der Lückenfüllung durch ergänzende Vertragsauslegung, falls dispositives Gesetzesrecht im Sinne konkreter materiell-rechtlicher Regelungen nicht zur Verfügung stehe (BGH, Urteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 79/15 –, BGHZ 209, 337-358, Rn. 28 -29).

Dieser Ansatz füge sich auch in die nachfolgend konkretisierte Rechtsprechung des Gerichtshofs

(Urteile vom 30. April 2014 - C-26/13, aaO Rn. 80, 83 f. - Kásler und Káslerné Rábai; vom 21. Januar 2015 - C-482/13 u.a., aaO Rn. 33 - Unicaja Banco; Beschluss vom 8. Juli 2015 - C-90/14, Rn. 38 - Banco Grupo Cajatres) ein, die es dem nationalen Gericht ausdrücklich zubillige, eine missbräuchliche Klausel durch eine vertragsrechtliche Regelung des dispositiven nationalen Rechts zu ersetzen, wenn die Ersetzung mit dem genannten Ziel der Klausel-Richtlinie, nämlich ein tatsächliches Gleichgewicht der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien wiederherzustellen, in Einklang steht, sofern die Ungültigerklärung der missbräuchlichen Klausel das Gericht andernfalls verpflichten würde, den Vertrag mit nachteiligen Konsequenzen für den Verbraucher insgesamt für nichtig zu erklären (BGH, Urteil vom 6. April 2016 – VIII ZR 79/15 –, BGHZ 209, 337-358, Rn. 30).

An dieser Rechtsprechung hält der VIII. Zivilsenat bis heute in ständiger Rechtsprechung fest (BGH, Urteil vom 27. September 2023 – VIII ZR 263/22 –, juris, Rn. 50, juris; Urteil vom 10. März 2021 – VIII ZR 200/18 –, Rn. 29, juris; Urteil vom 28. Oktober 2015 – VIII ZR 158/11 –, BGHZ 207, 209-246, Rn. 86 – 87; vom 25. März 2015 - VIII ZR 360/13, juris Rn. 33 j.m.w.N.) und sieht diese auch weiterhin im Einklang mit dem Europarecht (BGH, Urteil vom 1. Juni 2022 – VIII ZR 287/20 –, BGHZ 233, 339-372, Rn. 45 ff.).

b) Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat die Anwendbarkeit dieser „Dreijahreslösung“ auf unwirksame Prämienanpassungen in der privaten Krankenversicherung mangels Vergleichbarkeit der Fallgestaltungen abgelehnt, weil es nicht darum gehe, die Gesamtnichtigkeit eines Vertrages im Interesse beider Vertragsteile zu vermeiden (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2018 – IV ZR 255/17 –, BGHZ 220, 297-323, Rn. 23). Eine nähere Begründung lässt sich der genannten Entscheidung nicht entnehmen. Die Vorinstanz hatte insoweit zur Begründung ausgeführt, dass anders als bei Energielieferungsverträgen bei Versicherungsverträgen der Krankenversicherung nicht ein ständiger vollwertiger Austausch von Leistungen erfolge, dessen Verhältnis im Gleichgewicht zu halten sei. Der Versicherer habe im Gegenzug zur Versicherungsprämie neben der Abdeckung des Risikos als zentralen Leistungsbestandteil die Kosten des Versicherungsfalls zu übernehmen. Die Versicherungsbeiträge richteten sich nach dem Versicherungsumfang und seien somit - anders als bei den Energielieferungsverträgen - unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Versicherungsnehmer in dem jeweiligen Versicherungsjahr Leistungen der Versicherung in Anspruch nehme (LG Potsdam, Urteil vom 27. September 2017 – 6 S 80/16 –, Rn. 61, juris).

Ergänzend wird auch darauf hingewiesen, dass ein wesentlicher Unterschied darin liege, dass dem Versicherer kein ordentliches Kündigungsrecht zustehe und es sich insoweit nur um die Fol-

gen einer unwirksamen Einzelerhöhung und nicht der Unwirksamkeit des Anpassungsmechanismus gehe (vgl. Grigoleit, WM 2023, 697, 706)

c) Ob diese Dreijahres-Rechtsprechung auf die Unwirksamkeit des vorliegenden Anpassungsmechanismus übertragbar ist, wird unterschiedlich beurteilt.

aa) Verbreitet wird dies angenommen (AG Hamburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 – 12 C 30/22 –, Rn. 23, juris; AG Steinfurt, Urteil vom 4. Mai 2022 – 21 C 825/21 –, Rn. 10, juris; Orlow, NJW 2021, 2243 Rn. 32, beck-online; Grigoleit, WM 2023, 697, 705):

Die Rechtsprechung zu den Energielieferungsverträgen sei ohne weiteres übertragbar, weil Zahlungsdiensterahmenverträge wie Energieversorgungsverträge einen langfristigen Charakter aufwiesen und im Massengeschäft verwendet würden (AG Hamburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 – 12 C 30/22 –, Rn. 23, juris; Orlow, NJW 2021, 2243 Rn. 32, beck-online). Auch das Bankrecht sei von der Zielsetzung durchtränkt, Versorgungssicherheit durch ein stabiles Finanzsystem zu gewährleisten. Zu verweisen sei insofern u.a. auf den Zweck der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde, die Ausrichtung der Deutschen Bundesbank auf die Sicherung der Finanzstabilität (§ 1 FinStabG), die Existenz eines Ausschusses für Finanzstabilität (§ 2 FinStabG) sowie im Sonderfall der Sparkassen deren landesgesetzliche Verpflichtung auf die Gewährleistung von Versorgungssicherheit (Orlow, NJW 2021, 2243 Rn. 32, beck-online). Es bestehe auch hier ein Bedürfnis das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer in einem Gleichgewicht zu halten (AG Hamburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 – 12 C 30/22 –, Rn. 23, juris). Auch für Banken hingen die mit der Erbringung ihrer Dienstleistungen verbundenen Kosten weitgehend von externen Faktoren wie etwa der Erfüllung gesetzlicher und aufsichtsbehördlicher Anforderungen ab (Vogel, ZBB 2021, 312, 323). Auch diese seien externen, zu Preisschwankungen führenden Faktoren unterworfen (AG Hamburg, Urteil vom 14. Oktober 2022 – 12 C 30/22 –, Rn. 23, juris).

Im Gegensatz zur Unwirksamkeit einer einseitigen Prämienanpassung in der privaten Krankenversicherung gehe es auch hier um die Folgen der Kassation eines Anpassungsmechanismus nach Maßgabe der AGB-rechtlichen Generalklausel. Bei den Krankenversicherungsverträgen komme daher eine Gesamtunwirksamkeit des Vertrages nach § 306 Abs. 3 BGB von vornherein nicht in Betracht. Einer Gesamtunwirksamkeit stehe dort auch entgegen, dass der Krankenversicherungsertrag gerade darauf abziele, das potenziell ruinöse Krankheitsrisiko der versicherten Person dauerhaft abzusichern, was im Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Versicherers in § 203 Abs. 2 VVG zum Ausdruck komme (Grigoleit, WM 2023, 697, 706).

Eine solche Rückschlagsperre sei auch Interesse beider Parteien. Sie wirke nicht nur einseitig zu Lasten des Kunden (Entgelterhöhungen), sondern beträfe auch Vertragsänderungen zu seinen Gunsten (Änderung von Haftungsklauseln, Leistungserweiterungen) sowie neue Anpassungen des Vertragsinhaltes an Gesetzesänderungen und technische Änderungen. Anderenfalls wären diese Änderungen auch unwirksam, wenn sie lange Zeit zurückliegen, so dass auch Leistungsbestandteile und Umsetzungen gesetzlicher Neuregelungen zugunsten des Kunden wegfielen bzw. bereicherungsrechtlich auszugleichen wären. So müsste die Bank die rechtsgrundlos eingeräumte E-Geld-Funktion der Debitkarte oder die SCT Inst sofort einstellen (Herresthal, ZHR 186 (2022), 373, 400).

bb) Die Gegenansicht verneint die Übertragbarkeit der Dreijahresrechtsprechung (LG Trier, Urteil vom 25. November 2022 – 1 S 69/22 –, Rn. 69, juris, die Revision vor dem BGH - XI ZR 336/22 - ist zurückgenommen worden; AG Neuss, Urteil vom 24. Februar 2022 – 75 C 2027/21 –, Rn. 90, juris; AG Köln, Urteil vom 8. September 2022 – 140 C 353/21 –, Rn. 21, juris; Schultess, VersR 2022, 822; Staudinger/Rodi (2022) Anh zu §§ 305-310 Rn F 1, Rn. F 148e; wohl auch Casper, ZIP 2021, 2361):

Es finde kein ständiger vollwertiger Ausgleich von Leistungen statt, dessen Verhältnis im Gleichgewicht zu halten sei. Die monatlich zu entrichtende Kontoführungsgebühr folge in ihrer Höhe nicht aus dem Umfang der Kontoinanspruchnahme (LG Trier, Urteil vom 25. November 2022 – 1 S 69/22 –, Rn. 70, juris; AG Neuss, Urteil vom 24. Februar 2022 – 75 C 2027/21 –, Rn. 90, juris; Schultess, VersR 2022, 822, 825). Die Versorgungssicherheit der Bevölkerung sei auch nicht gefährdet. Die Kosten der Führung eines Kontos unterlägen anders als Energiepreise gerade nicht erheblichen Weltmarktschwankungen, die aus Gründen der Versorgungssicherheit an den Endabnehmer weitergereicht werden müssten (Schultess, VersR 2022, 822, 825; Casper, ZIP 2021, 2361, 2363). Die Drei-Jahres-Lösung sei nicht zufällig im Kontext von Energieversorgungsverträgen entwickelt worden, denn sie träge dort dem maßgeblich prägenden Umstand Rechnung, dass Energiepreise erheblichen (Welt-)Marktschwankungen unterlägen und aus Gründen der Versorgungssicherheit deshalb die Möglichkeit bestehen müsse, diese Erhöhungen an den Endabnehmer weiter zu reichen (LG Trier, Urteil vom 25. November 2022 – 1 S 69/22 –, Rn. 73, juris; ähnlich auch AG Köln, Urteil vom 8. September 2022 – 140 C 353/21 –, Rn. 21, juris). Ein etwaiger Zusammenhang zwischen der Preisgestaltung der Banken bei der Kontenführung mit der schwankenden Entwicklung am Zinsmarkt sei allenfalls mittelbarer Natur (Casper, ZIP 2021, 2361, 2364). Die Versorgungssicherheit bzw. ein stabiles Finanzsystem sei auch nicht bedroht, wenn Konten unentgeltlich geführt werden, da Kontoführungsgebühren nicht die einzige oder

hauptsächliche Einnahmequelle von Banken darstellten. So habe die BaFin (abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsmittelung/2021/aufsichtsmittelung_211026_Urteil_BGH_zu_AGB.html) selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl der Betroffenen die Erwartungshaltung an die Kreditwirtschaft ausgesprochen, zu Unrecht erhobene Gebühren und Entgelte umgehend zu erstatten. Darüber hinaus gehe die BaFin davon aus, dass für die vor und nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27. April 2021 aufgrund des unwirksamen AGB-Änderungsmechanismus unrechtmäßig erhobenen Entgelte Rückstellungen auf Basis der erwarteten Inanspruchnahme gebildet werden, um die Finanz- und Ertragslage ihres Instituts korrekt in der Bilanzierung auszuweisen. Ausweislich der vorgenannten Aufsichtsmittelung der BaFin - deren Hauptziel es sei, eben das funktionsfähige, stabile und integre Finanzsystem zu gewährleisten - scheine aber gerade die Bankenaufsicht nicht davon auszugehen, dass Motive der Finanzstabilität den Rückzahlungsansprüchen schon dem Grunde nach entgegenstehen könnten (LG Trier, Urteil vom 25. November 2022 – 1 S 69/22 –, Rn. 77 - 78, juris).

Eine zu vermeidende Gesamtnichtigkeit des Vertrages stehe nicht im Raum. Es bestehe keine durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließende Regelungslücke. Die unwirksamen Zustimmungsfiktionsklauseln fänden allein zum Zweck der Verfahrenserleichterung Verwendung und berührten die inhaltliche Vertragsdurchführung nicht (Schultess, VersR 2022, 822, 825; wohl auch Staudinger/Rodi (2022) Anh zu §§ 305-310 Rn F 1, Rn. F 148e).

cc) Teilweise werden Zweifel an der Vereinbarkeit der ergänzenden Vertragsauslegung mit dem Unionsrecht geltend gemacht (Schultess NJW 2022, 431, 434 m.w.N.; wohl auch BeckOGK/Bonin, § 306 Rn. 98 f; Graf von Westphalen, EuZW 2019, 121; Wittebol/Choi WM 2021, 1734; Graf von Westphalen, BB 2019, 67; Fervers/Gsell NJW 2019, 2569).

d) Nach Auffassung des Senats ist die dargestellte Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats auf die vorliegende Konstellation nicht übertragbar.

Anders als bei der Unwirksamkeit von Preisanpassungsklausel in Energielieferungsverträgen kann allein aus der Existenz der streitbefangenen Klausel nicht der Schluss gezogen werden, dass Kostensteigerungen in jedem Fall ohne weiteres von den Kunden der Beklagten zu tragen seien. Während nämlich die Preisanpassungsklausel in den Energielieferverträgen unmittelbar den Preis selbst betraf und damit deutlich machte, dass dieser volatil ist, fingiert die vorliegende Klausel die Zustimmung zu einer unter Umständen schrankenlosen Änderung der Hauptleistung

und auch des gesamten Vertragsverhältnisses. Hier liegt es für den Kunden nicht ohne weiteres auf der Hand, dass der vereinbarte Preis volatil sein soll.

Darüber hinaus liegt auch keine vergleichbare Interessenlage vor. Die sog. Dreijahresrechtsprechung ist vom Bundesgerichtshof zu Energieversorgungsverträgen entwickelt worden und trägt primär den dortigen Besonderheiten Rechnung. Die Energieversorgungsverträge sind nämlich – auch für den betreffenden Kunden erkennbar – dadurch geprägt, dass die Kosten des Energieversorgers in besonders starker und für den Energieversorger nur bedingt beeinflussbarer Weise von den erheblichen Schwankungen der Weltrohstoffmärkte abhängen und deshalb im Interesse der Versorgungssicherheit und damit auch im Interesse der Kunden ein unabweisbares Bedürfnis dafür besteht, Kostensteigerungen an diese weiterzugeben. Eine vergleichbare Konstellation liegt im Falle der Beklagten nicht vor. Es ist weder erkennbar noch konkret dargetan, dass die Kosten der Beklagten für das Girogeschäft in vergleichbarer Weise erheblichen externen Schwankungen unterliegen und aus Gründen der Versorgungssicherheit der Bevölkerung durch ein stabiles Finanzsystem diese Kostenänderungen an die Endkunden weitergegeben werden müssen. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Girogeschäft der Beklagten, wie auch bei anderen Banken und Sparkassen, nur um eines ihrer Geschäftsfelder handelt und die Beklagte, wie sie es auch selbst darstellt, ihre Kostenstrukturen selbst beeinflussen kann.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Stabilität des Finanzsystems dadurch gefährdet sein könnte, dass die Beklagte und andere Kreditinstitute Entgelte, die sie aufgrund dieser oder ähnlicher Klauseln vereinnahmt haben, erstatten müssen. Zu Recht verweist das Landgericht Trier insoweit auf die von ihm zitierte Aufsichtsmitteilung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die eine Gefährdung der Finanzstabilität fernliegend erscheinen lässt.

Wenngleich der Bundesgerichtshof zu Recht betont, dass gerade bei langfristigen Austauschverhältnissen ein anerkennenswertes Bedürfnis besteht, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten, kann der dargestellten Rechtsprechung kein allgemeiner Grundsatz entnommen werden, dass vermeintliche Äquivalenzstörungen, die nachträglich dadurch entstehen, dass sich Allgemeine Geschäftsbedingungen als unwirksam erweisen, stets oder im Regelfall im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu vermeiden seien. Vielmehr trägt das Risiko derartiger Störungen grundsätzlich der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der das Risiko mit seiner Vertragsgestaltung geschaffen und übernommen hat.

Der Musterfeststellungsklage bleibt hinsichtlich des **Feststellungsziels zu 7.** sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag der Erfolg versagt.

1. Der Hauptantrag ist zulässig.

a) Die Änderung für diesen Antrag (Konkretisierung und sprachliche Anpassung) in der mündlichen Verhandlung war sachdienlich. Sie nimmt ebenfalls lediglich den zuvor in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis des Senats (§ 610 Abs. 4 ZPO a.F.) auf und ist deshalb gemäß §§ 610 Abs. 5 Satz 1, 263 ZPO zulässig.

b) Die klägerseits begehrte Feststellung ist ein taugliches Feststellungsziel im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Tatsachen und Rechtsfragen zu einzelnen Verjährungsfragen nur dann Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein, wenn es sich um verallgemeinerungsfähige Tatsachen oder Rechtsfragen handelt. Denn nur dann lässt sich das Ziel der Musterfeststellungsklage erreichen, die in den einzelnen Feststellungszielen unterbreiteten Fragen einheitlich mit "Breitenwirkung" zu klären und gemäß § 613 Abs. 1 ZPO a.F. Bindungswirkung für die Gerichte herzustellen, die über die Individualansprüche der angemeldeten Verbraucher zu entscheiden haben. Dazu müssen die festzustellenden Tatsachen einen generellen Subsumtionsschluss unter ein Tatbestandsmerkmal zulassen. Lässt sich die Frage nur individuell für jeden Verbraucher gesondert beantworten, ist diese nicht verallgemeinerungsfähig (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 111 – 112). Als verallgemeinerungsfähig und damit feststellungsfähig angesehen hat der Bundesgerichtshof insoweit die Fälligkeit eines Anspruchs, die Voraussetzung für die Einrede der Verjährung ist (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 63). Nicht verallgemeinerungsfähig war hingegen die begehrte Feststellung, dass allein durch die Kenntnis der Höhe der tatsächlich vorgenommenen Zinsgutschrift im Sparbuch keine grob fahrlässige Unkenntnis oder Kenntnis der tatsächlichen Grundlagen, anhand derer die Höhe des tatsächlich zu kapitalisierenden Zinsbetrages zu ermitteln war, begründet wurde (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 111 – 112; der Antrag ist abgedruckt in OLG Dresden, Urteil vom 22. April 2020 – 5 MK 1/19 –, Rn. 20, juris).

Die klägerseits aufgeworfene Rechtsfrage ist verallgemeinerungsfähig. Ausgehend von seinem

Verständnis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, wonach der Beginn der Verjährung von Restitutionsansprüchen der Verbraucher Rechtskenntnis von der Unwirksamkeit einer missbräuchlichen Klausel erfordert, zielt der Antrag des Klägers darauf ab, in abstrakt-genereller Weise zu klären, welche rechtlichen Anforderungen nach § 199 Abs. 1 BGB in subjektiver Hinsicht an den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist zu stellen sind. Diese Frage lässt sich ohne Rückgriff auf die Umstände des Einzelfalles allgemein beantworten.

c) Entgegen der Ansicht Beklagten ist der Antrag auch nicht deshalb unzulässig, weil der Kläger nicht dargelegt und glaubhaft gemacht hat, dass sich die Beklagte gegenüber zehn Verbrauchern auf die Einrede der Verjährung berufen hat.

Wie bereits dargelegt, geht der Senat davon aus, dass auch potenzielle Einwendungen und Einreden zulässigerweise Gegenstand einer Musterfeststellungsklage sein können und ein Feststellungsinteresse in derartigen Konstellationen gegeben ist, wenn es nach Würdigung aller Umstände naheliegend erscheint, dass sich der Unternehmer in den Folgeverfahren auf diese berufen wird. So verhält es sich auch hier. Es ist nach Auffassung des Senats mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Beklagte die Einrede der Verjährung erheben wird, sollte sie mit der Berufung auf eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne der Dreijahreslösung keinen Erfolg haben, weil diese – so die Auffassung des Senats – bereits generell nicht in der Betrachtung kommt oder im Einzelfall ausscheidet, weil der betroffene Verbraucher der Erhöhung von Entgelten und Gebühren innerhalb des maßgeblichen Zeitraums widersprochen hat. Die Erhebung der Einrede der Verjährung stellt dann nämlich – aus Sicht der Beklagten – ein vernünftiges und wirtschaftliches Verhalten dar, um die finanzielle Belastung mit bereicherungsrechtlichen Ansprüchen möglichst gering zu halten.

Es ist auch hinreichend glaubhaft gemacht, dass mindestens zehn Verbraucherrechtsverhältnisse von der Einrede der Verjährung betroffen sein können. Die dreijährige Regelverjährungsfrist (§ 195 BGB) ist nämlich in mindestens zehn Fällen bereits abgelaufen und der Verjährungstatbestand damit erfüllt. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt gemäß § 199 Abs. 1 BGB grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Von der Umstellung der Kontenmodelle zum 01. Dezember 2016 waren – wie bereits ausgeführt – mindestens zehn Verbraucher in der Weise betroffen, dass sich die von ihnen zu entrichtenden Entgelte und Gebühren für die Nutzung ihrer Girokonten erhöht haben. Von der Belastung mit den erhöhten Entgelten und Gebühren hatten oder hätten die Verbraucher Anfang des Jahres 2017 nach Zugang des Rechnungsabschlusses

für das letzte Quartal 2016 Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müssen, so dass die Verjährungsfrist mit Schluss des Jahres 2017 anließ.

2. Der Hauptantrag ist jedoch unbegründet.

Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist setzt nicht voraus, dass der Verbraucher auch Kenntnis von der Unwirksamkeit der streitbefangenen Klausel hatte oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte haben müssen.

a) Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Dabei bezieht sich die Kenntnis oder das Kennenmüssen grundsätzlich allein auf die tatsächlichen Umstände, mithin den Lebenssachverhalt, der die Grundlage des Anspruchs bildet. Das Risiko der fehlerhaften rechtlichen Bewertung des Sachverhalts trägt grundsätzlich der Anspruchsinhaber. Nicht erforderlich ist also, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse gezogen hat (BGH, Urteil vom 17. November 2021 – IV ZR 113/20 –, BGHZ 232, 31-46, Rn. 43; Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 8 f., juris; Beschluss vom 16. Dezember 2015 – XII ZB 516/14 –, BGHZ 208, 210-227, Rn. 39). Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn aber hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGH, Urteil vom 17. November 2021 – IV ZR 113/20 –, BGHZ 232, 31-46, Rn. 43). Dasselbe gilt, wenn der Durchsetzung des Anspruchs eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 12, juris, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 35).

Für bereicherungsrechtliche Ansprüche heißt dies konkret, dass es nicht der Kenntnis oder des Kennenmüssens von der Rechtsgrundlosigkeit bedarf, sondern nur der Tatsachen, aus denen sich die Rechtsgrundlosigkeit ergibt (BGH, Urteil vom 17. November 2021 – IV ZR 113/20 –, BGHZ 232, 31-46, Rn. 47; Urteil vom 21. Februar 2018 – IV ZR 385/16 –, Rn. 15, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 35; BeckOGK/Piekenbrock, 1.11.2023, BGB § 199 Rn. 101 m.w.N.).

b) Entgegen der Ansicht des Klägers erfordert auch das auch das europarechtliche Effektivitätsgebot keine abweichende Beurteilung.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist es mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften nach dem Grundsatz der Verfahrensautonomie Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes Mitgliedsstaats das Verfahren für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, zu regeln. Dabei dürfen diese Verfahren jedoch nicht weniger günstig gestaltet sein als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (Äquivalenzgrundsatz), und die Ausübung der durch das Unionsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz) (EuGH, Urteil vom 10. Juni 2021, C-776/19 bis C-782/19, Rn. 27; Urteil vom 22. April 2021, C-485/19, Rn. 52 jeweils m.w.N.).

Der Gerichtshof hat wiederholt betont, dass der Verbraucherschutz keine absolute Geltung hat und dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 93/13 stehen nach ständiger Rechtsprechung einer nationalen Regelung nicht entgegen, die eine Klage, mit der die Restitutionswirkungen aufgrund einer missbräuchlichen Klausel geltend gemacht werden sollen, einer Verjährungsfrist unterwirft, sofern die Regelung die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität einhält (Urteil vom 22. April 2021, C-485/19, Rn. 52 jeweils m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Verjährungsfrist von drei Jahren grundsätzlich ausreichend und für sich genommen mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist (EuGH, Urteil vom 22. April 2021 – C-485/19 –, Rn. 59, juris Urteil vom 16. Juli 2020 – C-224/19 und C-259/19 –, Rn. 87, juris; Urteil vom 9. Juli 2020 – C-698/18 und C-699/18 –, Rn. 64, juris).

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Verjährungsfrist darüber hinaus nur dann mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar, wenn der Verbraucher die Möglichkeit hatte, von seinen Rechten Kenntnis zu nehmen, bevor diese Frist zu laufen beginnt oder abgelaufen ist (EuGH, Urteil vom 10. Juni 2021, C-776/19 bis C-782/19, Rn. 46 m.w.N.). Entgegen der Ansicht des Klägers und einer vereinzelt auch in der Literatur vertretenen Ansicht ist die Möglichkeit zur Kenntnisnahme (im Englischen: the opportunity to become aware of his or her rights before; im Französischen: a eu la possibilité de connaître ses droits; im Spanischen: pudo conocer sus derechos) offenkundig im Sinne eines acte clair nicht gleichzusetzen mit der Kenntnis von der Unwirksamkeit der Klausel (Herresthal, ZHR 86 (2022), 373, 405 f.).

Etwas Anderes lässt sich auch nicht aus den klägerseits zitierten Entscheidungen des Gerichtshofs, insbesondere seinem Urteil vom 08. September 2022 (C-80/21 bis C-82/21, C-80/21, C-81/21, C-82/81) entnehmen. Der Gerichtshof stellt dort keine neuen Grundsätze für den Verjährungsbeginn auf, sondern rekurriert allein auf die schon bekannte Möglichkeitsformel (EuGH, Urteil vom 8. September 2022 – C-80/21 bis C-82/21 –, Rn. 98, juris). Im Übrigen stellt der Gerichtshof insoweit tragend darauf ab, die Verjährungsfrist für Restitutionsansprüche nach dem nationalen Recht bereits ablaufen konnte, bevor der befristete Darlehensvertrag beendet war (Rn. 95 bis 97).

Den dargestellten europarechtlichen Vorgaben genügt § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, denn aufgrund der subjektiven Anknüpfung an die Kenntnis oder das Kennenmüssen der anspruchsbegründenden Umstände beginnt der Lauf der Verjährung erst, wenn der Verbraucher auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme von seinen Rechten hatte.

c) Die klägerseits begehrte Feststellung scheidet schließlich auch deshalb aus, weil § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB eine Auslegung, nach der es auf die Rechtskenntnis oder eine grob fahrlässige Unkenntnis des Rechts ankommt, nicht zulässt.

Nach ständiger Rechtsprechung darf die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts nicht dazu führen, dass einer nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Norm ein entgegengesetzter Sinn gegeben oder der normative Gehalt der Norm grundlegend neu bestimmt wird. Richterliche Rechtsfortbildung berechtigt den Richter nicht dazu, seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers zu setzen. Demgemäß kommt eine richtlinienkonforme Auslegung nur in Frage, wenn eine Norm tatsächlich unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen dessen zulässt, was der gesetzgeberischen Zweck- und Zielsetzung entspricht. Die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege findet ihre Grenzen an dem nach der innerstaatlichen Rechtstradition methodisch Erlaubten (BGH, Urteil vom 26. September 2023 – XI ZR 98/22 –, Rn. 16, juris; Beschluss vom 31. März 2020 – XI ZR 198/19 –, Rn. 13, juris).

Nach dem eindeutigen Gesetzeswortlauf von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB kommt es für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich nur darauf an, dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Wie bereits ausgeführt, bezieht sich dabei die Kenntnis oder das Kennenmüssen grundsätzlich allein auf die tatsächlichen Umstände, mithin den Lebenssachverhalt, der die Grundlage des Anspruchs bildet. Das Ri-

siko der fehlerhaften rechtlichen Bewertung des Sachverhalts trägt grundsätzlich der Anspruchsinhaber. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn wegen Unzumutbarkeit der Klageerhebung hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt und der Klageerhebung eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht.

Auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 199 BGB ergibt eindeutig, dass der Gesetzgeber als Regelfall keine Rechtsunkenntnis voraussetzen wollte, sondern allein an die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der tatsächlichen Umstände anknüpfen wollte. Der Gesetzgeber des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes beabsichtigte eine möglichst einheitliche und klare Regelung der Verjährungsfristen. Sein Hauptanliegen war eine regelmäßige Verjährungsfrist zu schaffen, die für vertragliche und gesetzliche Ansprüche einschließlich bereicherungsrechtlicher Ansprüche gilt. Diese Frist sollte in Anlehnung an § 852 Abs. 1 BGB a.F. mit Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen beginnen. Dabei knüpfte der Gesetzgeber ausdrücklich auch an den Modellentwurf der Principles of European Contract Law an, der eine Hemmung der dreijährigen Verjährung vorschlug, solange der Gläubiger die Person des Schuldners oder die Umstände, auf denen sein Anspruch beruht, nicht kennt und vernünftigerweise nicht kennen kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 100, 102 ff.).

Die klägerseits befürwortete Auslegung würde jedenfalls für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung aufgrund unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen eine Bereichsausnahme schaffen, in der das dargestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis von Tatsachen- und Rechtskenntnis auf den Kopf gestellt würde und der gesetzgeberischen Zielsetzung einer einheitlichen Regelung des Verjährungsrecht zuwiderliefe. Damit wären die Grenzen richterlichen Rechtsfortbildung überschritten.

3. Der Hilfsantrag ist zulässig.

Mit ihm begehrt der Kläger - dem zuvor in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis des Senats (§ 610 Abs. 4 ZPO a.F.) folgend - eine zulässige Feststellung im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. Es handelt sich um eine verallgemeinerungsfähige Rechtsfrage. Sie lässt sich allgemeingültig beantworten, sofern die Klageerhebung vor Erlass des Postbank-Urteils des Bundesgerichtshofs tatsächlich unzumutbar war, weil es dann an einer übergreifenden Voraussetzung für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 BGB fehlen würde.

4. Der dem Senat zur Entscheidung angefallene Hilfsantrag ist jedoch unbegründet.

Der Anlauf der regelmäßigen Verjährungsfrist war nicht wegen Unzumutbarkeit der Klageerhebung bis zum sog. Postbank-Urteil des Bundesgerichtshofs im Jahr 2021 hinausgeschoben.

a) Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfordert – wie bereits dargestellt – grundsätzlich nur, dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Der Gläubiger eines Bereicherungsanspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB hat Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen, wenn er von der Leistung und den Tatsachen weiß, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 35; Urteil vom 29. Januar 2008 - XI ZR 160/07, BGHZ 175, 161 Rn. 26). Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGH, Urteil vom 17. November 2021 – IV ZR 113/20 –, BGHZ 232, 31-46, Rn. 43; Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 8 f., juris; Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 35). Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn wegen Unzumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn hinausschieben. Dies ist der Fall, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig - als erfolgversprechend, wenn auch nicht risikolos - einzuschätzen vermag (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 9, juris; Beschluss vom 16. Dezember 2015 - XII ZB 516/14, BGHZ 208, 210 Rn. 26; Urteile vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115, Rn. 35; vom 20. Januar 2009 - XI ZR 504/07, BGHZ 179, 260 Rn. 47). An der Zumutbarkeit der Klageerhebung kann es auch fehlen, wenn ihr eine gegenteilige höchstrichterliche Rechtsprechung entgegensteht (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13 –, BGHZ 203, 115-140, Rn. 35; Urteil vom 16. September 2004 - III ZR 346/03, BGHZ 160, 216, 232).

b) Eine Klageerhebung vor dem Postbank-Urteil des Bundesgerichtshofs war nicht wegen einer gegenteiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung unzumutbar. Der Bundesgerichtshof weist in dieser Entscheidung selbst darauf hin, dass sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine ausdrückliche Billigung von entsprechenden Klauseln nicht entnehmen lasse und er weder bei Erlass seines Urteils vom 20. Juli 2010 (XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 Rn. 37 ff.) noch bei Erlass seines Urteils vom 14. Mai 2019 (XI ZR 345/18, BGHZ 222, 74 Rn. 34) zur Wirksamkeit von Zu-

stimmungsfiktion Klauseln Stellung genommen habe (BGH, Urteil vom 27. April 2021 – XI ZR 26/20 –, BGHZ 229, 344-358, Rn. 36).

c) Die Klageerhebung war auch nicht wegen einer unsicheren und zweifelhaften Rechtslage unzumutbar.

Eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage besteht nicht schon dann, wenn noch keine höchstrichterliche Entscheidung einer bestimmten Frage vorliegt. Vielmehr ist dafür zumindest ein ernsthafter Meinungsstreit in Literatur und Rechtsprechung erforderlich (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 13, juris; Urteil vom 7. Dezember 2010 – XI ZR 348/09 –, Rn. 21, juris; Urteil vom 24. September 2013 – I ZR 187/12 –, Rn. 41, juris). Ist die Rechtslage ausgehend von früheren höchstrichterlichen Entscheidungen und den darin aufgestellten Grundsätzen erkennbar, weil sich diese Grundsätze auf die nunmehr zu entscheidende Fallkonstellation übertragen lassen, so verspricht die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg und ist zumutbar. Dies gilt in diesen Fällen auch dann, wenn die Instanzgerichte, auch Obergerichte, sowie das Schrifttum die maßgebliche Rechtsfrage nicht einheitlich beantworten. Denn dann ist die Rechtslage nicht in einem solchen Maße zweifelhaft und ungeklärt, dass eine Klage als unzumutbar anzusehen wäre. Das Risiko, dass erst eine abschließende Entscheidung des Bundesgerichtshofs Gewissheit bringen wird, ist dem Gläubiger zuzumuten (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 – VI ZR 739/20 –, Rn. 13 - 14, juris; Urteile vom 28. Oktober 2014 - XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 60; vom 22. Juli 2014 - KZR 13/13, NJW 2014, 3092 Rn. 28; vom 26. September 2012 - VIII ZR 279/11, NJW 2013, 1077 Rn. 50-53).

Eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage lag nicht vor. Es gab nämlich zu der Frage der Wirksamkeit von Zustimmungsfiktionsklauseln in den AGB der Banken und Sparkassen keinen ernsthaften Meinungsstreit in der Rechtsprechung und der Literatur (AG Neuss, Urteil vom 24. Februar 2022 – 75 C 2027/21 –, Rn. 94, juris). Vielmehr gingen die Instanzgerichte und Meinungen im Schrifttum weit überwiegend von der Wirksamkeit derartiger Klauseln aus. Gegenteilige Äußerungen blieben vereinzelt (Nachweise bei Grigoleit, WM 2023, 697, 699; Herresthal, ZHR 86 (2022), 373, 407).

Eine solche Konstellation führt jedoch nicht zur Unzumutbarkeit der Klageerhebung. Für einen Rechtskundigen ist die Rechtslage hinreichend einschätzbar. Für ihn ist ohne weiteres erkennbar, dass die Rechtslage gerade noch nicht abschließend höchstrichterlich geklärt ist. Auf dieser Grundlage ist eine Klageerhebung möglich und zumutbar, wenngleich nicht risikolos.

VIII.

1. Das Feststellungsziel zu 8. ist unzulässig.

a) Zwar war die Erweiterung der Musterklage durch den Kläger hinsichtlich des Feststellungsziels zu 8. ebenso wie zu 9. (dazu unter B. IX.) mit Schriftsatz vom 24.01.2023 grundsätzlich gemäß §§ 610 Abs. 5 Satz 1, 263, 264 Nr. 2 ZPO statthaft. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Erweiterung einer Musterfeststellungsklage nach den allgemeinen Vorschriften grundsätzlich statthaft ist und ihr insbesondere nicht entgegensteht, dass in den §§ 606 ff. ZPO a.F. keine § 15 KapMuG entsprechende Regelung vorgesehen ist (BGH, Beschluss vom 30. Juli 2019 – VI ZB 59/18 –, Rn. 15, juris). Auch die sich aus § 610 Abs. 4 ZPO a.F. ergebende Verpflichtung des Gerichts spätestens im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung auf sachdienliche Anträge hinzuwirken, macht deutlich, dass Klageänderungen jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt möglich sein müssen (Scholl, ZfPW 2019, 317, 345).

Bei der Erweiterung der Anträge handelt es sich um eine privilegierte Klageänderung im Sinne von § 264 Nr. 2 ZPO. Diese Vorschrift umfasst bei einem gleichbleibenden Lebenssachverhalt jede nachträgliche Einführung eines neuen Feststellungsziels (Röß, NJOZ 2021, 1569, 1570). Die Anträge zu 8. und 9. betreffen denselben Lebenssachverhalt wie die übrigen Anträge und betreffen weitere rechtliche Vorfragen der Ansprüche gegen die Beklagte. Soweit teilweise angenommen wird, die Ergänzung der ursprünglichen Feststellungsziele erfordere stets eine gerichtliche Sachdienlichkeitsprüfung (de Lind van Wijngaarden in Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 1. Aufl. 2019, § 6 Rn. 57 ff.), ist diese zu bejahen. Die Erweiterung der Musterfeststellungsklage ist insoweit sachdienlich, weil die erweiterten Anträge einer umfassenden Vorbereitung späterer Individualprozesse dienen und damit gerade dem gesetzgeberischen Ziel einer besonders effizienten Befriedigung aller Streitigkeiten (BT-Drs. 19/2439, S. 17) Rechnung trägt.

Der Statthaftigkeit der Klageerweiterung steht auch nicht entgegen, dass sich Verbraucher bereits auf der Grundlage der ursprünglich veröffentlichten Anträge der Musterfeststellungsklage angeschlossen haben. Ihnen steht nämlich die Möglichkeit zur Seite, ihre Anmeldung zurückzunehmen. Diejenigen, die ihre Ansprüche im Verfahren der Musterfeststellungsklage angemeldet haben trifft eine Obliegenheit, deren Verlauf eigenständig zu verfolgen. Entsprechen sie dieser nicht, können sie sich auf eine dadurch begründete Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht berufen (OLG Dresden, Urteil vom 22. April 2020 – 5 MK 1/19, BeckRS 2020, 6640 Rn. 50, beck-online). Es bedurfte daher auch nicht einer erneuten Feststellung eines Quorums von 50 Verbrauchern gemäß § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO a.F., da der Kern des Musterfeststellungsverfahrens (s.o. unter

A.II.1.) auch insoweit der Gleiche ist.

b) Jedoch ist die aufgeworfenen Rechtsfrage nicht verallgemeinerungsfähig und deshalb unzulässig.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Tatsachen oder Rechtsfragen nur dann Gegenstand eines Musterfeststellungsverfahrens sein, wenn sie verallgemeinerungsfähig sind. Dies ist dann der Fall, wenn die festzustellenden Tatsachen oder Rechtsfragen einen generellen Subsumtionsschluss zulassen. Betreffen die begehrten Feststellungen ganz oder teilweise individuelle Fragen, die in der Person des Gläubigers liegen und bei mehreren Gläubigern für jeden persönlich festgestellt werden müssen, können sie im Musterfeststellungsverfahren nicht getroffen werden (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 111 – 112).

Nach Auffassung des Senats lässt sich die vom Kläger aufgeworfene Frage nicht in derart allgemeiner Weise beantworten. Die Verwirkung als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen der illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten setzt neben einem Zeitmoment ein Umstandsmoment voraus. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Zeit- und Umstandsmoment können nicht voneinander unabhängig betrachtet werden, sondern stehen in einer Wechselwirkung. Je länger der Inhaber des Rechts untätig bleibt, desto mehr wird der Gegner in seinem Vertrauen schutzwürdig, das Recht werde nicht mehr ausgeübt werden. Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen. Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles, ohne dass insofern auf Vermutungen zurückgegriffen werden kann (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 – XI ZR 234/20 –, BGHZ 231, 215-263, Rn. 113 – 116; BGH, Beschluss vom 23. Januar 2018 – XI ZR 298/17 –, Rn. 9, juris m.w.N.). Angesichts der Bandbreite denkbarer Fallkonstellationen, in denen bereicherungsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht werden können, schließen es die gebotene Betrachtung des Einzelfalles und die Würdigung der obwaltenden Umstände des Einzelfalles aus, die klägerseits aufgeworfene Frage in verallgemeinerungsfähiger Weise zu beantworten.

2. Jedenfalls stellt sich das Feststellungsziel als unbegründet dar. Nach Auffassung des Senats lässt sich der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union klar und eindeutig keine Vorgabe für die Auslegung des nationalen Rechts entnehmen, wonach die missbräuchliche Berufung auf Restitutionsansprüche wegen Verwendung einer missbräuchlichen Klausel im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG stets die positive Kenntnis von Missbräuchlichkeit der Klausel erfordert.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs gilt auch im Unionsrecht der allgemeine Grundsatz, dass die betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht nicht gestattet ist (EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019 – C-116/16 und C-117/16 –, Rn. 70 ff., juris; Urteil vom 28. Juli 2016 – C-423/15 –, Rn. 37, juris, jeweils m.w.N.). Dabei erfordert die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Tatbestandes. Während der objektive Tatbestand voraussetzt, dass trotz formaler Einhaltung der Unionsregelung deren Ziel nicht erreicht wurde, erfordert der subjektive Tatbestand, dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des unionsrechtlichen Vorteils willkürlich oder künstlich geschaffen werden (vgl. Urteil vom 28. Juli 2016 – C-423/15 –, Rn. 38 - 40, juris; Urteil vom 8. Juni 2017 – C-54/16 –, Rn. 53, juris; Urteil vom 14.01.2021, - C-322/19 und C-385/19, Rn. 91; Urteil vom 18. Dezember 2014 – C-202/13 –, Rn. 54, juris). Die willkürliche oder künstliche Schaffung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme unionsrechtlicher Vorteile ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der positiven Kenntnis von der Missbräuchlichkeit einer Klausel.

IX.

Die Musterfeststellungsklage ist hinsichtlich des Feststellungsziels zu 9. zwar in statthafter Weise geändert worden (s.o. B. VIII.1.), jedoch mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

Wie bereits ausgeführt, geht der Senat davon aus, dass auch das Nichtbestehen bisher nicht erhobener, potenzieller Einreden oder Einwendungen zulässigerweise Gegenstand einer Musterfeststellungsklage sein kann, wenn naheliegend ist, dass sich der Unternehmer in den Folgeverfahren darauf berufen wird (siehe oben B.V.1.b.).

Es ist nicht zu erwarten, dass sich die Beklagte in nachfolgenden Individualprozessen auf die Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 BGB berufen wird. Es handelt sich nicht um eine naheliegende Einwendung. Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass sich die Beklagte bisher in irgendeiner Form auf diese Ausschlussfrist berufen hat. Die Ausschlussfrist wird auch nicht in den beiden Rechtsgutachten (Anlage B2 und B3), die auch im Auftrag der Beklagten eingeholt worden sind

und offenbar der Vorbereitung ihrer Rechtsverteidigung dienen, als mögliche Einwendung thematisiert. In dem Gutachten von Prof. Grigoleit (Anlage B2) zieht dieser die Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 BGB lediglich als gesetzliche Verankerung des Beschleunigungsgrundsatzes heran, um die von ihm befürwortete Verwirkung (S. 15 und 42 des Gutachtens) argumentativ zu unterfüttern. Auch in der Vielzahl an Aufsätzen und Entscheidungsbesprechungen, die nach dem sog. Postbank-Urteil des Bundesgerichtshofs erschienen sind und sich mit deren Folgen befassen, wird die Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 BGB, soweit ersichtlich, nicht als mögliche Einwendung thematisiert.

Hinzu kommt, dass der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 11. Juli 2023 (XI ZR 11/22) entschieden hat, dass sich der Anwendungsbereich der Ausschlussfrist nicht auf Belastungsbuchungen mit Gebühren- und Entgeltansprüchen aus dem Valutaverhältnis zwischen Kunden und Zahlungsdienstleister bezieht. § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB umfasst nur Aussprüche und Einwendungen, denen ein nichtautorisierter Zahlungsvorgang zugrunde liegt oder die auf einer nicht erfolgten, fehlerhaften oder verspäteten Ausführung eines Zahlungsauftrags beruhen. Die Konstellation, dass der Zahlungsdienstnutzer das Bestehen eines Anspruchs des Zahlungsempfängers bestreitet, wird davon weder vom Wortlaut noch nach Sinn und Zweck der Vorschrift erfasst (BGH, a.a.O, Rn. 24 – 27, juris).

Allein der Umstand, dass sich die Sparkasse KölnBonn – noch vor Veröffentlichung der vorgeannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs – in einem Individualrechtsstreit auf diese Norm berufen hat, lässt vor diesem Hintergrund nicht den Schluss zu, die Beklagte werde sich zukünftig in nachfolgenden Individualprozessen auf diese Ausschlussfrist berufen. Soweit der Kläger geltend macht, die Sparkasse KölnBonn habe in der gegen sie gerichteten und beim Oberlandesgericht Hamm anhängigen Musterfeststellungsklage ausweislich ihrer dortigen Klageerwiderung (Anlage K31) eine Verteidigung mit der Ausschlussfrist des § 676b Abs. 2 Satz 1 BGB ins Feld geführt, trifft dies nicht zu. Die Prozessbevollmächtigten der Sparkasse KölnBonn zitieren dort (Seite 7) lediglich wörtlich eine Passage aus dem Gutachten von Prof. Grigoleit (Anlage B2), in der sich dieser auf den in § 676b Abs. 2 verankerten Beschleunigungsgedanken bezieht, um das Zeitmoment der Verwirkung auszufüllen. Den Ausführungen lässt sich nicht entnehmen, dass die Ausschlussfrist als eigenständige Einwendung angedacht wird.

C.

Die Hilfswiderklage, deren Bedingung eingetreten ist, erweist sich insgesamt unzulässig. Die Be-

klagte kann sich insoweit weder auf § 606 Abs. 1 ZPO a.F. (dazu I.) noch auf § 256 ZPO (dazu II.) stützen. Der Senat war auch nicht gehalten, über die Veröffentlichung der Hilfswiderklage im Klagerregister vorab durch Beschluss zu entscheiden (dazu III.).

I.

Die hinsichtlich der Hilfswiderklageanträge zu 1) und 2) ausdrücklich als Musterfeststellungswiderklage erhobene Hilfswiderklage ist unzulässig, weil es sich bei der Beklagten nicht um eine klagebefugte qualifizierte Einrichtung im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 2 ZPO a.F. handelt.

1. Verbreitet wird angenommen, dass auch der beklagte Unternehmer grundsätzlich in direkter (MüKoZPO/Menges, 6. Aufl. 2020, ZPO § 606 Rn. 2-4) oder analoger Anwendung von § 33 ZPO (Saenger, Zivilprozessordnung, ZPO, 10. Auflage 2023, § 606 Rn. 11, beck-online) eine Musterfeststellungswiderklage erheben könne. Diese sei aus Gründen der prozessualen Waffengleichheit geboten (Asmus/Waßmuth, Kollektive Rechtsdurchsetzung, 2022, § 610 ZPO, Rn. 84; Waßmuth/Asmus, ZIP 2018, 657, 664; de Lind van Wijngaarden in Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 6 Rn. 66 f.; Schneider, BB 2018, 1986, 1990). Auch könne nur so die mit der Musterfeststellungsklage bezweckte verbindliche Klärung aller Streitpunkte vorab erreicht werden, da der Kläger regelmäßig kein Interesse daran habe, das Nichtvorliegen von Anspruchsvoraussetzungen oder das Vorliegen anspruchsausschließender Voraussetzungen klären zu lassen (vgl. G. Vollkommer in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, § 606 ZPO, Rn. 6; Saenger, Zivilprozessordnung, ZPO § 606 Rn. 11, beck-online; de Lind van Wijngaarden in Nordholtz/Mekat, Musterfeststellungsklage, 2019, § 6 Rn. 66 f.). Jedenfalls habe der Gesetzgeber Gegenanträge des Beklagten nicht ausdrücklich ausgeschlossen (BeckOK ZPO/Lutz, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 610 Rn. 19).

2. Dieser Ansicht vermag der Senat nicht beizutreten. Gegen die Zulässigkeit einer Musterfeststellungswiderklage sprechen neben dem Wortlaut von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. insbesondere auch das Gesetzgebungsverfahren und systematische Überlegungen.

Der Beklagten ist im Ausgangspunkt darin zustimmen, dass das Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung einer Musterfeststellungswiderklage sowie der Verweis auf die für das erstinstanzliche Verfahren vor dem Landgericht geltenden Vorschriften in § 610 Abs. 5 Satz 1 ZPO a.F. für sich genommen eine solche Widerklage nicht ausschließen, denn auch sonst hat die Wi-

derklage in der Zivilprozessordnung keine eigenständige Regelung erfahren. Die Zivilprozessordnung setzt die grundsätzliche Zulässigkeit der Widerklage vielmehr voraus. Sie erwähnt nur Fälle, in denen diese ausgeschlossen ist, und enthält einige für sie abweichende Vorschriften (BGH, Urteil vom 28. November 2001 – VIII ZR 75/00 –, BGHZ 149, 222-230, Rn. 17; Hettenbach, WM 2019, 577, 580). Nach dem klaren Gesetzeswortlaut von § 606 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Nr. 1 ZPO a.F. und der gesetzgeberischen Konzeption der Musterfeststellungsklage (vgl. S. 16, 22 f. des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 19/2439) kann diese jedoch nur von qualifizierten Einrichtungen erhoben werden. Nur diese sind nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers klagebefugt (vgl. S. 22 f. des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 19/2439). Insoweit unterscheidet sich die Musterfeststellungsklage von „normalen“ Klagen, für die weder auf Kläger- noch auf Beklagenseite eine besondere Klagebefugnis erforderlich ist. Mangels Klagebefugnis können daher Unternehmen in zulässiger Weise keine Musterfeststellungsklage erheben. Dies schließt nach Auffassung des Senats auch eine Musterfeststellungswiderklage aus, in der der Unternehmer als Kläger agieren würde (vgl. Musielak/Voit/Stadler, 20. Aufl. 2023, ZPO § 610 Rn. 8; Balke/Liebscher/Steinbrück, ZIP 2018, 1321, 1328; Halfmeier in Prütting/Gehrlein, ZPO, 14. Aufl. 2022, § 611 Rn. 20; Amrhein, Musterfeststellungsklage, S. 156; Hettenbach, WM 2019, 577, 580; Scholl, ZfPW 2019, 317, 345). Eine Ausnahme vom allgemeinen Erfordernis der Klagebefugnis hat der Gesetzgeber insoweit nicht geschaffen.

Gegen die Zulässigkeit einer solchen Widerklage spricht auch, dass die für eine solche Klage erforderlichen ergänzenden Verfahrensvorschriften fehlen. Wäre eine Musterfeststellungswiderklage zulässig, würde sich sogleich die Frage stellen, ob auch von den widerklagend geltend gemachten Feststellungszielen die Ansprüche oder Rechtsverhältnisse von mindestens zehn Verbrauchern abhängen müssen und dies durch die Beklagte glaubhaft zu machen ist (vgl. § 606 Abs. 2 Nr. 2 ZPO a.F.). Regelungsbedürftig wäre im Hinblick auf die Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils nach § 613 Abs. 1 ZPO a.F. und die zeitlich nur begrenzte Möglichkeit für den Verbraucher, sich dieser Bindungswirkung durch Rücknahme seiner Anmeldung zum Klageregister (§ 608 Abs. 3 ZPO a.F.) zu entziehen, ob eine solche Widerklage zeitlich nur befristet möglich ist, dem Verbraucher im Falle der Erhebung der Widerklage nach dem vorgenannten Zeitpunkt der spätestmöglichen Rücknahme seiner Anmeldung zum Klageregister eine weitere Möglichkeit der Rücknahme eingeräumt wird oder insoweit die Bindungswirkung gänzlich entfallen soll.

Auch das Gesetzgebungsverfahren lässt nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Musterfeststellungswiderklage gerade nicht schaffen wollte (Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl., § 606 Rn. 9). So ist während der mündlichen Sachverständigenanhörung im federführenden Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages

am 11. Juni 2018 seitens des Sachverständigen Dr. Salger angeregt worden, auch dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, neue weitere Feststellungsziele in das Verfahren einzuführen (S. 19 f. des Wortprotokoll Nr. 19/15 des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 11. Juni 2018). Auch die Sachverständige Dr. Lutz hatte mündlich ein Antragsrecht des Beklagten gefordert, damit sinnvollerweise auch negative Tatbestandsvoraussetzungen und rechtsvernichtende und rechtshindernde Einwendungen einbezogen würden (S. 32, a.a.O.). Dieselbe hatte in ihrer schriftlichen Stellungnahme vom 08. Juni 2018 u.a. zur Steigerung der Effizienz der Musterfeststellungsklage vorgeschlagen, die erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts einzuführen und auch dem Beklagten ein eigenes Antragsrecht betreffend möglicher Gegenrechte einzuräumen, und hierzu einen entsprechenden Formulierungsvorschlag unterbreitet (S. 69, 71 f., 75 a.a.O.). Schließlich hatte auch der Deutsche Anwaltverein in seiner schriftlichen Stellungnahme vom Mai 2018 u.a. vorgeschlagen, der beklagten Partei die Möglichkeit der Erweiterung des Verfahrens, um zusätzliche Feststellungsziele einzuräumen und das Musterfeststellungsverfahren beim Oberlandesgericht als Eingangsinstanz zu führen (S. 101, a.a.O.). Daraus, dass der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz ausweislich seiner Beschlussempfehlung vom 13.06.2018 (S. 4 und 6, BT-Drs. 19/2741) insoweit lediglich die erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichtes aufgegriffen hat, kann nur der Schluss gezogen werden, dass seitens Gesetzgebers eine Musterfeststellungswiderklage nicht gewünscht war.

Entgegen der Ansicht der Beklagten kann aus der Einführung von § 610 Abs. 5 Satz 1 ZPO a.F., der im ursprünglichen Gesetzentwurf nicht enthalten war, nicht der Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber habe durch einen Verweis auf § 33 ZPO doch eine Musterfeststellungswiderklage einführen wollen. Ausweislich seiner Beschlussempfehlung (S. 26, BT-Drs. 19/2741) hat der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz den Verweis auf das erstinstanzliche Verfahren vor dem Landgericht allein deshalb aufgenommen, weil er abweichend von der ursprünglich vorgesehenen erstinstanzlichen Zuständigkeit der Landgerichte nun die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte dem Deutschen Bundestage zur Beschlussfassung vorgeschlagen hat. Weitere Änderungen waren damit offenbar nicht beabsichtigt.

Gegen die Auffassung des Senats lassen sich auch nicht teleologische Erwägungen anführen. Es ist eine schlichte pauschale Unterstellung, dass der Kläger kein Interesse daran habe, das Nichtvorliegen von Anspruchsvoraussetzungen oder das Vorliegen anspruchsausschließender Voraussetzungen klären zu lassen. Es liegt nämlich durchaus im Interesse der betroffenen Verbraucher und damit des klagenden Verbandes, zumindest naheliegende Gegenrechte, wie etwa zur Feststellung anspruchsausschließende Tatbestandsmerkmale, ebenfalls zum Prozessstoff zu machen, da andernfalls dieser Einwand in jedem Individualverfahren geprüft werden müsste

(BeckOK ZPO/Lutz, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 610 Rn. 19; ähnlich auch Röthemeyer, Musterfeststellungsklage, 2. Aufl., § 610 Rn. 71). Im Übrigen war dem Gesetzgeber dieser Einwand auch bekannt (s.o.).

Die Zulässigkeit einer Musterfeststellungswiderklage folgt schließlich auch nicht aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit. Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit ist eine Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes im Zivilprozess und sichert verfassungsrechtlich die Gleichwertigkeit der prozessualen Stellung der Parteien vor dem Richter, der den Prozessparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel selbstständig geltend zu machen (BVerfG, Beschluss vom 24. Mai 2023 – 1 BvR 605/23 –, Rn. 25, juris; Beschluss vom 30. September 2018 – 1 BvR 1783/17 –, Rn. 14 - 16, juris). Der Gesetzgeber hat den ihm hierbei zustehenden Ausgestaltungsspielraum nicht verletzt. Er hat vor dem Hintergrund eines rationalen Desinteresses auf Verbraucherseite an der Geltendmachung häufig geringfügiger Ansprüche und damit aus sachlichen Erwägungen ein Mittel zur kollektiven Rechtsverfolgung in Verbraucherstreitsachen eingeführt. In dessen Rahmen kann der beklagte Unternehmer alles für eine gerichtliche Entscheidung Erhebliche vortragen und sich aller prozessualer Verteidigungsmittel bedienen. Der Beklagte darf lediglich nicht zum Gegenangriff übergehen. Dass der Beklagte die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen möglicher Gegenrechte damit nicht vorab verbindlich feststellen lassen kann, behindert den Beklagten nicht dauerhaft in seiner Rechtsverteidigung. Die Bindungswirkung des Musterfeststellungsurteils beschränkt sich auf die klägerseits geltend gemachten Feststellungsziele. Der Beklagte ist damit nicht gehindert, im Rahmen der nachfolgenden Individualprozesse über die Feststellungsziele hinausgehende Verteidigungsmittel geltend zu machen.

II.

Die hinsichtlich der Hilfswiderklageanträge zu 3) und 4) als „normale“ Feststellungsklage nach § 256 ZPO erhobene Widerklage ist ebenfalls unzulässig.

1. Es fehlt bereits ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO. Unter einem Rechtsverhältnis ist eine bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu anderen Personen oder einer Person zu einer Sache zu verstehen (BGH, Urteil vom 2. September 2021 – VII ZR 124/20 –, Rn. 25, juris; Versäumnisurteil vom 16. September 2008 – VI ZR

244/07 –, Rn. 10, juris; BeckOK ZPO/Bacher, 50. Ed. 1.9.2023, ZPO § 256 Rn. 3). Eine solche Rechtsbeziehung besteht nur zwischen der Beklagten und den Verbrauchern und nicht auch zwischen der Beklagten und dem klagenden Verband (Anders/Gehle, ZPO, 81. Auflage 2023, § 606 Rn. 18; BeckOK ZPO/Lutz, 49. Ed. 1.7.2023, ZPO § 610 Rn. 19; Prütting, ZIP 2020, 197, 201; Seiler in Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 610 Rn. 2; a.A.: Musielak/Voit/Stadler, 20. Aufl. 2023, ZPO § 610 Rn. 8). Soweit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch ein Drittrechtsverhältnis Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO sein kann, erfordert auch dies, dass die Feststellung für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Klärung dieser Frage hat (BGH, Urteil vom 16. Juli 2019 – II ZR 426/17 –, Rn. 18, juris; Urteil vom 11. Juli 2012 – IV ZR 164/11 –, BGHZ 194, 39-60, Rn. 24; Urteil vom 25. Januar 2011 – II ZR 122/09 –, Rn. 11, juris). Es ist nicht erkennbar, welche unmittelbare oder mittelbare Bedeutung die aufgeworfenen Fragen für die Beziehungen der Prozessparteien haben sollen.

2. Es fehlt darüber hinaus auch an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen berechtigten Interesse an den begehrten Feststellungen. Ein Feststellungsinteresse ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet sein, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 19. November 2014 – VIII ZR 79/14 –, Rn. 29, juris). Dabei muss das erstrebte Urteil gerade infolge seiner Rechtskraft geeignet sein, die Gefahr der Unsicherheit der Rechtslage des Feststellungsklägers zu beseitigen (BGH, Urteil vom 19. Juni 1998 – V ZR 43/97 –, Rn. 18, juris; BeckOK ZPO/Bacher, 50. Ed. 1.9.2023, ZPO § 256 Rn. 20). Hieran fehlt es. Im Erfolgsfall bestünde die Rechtskraft der Entscheidung nur zwischen den Parteien des Musterfeststellungsverfahrens und nicht auch gegenüber den Verbrauchern in den nachgelagerten Individualprozessen. Eine Bindungswirkung nach § 613 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. scheidet aus, weil sich diese ausdrücklich nur auf die Feststellungsziele im Sinne von § 606 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F. bezieht (vgl. Halfmeier in Prütting/Gehrlein, ZPO, 14. Aufl. 2022, § 611 Rn. 20).

3. Schließlich fehlt es auch an dem Erfordernis, dass die Klage und die Widerklage in derselben Prozessart erhoben sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Mai 1993 – 19 Sa 12/93 –, Rn. 18, juris, m.w.N.; Schultzy in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Auflage 2022, § 33 ZPO, Rn. 23; offen gelassen von: BGH, Urteil vom 28. November 2001 – VIII ZR 75/00 –, BGHZ 149, 222-230, Rn. 20 - 21). An dem aus § 260 ZPO hergeleiteten Gedanken fehlt es, wenn in einem Prozess Klagen miteinander verbunden werden sollen, deren Verfahrensregeln derart gravierende Unter-

schiede aufweisen, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung nicht oder nur unter Schwierigkeiten möglich ist (BGH, Urteil vom 28. November 2001 – VIII ZR 75/00 –, BGHZ 149, 222-230, Rn. 20 – 21). Die Musterfeststellungsklage und die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO bilden im Hinblick auf die unterschiedliche sachliche Zuständigkeit, den Instanzenzug, die feststellungsfähigen Fragen und die Bindungswirkung unterschiedliche Prozessarten (vgl. Hettenbach, WM 2019, 577, 580; Amrhein, Musterfeststellungsklage, S. 156).

III.

Entgegen der Ansicht der Beklagten war der Senat auch nicht gehalten, vorab durch Beschluss über die öffentliche Bekanntmachung der hilfsweise erhobenen Musterfeststellungswiderklage im Klageregister nach § 607 Abs. 1 ZPO a.F. zu entscheiden.

1. Nach Auffassung des Senats wäre selbst bei einer unterstellten Zulässigkeit der Musterfeststellungswiderklage deren öffentliche Bekanntmachung in direkter oder analoger Anwendung von § 607 Abs. 1 und 2 ZPO a.F. nicht geboten. Zweck der öffentlichen Bekanntmachung ist nämlich nach der gesetzgeberischen Konzeption allein, die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher über die Rechtshängigkeit einer Musterfeststellungsklage zu informieren und ihnen so zu ermöglichen, von dem Verfahren durch die Anmeldung eigener Ansprüche oder Rechtsverhältnisse zu profitieren (S. 17 und 24 des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 19/2439). Die Bekanntmachung ist zugleich Voraussetzung dafür, dass die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der Musterfeststellungsklage von mindestens 50 Anmeldungen von Verbrauchern nach § 606 Abs. 3 Nr. 3 ZPO a.F. überhaupt erreicht werden kann. Beide Gesichtspunkte kämen im Falle einer zulässigen Musterfeststellungswiderklage des beklagten Unternehmers nicht zum Tragen. Eine solche Widerklage wäre weder im Interesse der Verbraucherinnen und Verbraucher erhoben, so dass auch nicht mit Anmeldungen zu rechnen wäre, noch ergäbe ein solches Quorum bei einer eigennützigen Widerklage des Unternehmers konzeptionell einen Sinn. Wenn aber keine Mindestanzahl von Anmeldungen erforderlich ist, dann bedarf es auch keiner Veröffentlichung der widerklagend geltend gemachten Feststellungsziele. Soweit nach § 607 Abs. 3 Satz 1 ZPO a.F. weitere öffentliche Bekanntmachungen zur Information der Verbraucher über den Fortgang des Verfahrens vorgeschrieben sind, hat der Senat diesem Erfordernis entsprochen. Er hat die Verbraucher durch die öffentliche Bekanntmachung seines Hinweisbeschlusses vom 11.10.2023 darüber informiert, dass eine Hilfswiderklage anhängig ist und er diese nach seiner vorläufigen Einschätzung für unzulässig erachtet.

2. Darüber hinaus liegt es nach Auffassung des Senats – wie sich aus der Wertung des § 303 ZPO ergibt – in seinem pflichtgemäßen Ermessen, ob er eine gegebenenfalls gebotene öffentliche Bekanntmachung durch einen nach entsprechender Zulassung gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO mit der Rechtsbeschwerde anfechtbaren Beschluss ablehnt und so eine inzidente Überprüfung seiner rechtlichen Bewertung der Musterfeststellungswiderklage ermöglicht oder unmittelbar über diese durch ein im Revisionsverfahren überprüfbares Endurteil entscheidet. Der Senat hat sich nach Abwägung aller Umstände im Hinblick auf die Bedeutung der Sache für ein Urteil entschieden, um eine mindestens mehrmonatige Verzögerung durch ein Rechtsbeschwerdeverfahren zu vermeiden.

D.

I.

1. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus den §§ 92 Abs. 1 Satz 1, 269 Abs. 3 ZPO. Sie entspricht den Verlustanteilen der Parteien, wobei der Senat zum einen berücksichtigt hat, dass die Feststellungsziele zu 5. und 6. bereits im Feststellungsziel zu 3. enthalten sind und beim Feststellungsziel zu 3. der Kläger mit dem Hauptantrag und die Beklagte mit dem Hilfsantrag unterlegen ist.

2. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 Satz 1 und 2 ZPO.

II.

Einer Entscheidung über die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 1 ZPO bedarf es nicht. Musterfeststellungsklagen haben nach § 614 Satz 2 ZPO a.F. stets grundsätzliche Bedeutung. Die Vorschrift ist dahin auszulegen, dass die Revision gegen ein Musterfeststellungsurteil kraft Gesetzes zugelassen ist (BGH, Urteil vom 30. März 2023 – VII ZR 10/22 –, Rn. 15, juris).


Vorsitzender Richter
am Kammergericht


Richter
am Landgericht


Richter
am Kammergericht

Verkündet am 27.03.2024

 JBesch
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Für die Richtigkeit der Abschrift
Berlin, 27.03.2024

 JBesch
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle