

**Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig.
Das Aktenzeichen des BGH lautet VIII ZR 14/12.**



OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I-19 U 38/11 OLG Hamm
25 O 230/11 LG Dortmund

Verkündet am 9. Dezember 2011
Böhmer, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 04.11.2011

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 14.01.2011 verkündete Urteil der
25. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert und wie
folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt,

1.

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken an den Vorstand, zu unterlassen, bei Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die nachfolgenden oder inhaltsgleiche Bestimmungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01.04.1977, wie geschehen in dem Antragsformular nebst Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für den Tarif S Naturstrom-Haushalt (Anlage K2 zur Klageschrift) zu berufen:

„[6.1] S kann den Verbrauchspreis und den Grundpreis ändern. Eine solche Anpassung wird Ihnen mit einer Frist von mindestens acht Wochen schriftlich angekündigt. Ändert S auch nur einen dieser Preise, so sind Sie – auch während der Erstlaufzeit – berechtigt, diesen Vertrag zum Zeitpunkt der angekündigten Preisänderung in Textform zu kündigen. Die Kündigung muss mindestens einen Monat vor Wirksamwerden der Änderung bei S eingegangen sein. Kündigen Sie nicht, so gelten die geänderten Preise zum angekündigten Zeitpunkt. S wird Sie auf die Bedeutung Ihres Verhaltens im Anpassungsschreiben besonders hinweisen.

[8.3] Als Zahlungsart steht Ihnen das Lastschriftverfahren zur Verfügung.

[9.1] Fordert S Sie bei Zahlungsverzug erneut zur Zahlung auf oder lässt den Betrag durch einen Beauftragten einziehen, kann S Ihnen die dadurch entstehenden Kosten pauschal berechnen.

[9.2] [Sollten Sie Ihren Zahlungsverpflichtungen trotz Mahnung nicht nachkommen, kann S die Stromlieferung vier Wochen nach Androhung unterbrechen lassen und den örtlichen Netzbetreiber mit der Unterbrechung der

Versorgung beauftragen [...] S lässt die Versorgung unverzüglich wiederherstellen, sobald die Gründe für die Unterbrechung entfallen sind und Sie die Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung ersetzt haben.] Die Kosten können für strukturell vergleichbare Fälle pauschal berechnet werden; die pauschale Berechnung muss einfach nachvollziehbar sein.

[15.2] S haftet auch bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, bei leichter Fahrlässigkeit jedoch der Höhe nach beschränkt auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden (wesentliche Vertragspflichten sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf).“

2.

an den Kläger 200,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30.03.2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 37 % und die Beklagte zu 63 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung des Ausspruchs in der Hauptsache gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 10.000,00 Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Hinsichtlich der Kosten darf der jeweilige Vollstreckungsschuldner die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Voll-

streckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger, Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen und 25 weiterer verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland, nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen in Anspruch. Nach § 2 seiner Satzung bezweckt der Kläger die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen. Die Beklagte ist ein Stromversorgungsunternehmen, welches seine Dienstleistungen auch gegenüber den Verbrauchern erbringt. Bei Abschluss von Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, verwendet die Beklagte ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen S Naturstrom, welche folgende Bestimmungen enthalten:

„[2.3] Der Stromliefervertrag kommt zustande, sobald S Ihnen in einem weiteren Schreiben (bzw. bei Auftragserteilung gemäß 2.2 ggf. auch per E-Mail) das Zustandekommen bestätigt und den verbindlichen Lieferbeginn mitteilt. Wenn Ihr Auftrag bis zum 15. eines Monats bei S eingegangen ist, beginnt die Stromlieferung in der Regel am 1. des übernächsten Monats. Voraussetzung ist allerdings, dass Ihr bisheriger Stromliefervertrag vor Lieferbeginn beendet werden konnte.

[4] Der Vertrag hat eine Erstlaufzeit von einem Jahr. Die Erstlaufzeit beginnt mit dem in der Auftragsbestätigung genannten Lieferbeginn.

[6.1] S kann den Verbrauchspreis und den Grundpreis ändern. Eine solche Anpassung wird Ihnen mit einer Frist von mindestens acht Wochen schriftlich angekündigt. Ändert S auch nur einen dieser Preise, so sind Sie – auch während der

Erstlaufzeit – berechtigt, diesen Vertrag zum Zeitpunkt der angekündigten Preisänderung in Textform zu kündigen. Die Kündigung muss mindestens einen Monat vor Wirksamwerden der Änderung bei S eingegangen sein. Kündigen Sie nicht, so gelten die geänderten Preise zum angekündigten Zeitpunkt. S wird Sie auf die Bedeutung Ihres Verhaltens im Anpassungsschreiben besonders hinweisen.

[7] [Bitte lesen Sie auf schriftliche Anfrage der S Ihren Zählerstand selbst ab. Werden die Messeinrichtungen von Ihnen nicht abgelesen, kann S auf Ihre Kosten die Ablesung selbst vornehmen, den Verbrauch schätzen oder einen Dritten mit der Ablesung beauftragen] Zu diesem Zweck müssen Sie S oder dem Beauftragten den Zutritt zu Ihren Räumen gestatten.

[8.3] Als Zahlungsart steht Ihnen das Lastschriftverfahren zur Verfügung.

[9.1] Fordert S Sie bei Zahlungsverzug erneut zur Zahlung auf oder lässt den Betrag durch einen Beauftragten einziehen, kann S Ihnen die dadurch entstehenden Kosten pauschal berechnen.

[9.2] [Sollten Sie Ihren Zahlungsverpflichtungen trotz Mahnung nicht nachkommen, kann S die Stromlieferung vier Wochen nach Androhung unterbrechen lassen und den örtlichen Netzbetreiber mit der Unterbrechung der Versorgung beauftragen [...]. S lässt die Versorgung unverzüglich wiederherstellen, sobald die Gründe für die Unterbrechung entfallen sind und Sie die Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung ersetzt haben.] Die Kosten können für strukturell vergleichbare Fälle pauschal berechnet werden; die pauschale Berechnung muss einfach nachvollziehbar sein.

[15.2] S haftet auch bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, bei leichter Fahrlässigkeit jedoch der Höhe nach beschränkt auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden (wesentliche Vertragspflichten sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf).“ Die Klauseln 9.1 sowie 9.2 hat die Beklagte mittlerweile abgeändert.

Der Aufforderung des Klägers zur Abgabe einer strafbewährten Unterlassungserklärung kam die Beklagte nicht nach.

Der Kläger hat mit seiner Klage die Beklagte auf Unterlassung der Verwendung und Berufung auf die oben genannten Klauseln in Anspruch genommen. Er hat zudem die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 200,00 Euro nebst Zinsen an Abmahnkosten begehrt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Wegen der weiteren Feststellungen wird nach § 540 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Mit dem angefochtenen Urteil (abrufbar unter BeckRS 2011, 07381) hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es bei Vermeidung eines Ordnungsgeldes und Ordnungshaft zu unterlassen, die Klauseln mit den Ziffern 6.1, 8.3, 9.1 und 9.2 bei Stromversorgungsverträgen mit Verbrauchern einzubeziehen sowie sich bei Abwicklung derartiger Verträge auf diese Klauseln zu berufen. Hinsichtlich der vom Kläger ebenfalls beanstandeten Klauseln mit den Ziffer 2.3, 4, 7 und 15.2 hat es die Klage abgewiesen. Über den Antrag der Klägerin auf Zahlung von 200,00 Euro nebst Zinsen hat das Landgericht nicht entschieden. Weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen findet dieser Antrag Erwähnung.

Soweit es der Klage stattgegeben hat, hat das Landgericht zur Begründung ausgeführt:

Zur Preisanpassungsklausel (6.1.):

Diese Klausel sei nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Die Leitbildrechtsprechung des Bundesgerichtshofes finde auf diese Klausel keine Anwendung, da die Beklagte die Regelung des § 5 Abs. 2 StromGVV nicht unverändert übernommen habe. Es fehle nämlich jedenfalls an einer Veröffentlichung der Preisänderungen auf der Internetseite der Beklagten. Hierdurch habe die Beklagte eine für die Kunden nachteilige Regelung getroffen, da der Möglichkeit, Preisänderungen auf einer Homepage zu erfahren, eine besondere Bedeutung zukomme. Die unangemessene Benachteiligung der Kunden werde auch nicht dadurch kompensiert, dass die Beklagte ihren Kunden für den Fall einer

Preisanpassung ein Kündigungsrecht einräume, denn dieses Kündigungsrecht stelle keinen angemessenen Interessenausgleich dar.

Zur Klausel zur Zahlungsart (8.3):

Diese Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 41 Abs. 1 EnWG, da nach letzterer Vorschrift dem Kunden vor Vertragsschluss verschiedene Zahlungsweisen anzubieten seien. Die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, dass sie ein weiteres Produkt anbiete, welches sich lediglich in der Zahlungsweise und den hieraus ergebenden Folgen von dem Produkt mit der hier in Rede stehenden Klausel unterscheide. Unbeachtlich sei, dass die Beklagte ihren Kunden auf deren Nachfrage auch eine andere Zahlungsart anbiete, da es im Verbandsprozess nicht auf die tatsächliche Übung, sondern auf die verbraucherfeindlichste Auslegung ankomme.

Zur Verzugskostenpauschale (9.1):

Diese Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB. Auch hier finde die Leitbildrechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Anwendung. Die von der Beklagten verwendete Klausel habe die Regelungen des § 17 Abs. 2 StromGVV nicht annäherungsweise unverändert übernommen. Insbesondere regule die Klausel nicht, dass die pauschale Berechnung einfach nachvollziehbar sein müsse und die Pauschale die nach dem gewünschten Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen dürfe. Auch müsse die Beklagte die Berechnungsgrundlage auf Verlangen des Kunden nicht nachweisen.

Die Klausel genüge nicht dem Bestimmtheitsgebot, da sie keine Regelung darüber enthalte, wie hoch die Kosten seien, die der Kunde beim Verzug zu erwarten habe.

Zur Klausel bezüglich der Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung (9.2):

Auch diese Klausel sei wegen eines Verstoßes gegen das aus dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB folgende Bestimmtheitsgebot unwirksam. Auch auf diese Regelung finde die Leitbildrechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine Anwendung, da die Vorschrift des § 19 Abs. 4 StromGVV nicht unverändert übernommen worden sei. Die Beklagte weise nämlich ihre Kunden nicht

darauf hin, dass die Pauschale die nach dem gewünschten Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen dürfe und dass auf Verlangen die Berechnungsgrundlage nachzuweisen sei. Auch sei der Nachweis geringerer Kosten nicht gestattet. Der Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot liege darin, dass die Klausel keine Regelung darüber enthalte, wie hoch die Kosten seien, die der Kunde bei der Unterbrechung des Strombezugs zu erwarten habe.

Soweit das Landgericht die Klage abgewiesen hat, hat es ausgeführt:

Zur Klausel zum Zustandekommen des Stromlieferungsvertrages (2.3):

Die Klausel sei wirksam; insbesondere liege weder ein Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB noch gegen §§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 150 Abs. 2 BGB vor. § 308 Nr. 1 BGB sei nicht einschlägig, da diese Norm ausschließlich Klauseln betreffe, die dem Verwender Fristen für seine Reaktion auf das Angebot der anderen Partei einräumten, also eine Antragsbindungsdauer für die andere Partei festlegen würden. Die von der Beklagten verwendete Klausel regle jedoch die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrags, also die Form der Angebotsannahme. Da die Klausel nicht regle, wann die Angebotsannahme erklärt werden müsse, weiche sie auch nicht zu Lasten des Kunden von § 150 Abs. 2 BGB ab.

Zur Klausel zur Erstlaufzeit (4):

Auch diese Klausel sei wirksam, insbesondere liege kein Verstoß gegen § 309 Nr. 9 a) BGB vor. Entgegen der Ansicht der Klägerin sei die Klausel nicht so auszulegen, dass sich eine den anderen Vertragsteil bindende Laufzeit von mehr als zwei Jahren ergeben könne, wenn die Lieferung erst mehr als 12 Monate nach Vertragsschluss beginne und der Vertrag dann für die vereinbarten 12 Monate laufe. Diese Auslegung sei lebensfremd, da es angesichts der dynamischen Preise am Strommarkt nicht der Lebenswirklichkeit entspreche, dass ein Kunde nach Vertragsschluss länger als 12 Monate auf die Lieferung des vereinbarten Stromes warte. Hierauf komme es jedoch nicht an, da der Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Leistungserbringung bei der Bestimmung der Laufzeit im Sinne von § 309 Nr. 9 a) BGB nicht zu berücksichtigen sei. Auch wenn grundsätzlich die Laufzeit bereits mit dem Abschluss des Vertrages und nicht erst mit einem vereinbarten späteren Zeitpunkt der Leistungserbringung

beginne, ergebe sich hier etwas anderes daraus, dass die Kunden der Beklagten aufgrund des Widerrufsrechts die Möglichkeit hätten, sich bis zu zwei Wochen nach Beginn der Leistungserbringung vom Vertrag zu lösen. Der Gesetzgeber habe aber mit der Norm lediglich verhindern wollen, dass ein feste Laufzeit ohne Kündigungsmöglichkeit über die höchstens zulässige Bindungsfrist hinaus vereinbart werde.

Zur Klausel zum Zutrittsrecht zwecks Ablesung (7):

Entgegen der Ansicht des Klägers verstoße diese Klausel nicht gegen § 307 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 13 GG.

Auch wenn die Beklagte mit dieser Klausel die Vorschrift des § 9 Satz 1 StromGKV nicht unverändert übernommen habe und daher die Leitbildrechtsprechung des BGH nicht gelte, sei die Klausel wirksam. Die Auslegung des Klägers, dass die Klausel der Beklagten ein jederzeitiges Zutrittsrecht gewähre, sei völlig abwegig. Es erscheine auch unter Zugrundelegung der kundenfeindlichsten Auslegung völlig lebensfremd, dass ein rechtlich unerfahrener Kunde bei Lektüre der Klausel zu dem Schluss komme, er sei verpflichtet, der Beklagten rund um die Uhr Zutritt zu gewähren. Gleiches gelte dafür, dass man aufgrund dieser Klausel den Eindruck erhalten könne, die Beklagte werde von ihrem Zutrittsrecht uneingeschränkt und ohne vorherige Terminabstimmung von ihrem Zutrittsrecht Gebrauch machen.

Zur Haftungsbegrenzungsklausel (15.2):

Auch diese Klausel verstoße nicht gegen das Transparenzgebot. Die Abbedingung der Haftung für eine mit leichter Fahrlässigkeit begangenen Vertragsverletzung sei zulässig. Zudem stelle die Beklagte in ihrer Klausel klar, dass ihre Haftung bei einer Verletzung von Kardinalpflichten nicht ausgeschlossen sei. Auch die Haftungsbeschränkung der Höhe nach sei wirksam. Ihr sei eine konkrete Betragsangabe nicht möglich; eine derartige Haftungshöchstgrenze sei auch unwirksam.

Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren form- und fristgerecht eingelegten Berufungen.

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung seine erstinstanzlichen Anträge in vollem Umfang weiter, soweit mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen wurde. Zudem begehrt er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 200,00 Euro nebst Zinsen an Abmahnkosten und macht insofern geltend, dass sich das Landgericht mit seinem bereits in erster Instanz rechtshängig gemachten Anspruch wohl versehentlich überhaupt nicht befasst habe. Er habe zu den anspruchsbegründenden Tatsachen in der Klageschrift hinreichend vorgetragen.

Im Übrigen rügt er:

Zur Klausel zum Zustandekommen des Stromliefervertrages (2.3):

Entgegen der Ansicht des Landgerichts regle die Klausel bei verbraucherfeindlichster Auslegung nicht nur die Form der Angebotsannahme, sondern räume der Beklagten auch zeitlich einen unangemessenen Gestaltungsspielraum ein, was auch durch den Begriff „sobald“ zum Ausdruck gebracht werde. Hiernach käme der Vertrag auch dann zustande, „sobald“ die Annahmeerklärung erfolge, wenn der Kunde zu diesem Zeitpunkt nicht mehr mit einer Annahme rechnen müsse.

Zur Klausel zur Erstlaufzeit (4):

Das Landgericht unterstelle zu Unrecht, die Kunden wüssten, dass sie sich vom Vertrag lösen könnten, wenn die Lieferung nicht innerhalb von 12 Monaten erfolge. Die Beklagte sehe in ihren Bedingungen kein entsprechendes Rücktrittsrecht vor. Auch die Widerrufsbelehrung der Beklagten könne nicht dahingehend ausgelegt werden, dass das Widerrufsrecht unabhängig von den Voraussetzungen eines Fernabsatzgeschäftes bestehen solle. Die Beklagte komme mit ihrer Belehrung daher nur ihrer Informationspflicht nach und treffe keine allgemeine Regelung beim Vertragswiderrufsrecht.

Zur Klausel zum Zutrittsrecht zwecks Ablesung (7):

Auch insofern habe das Landgericht den Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung verkannt. Nach dieser Auslegung müsse der Kunde der Beklagten ihr jederzeit und ohne vorherige Anmeldung Zutritt zur Wohnung zu gewähren.

Zur Haftungsbegrenzungsklausel (15.2):

Maßgeblich für die Intransparenz der Klausel sei, ob ein juristischer Laie auf der Grundlage einer solchen Klausel einschätzen könne, inwieweit die Haftung der Beklagten beschränkt sei. Unerheblich sei daher entgegen der Ansicht des Landgerichts, dass es hinsichtlich der hier in Rede stehenden Haftungsbeschränkung eine gefestigte Rechtsprechung gebe.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte über die Verurteilung durch das Landgericht hinaus zu verurteilen,

I.

es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

bei Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, die nachfolgenden oder inhaltsgleiche Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen, wie geschehen in dem Antragsformular nebst Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für den Tarif S Naturstrom-Haushalt (Anlage K2 zur Klageschrift):

1. [2.3] Der Stromliefervertrag kommt zustande, sobald S Ihnen in einem weiteren Schreiben (bzw. bei Auftragserteilung gemäß 2.2 ggf. auch per E-Mail) das Zustandekommen bestätigt und den verbindlichen Lieferbeginn mitteilt.

2. [4] Die Erstlaufzeit beginnt mit dem in der Auftragsbestätigung genannten Lieferbeginn.

3. [7] [Bitte lesen Sie auf schriftliche Anfrage der S Ihren Zählerstand selbst ab. Werden die Messeinrichtungen von Ihnen nicht abgelesen, kann S auf Ihre Kosten die Ablesung selbst vornehmen, den Verbrauch schätzen oder einen Dritten mit der Ablesung beauftragen.] Zu diesem Zweck müssen Sie S oder dem Beauftragten den Zutritt zu Ihren Räumen gestatten.

4. [15.2] S haftet auch bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten, bei leichter Fahrlässigkeit jedoch der Höhe nach beschränkt auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden (wesentliche Vertragspflichten sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf).

II.

an ihn 200,00 Euro nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie beantragt mit ihrer Berufung,
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens, soweit ihr günstig. Hinsichtlich ihrer Berufung rügt sie:

Zur Preisanpassungsklausel (6.1.):

Der BGH habe, vom LG übersehen, explizit bestätigt, dass die – mit § 5 II StromGKV identische und von ihr unverändert mit Ziff. 6.1. ihrer AGB übernommene – Vorschrift des § 5 II GasGKV Leitbildcharakter habe. Unschädlich sei, dass sie diese Vorschrift

nicht wortwörtlich übernommen habe, da ihre Regelung keine Abweichung zum Nachteil ihrer Kunden beinhalte. Unabhängig hiervon stelle das in ihren Bedingungen vorgesehene Kündigungsrecht mit Wirkung zum Zeitpunkt der Preisänderung einen angemessenen Interessenausgleich dar, welches angesichts des regen Stromwettbewerbs auf dem Markt eine echte Alternative sei. Auch der Umstand, dass sie keine Veröffentlichung der Preiserhöhung auf ihrer Internetseite vorsehe, könne nicht die Unwirksamkeit begründen, weil die in ihrer Klausel vorgesehene schriftliche Benachrichtigung ein Höchstmaß an Sicherheit biete.

Für den Fall, dass das Berufungsgericht die Preisänderungsklausel für unwirksam erachtet, beantragt die Beklagte zudem die Aussetzung des Rechtsstreits wegen des Vorlagebeschlusses des Bundesgerichtshofs vom 09.02.2011 (VIII ZR 162/09) bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union hierüber. Hierzu vertritt sie die Ansicht, dass die Vorlagefragen für den vorliegenden Rechtsstreit vorgreiflich seien, da die Entscheidung über die Wirksamkeit der Einbeziehung des § 4 Abs. 2 AVBGasV auch für das vorliegende Verfahren entscheidungserheblich sei und einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union präjudizielle Bindungswirkung zukomme.

Zur Klausel zur Zahlungsart (8.3):

Das LG habe verkannt, dass § 41 EnWG ausschließlich die Fälligkeit von Forderungen betreffe und daher auf ihre Klausel nicht anwendbar sei. Zudem schreibe die Vorschrift lediglich vor, dass mehrere Zahlungsweisen anzubieten seien, nicht aber, dass diese auch genannt werden müssten. Dieser Verpflichtung komme sie nach, indem sie mehrere Verträge mit anderen Zahlungsweisen anbiete. Sie habe daher die Vorschrift inhaltlich unverändert übernommen, so dass die Leitbildrechtsprechung Anwendung finde. Selbst wenn man dies anders sähe, läge keine unangemessene Benachteiligung der Kunden vor, da § 41 EnWG nicht vorschreibe, dass die Zahlung per Vorkasse und Barzahlung unzulässig sei.

Zur Verzugskostenpauschale (9.1):

Auch insofern liege keine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften vor, da § 17 StromGVV nicht vorschreibe, dass eine Pauschale in den Allgemeinen Bedingungen beziffert werde oder in den Allgemeinen Bedingungen klarzustellen sei, dass die

Berechnungsgrundlage auf Verlangen nachgewiesen werde. Zudem liege keine unangemessene Benachteiligung des Kunden vor, da jedem Kunden sein Recht auf Geltendmachung eines geringeren Schadens bewusst sei und der fehlende Hinweis auf das Recht zum Nachweis der Berechnungsgrundlage mangels Überprüfbarkeit der Berechnungsgrundlagen der Pauschale ohnehin keinen Mehrwert darstelle.

Zur Klausel bezüglich der Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung (9.2):

Es liege keine Abweichung von § 19 IV StromGKV vor, da diese Vorschrift weder vorschreibe, dass die Pauschale in den Allgemeinen Bedingungen beziffert werde noch, dass in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen klarzustellen sei, dass die Berechnungsgrundlage auf Verlangen nachgewiesen werde. Zudem liege keine unangemessene Benachteiligung des Kunden vor, da der fehlende Hinweis darauf, dass die Pauschale den gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht übersteigen dürfe, mangels Überprüfbarkeit der Berechnungsgrundlagen der Pauschale keinen Mehrwert darstelle.

Der Kläger beantragt,
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil, soweit ihm günstig, unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung des Klägers hat nur zu einem Teil geringen Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet. Die Berufung der Beklagten ist insgesamt unbegründet.

A. Zur Berufung des Klägers

Die Berufung des Klägers hinsichtlich der Unterlassungsklage hat lediglich im Hinblick auf die Klausel Ziff. 15.2 Erfolg. Auf seine Berufung hin war die Beklagte zudem zur Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 200,00 Euro nebst Zinsen zuzusprechen, da der Kläger insofern seine Klage in der Berufungsinstanz zulässig erweitert hat.

1. Klausel 2.3, Zustandekommen des Vertrages

Der Kläger wendet sich vergeblich dagegen, dass das Landgericht die Klage bezüglich der Klausel 2.3 abgewiesen hat.

Die Klausel verstößt weder gegen § 308 Nr. 1 BGB noch gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verbindung mit § 147 Abs. 2 BGB (das Landgericht hat insofern wohl versehentlich die Vorschrift des § 150 II BGB zitiert). Entgegen der Ansicht des Klägers enthält die Klausel nämlich keine Fristenregelung.

Die Klausel bestimmt nicht ausdrücklich, dass sich der Kunde durch die Abgabe seines Angebots für eine Frist bindet. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Klausel aber auch nicht unter Zugrundelegung des Grundsatzes der sogenannten verbraucherfeindlichsten Auslegung entsprechend auszulegen. Der durchschnittliche, rechtlich nicht vorgebildete Kunde, auf dessen Horizont bei der Auslegung abzustellen ist, versteht die Klausel entgegen der Ansicht des Klägers nicht so, dass er bis zur Bestätigung der Beklagten in schriftlicher Form oder per E-Mail an seinen Antrag gebunden ist. Dies gilt auch unter Berücksichtigung dessen, dass in § 308 Nr. 1 BGB auch unklare und unbestimmte Fristenregelungen umfasst werden, worunter auch Klauseln fallen, aus denen die Frist für den Vertragspartner des Verwenders nicht berechenbar ist, weil die Dauer der Frist von einem Ereignis abhängt, das allein in der Einfluss- oder Kenntnissphäre des Verwenders liegt.

Nach dem eindeutigen Wortlaut regelt diese Klausel aber lediglich das Zustandekommen des Vertrages. Auch ein rechtlich nicht vorgebildeter Kunde kann sie nur so verstehen, dass Voraussetzung für den Vertragsschluss eine Auftragsbestätigung (schriftlich oder per E-Mail) ist und somit ausschließlich die Form des Vertragsschlusses geregelt wird. Hierfür spricht auch die eindeutige Überschrift unter 2. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die „wie kommt mein Vertrag zustande und ab wann bekomme ich Strom von der S?“ lautet. Nicht geregelt wird demnach, wann der Vertrag zustande kommt.

Anderes ergibt sich entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht aus der Verwendung des Wortes „sobald“ (so aber auch OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17.10.2011, 1 U 33/11). Dieser Konjunktion kommt über den eigentlichen Wortsinn hinaus, nämlich dass der Vertrag „mit“ der Auftragsbestätigung der Beklagten zustande kommt, keine weitergehende Bedeutung zu. Anders als beispielsweise die Konjunktion „solange“ bedeutet „sobald“ nicht, dass bis zu dem Eintritt eines Ereignisses ein Zustand perpetuiert werden soll, der den Kunden bindet, sondern, wie bei der Konjunktion „wenn“, dass hiermit eine Bedingung gesetzt wird. Die Klausel bekommt durch die Verwendung des Wortes „sobald“ kein anderes Gepräge als eine Klausel, die etwa lautete: „Der Vertrag kommt dadurch zustande, dass ...“ oder „Voraussetzung für Vertragsschluss ist eine Auftragsbestätigung ...“.

Auch in einer Zusammenschau mit dem weiteren Inhalt der Klausel 2.3, wonach die Stromlieferung bei einem Auftragseingang bei der Beklagten bis zum 15. eines Monats in der Regel am 1. des übernächsten Monats beginnt, ergibt sich nichts anderes. Diese Regelung betrifft nach dem eindeutigen Wortlaut des Vertrages auch auch Sicht eines durchschnittlichen Haushaltskunden nur den Beginn der Leistung, nicht aber den Vertragsschluss.

Nach alledem ist die von dem Kläger reklamierte Auslegung der Klausel, wonach der Kunde ohne jegliche zeitliche Einschränkung entgegen der Gesetzeslage bis zur Auftragsbestätigung an sein Angebot gebunden bleibt, dermaßen fernliegend, dass von ihr Störungen des Rechtsverkehrs ernstlich nicht zu besorgen sind.

2. Zur Klausel zur Erstlaufzeit (4):

Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass diese Klausel nicht gegen § 309 Nr. 9 a BGB verstößt. Der Senat macht sich die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil zu eigen, welche durch die Einwände des Klägers in der Berufungsinstanz nicht erschüttert werden.

Die Auslegung, dass sich aus dieser Klausel eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren ergäbe, da hiernach denkbar sei, dass die Stromlieferung erst mehr als 12 Monate nach Vertragsschluss und erst dann die Vertragslaufzeit von einem Jahr beginne, ist ebenfalls dermaßen lebensfremd, dass von ihr Störungen des Rechtsverkehrs ernstlich nicht zu besorgen sind. Ein durchschnittlicher Haushaltskunde wird die Klausel nicht in diesem Sinne verstehen. Jedem Kunden ist die existentielle Be-

deutung von Strom für seinen Haushalt und seine Lebensführung insgesamt bewusst. Ihm ist auch bewusst, dass ein Stromversorger bereits aus ureigensten Interessen heraus mit der Stromlieferung alsbald wie möglich beginnen wird und dass ein Zeitraum von mehr als einem Jahr zwischen Vertragsschluss und Stromlieferung schlichtweg nicht denkbar ist. Aus diesen Gründen und aufgrund der ebenfalls allgemein bekannten Dynamik am Strommarkt mit ständig wechselnden Angeboten und Produkten wird er nicht annehmen, dass er nach einem Zeitraum von mehr als einem Jahr noch an den Vertrag gebunden ist, wenn bis zu diesem Zeitpunkt die Stromlieferung seitens des neuen Versorgers noch nicht stattgefunden hat.

Aus diesen Gründen ist es auch unerheblich, ob, wie das Landgericht gemeint hat, dem Verstoß gegen § 309 Nr. 9 a BGB das seitens der Beklagten eingeräumte zweiwöchige Widerrufsrecht entgegensteht.

3. Zur Klausel zum Zutrittsrecht zwecks Ablesung (7):

Auch insoweit nimmt der Senat zwecks Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Urteil. Der Kläger macht vergeblich geltend, dass die Klausel Ziffer 7, in welcher das Zutrittsrecht der Beklagten zwecks Ablesung des Zählerstandes geregelt ist, bei kundenfeindlichster Auslegung dahin verstanden werden kann, dass der Kunde der Beklagten jederzeit und auch ohne vorherige Anmeldung Zutritt zu seinen Räumlichkeiten zu gewähren hat. Es ist nämlich allgemeinkundig, dass ein Stromversorger einen Ablesetermin entweder schriftlich ankündigt oder bei einem Besuch ohne vorherige Ankündigung gegen den Willen des Wohnungsinhabers bzw. Vertragskunden nicht die Räumlichkeiten betreten darf, sondern auf einen anderen Termin nach vorheriger Terminabsprache oder die Ankündigung verwiesen werden kann. Jeder Kunde, der Vertragspartner der Beklagten wird, ist zuvor Vertragspartner eines anderen Stromversorgers geworden bzw. hat in einem Haushalt gelebt, welcher von einem anderen Stromversorger beliefert wurde. Die vorherige Ankündigung eines Ablesetermins bzw. die tatsächliche Handhabung bei einem Ablesetermin ohne vorherige Ankündigung ist daher auch dem rechtlich nicht vorgebildeten Haushaltskunden bekannt. Aufgrund dessen wird er aufgrund der Klausel der Beklagten nicht annehmen, dass er Mitarbeitern der Beklagten ohne vorherige Terminabsprache

oder ohne seine ausdrücklich erklärte Zustimmung Zutritt zur Wohnung zu gewähren hat. Eine andere Auslegung ist dermaßen lebensfremd, dass von ihr Störungen des Rechtsverkehrs ernstlich nicht zu besorgen sind (anderer Ansicht OLG Frankfurt am Main a.a.O.)

4. Zur Haftungsbegrenzungsklausel (15.2):

Hinsichtlich der Klausel Ziffer 15.2 ist die Berufung des Klägers hingegen begründet. Ihm steht ein Unterlassungsanspruch aus § 1, 3 Unterlassungsklagegesetz zu. Die von ihm beanstandete Klausel, mit welcher die Beklagte ihre Haftung bei schuldhafter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten auch bei leichter Fahrlässigkeit der Höhe nach begrenzt, verstößt gegen das aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Bestimmtheitsgebot in Form des Transparenzgebots.

Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten möglichst klar, präzise und einfach darzustellen, so dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Hierzu gehört auch, dass die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lässt, wie weit dies nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. Palandt/Grüneberg, Kommentar zum BGB, 70. A., § 307, Rd. 21). Allerdings dürfen die Transparenzanforderungen nicht überspannt werden und bestehen nur im Rahmen des tatsächlich und rechtlich Möglichen und Zumutbaren. So darf der Verwender auch unbestimmte Rechtsbegriffe übernehmen.

Dahin gestellt bleiben kann, ob sich ein Verstoß gegen das Transparenzgebot bereits daraus ergibt, dass die Beklagte bei ihrer Haftungsbeschränkung den Begriff der „wesentlichen Vertragspflichten“ verwendet hat, den sie im weiteren Verlauf der Klausel erläutert hat

Der Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ergibt sich nämlich jedenfalls daraus, dass die Beklagte ihre Haftung bei einer leicht fahrlässig begangenen Verletzung wesentlicher Vertragspflichten der Höhe nach auf die „bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden“ beschränkt hat (so auch OLG Frankfurt am Main aaO, a.A. OLG Köln, Urteil vom 22.07.2011, 6 U 45/11, unter BeckRS 2011, 26071 abrufbar). Diese Formulierung, mit welcher die Beklagte die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs berücksichtigt, wonach ein Verstoß gegen § 307 BGB vorliegt, wenn eine Haftungsbeschränkung auch die Verletzung von

Kardinalspflichten umfasst und der Haftungshöchstbetrag die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden nicht abdeckt (vgl. BGH, NJW-RR 2006, S. 267 ff), lässt für den Vertragspartner der Beklagten nicht ansatzweise erkennen, ob ihm aufgrund der Haftungsbeschränkung überhaupt bzw. in welchem Umfang ihm Ansprüche zustehen. Durch die allgemein gehaltene Formulierung behält sich die Beklagte zum Nachteil des Vertragspartners einen unangemessen weiten Beurteilungsspielraum bei der Abwicklung von Schadensfällen vor. Der Verbraucher hingegen wird durch die Klausel im Ungewissen gelassen, welchen Betrag er gegenüber der Beklagten geltend machen kann. Aufgrund der Formulierung liegt es durchaus im Bereich des Möglichen, dass ein Kunde im Schadensfall von der Geltendmachung seiner Ansprüche gegenüber der Beklagten in weiten Teilen oder sogar insgesamt absieht, da er aufgrund der zu unbestimmten Formulierung glaubt, seine Ansprüche würden die bei Vertragsschluss vorhersehbaren vertragstypischen Schäden übersteigen und diese vertragstypischen Schäden (für die die Beklagte haftet) würden betragsmäßig kaum nennenswert sein, so dass sich die Geltendmachung seiner Ansprüche insgesamt nicht lohnen würde.

Entgegen der Ansicht der Beklagten besteht für den Verbraucher durch die den Höchstbetrag offenlassende Formulierung kein Vorteil, der darin bestehen soll, dass hierdurch eine einzelfallabhängige Festlegung des Betrages erfolgen kann. Ausgangspunkt dafür, dass die Klausel zum Nachteil des Verbrauchers abweicht, da sie nicht hinreichend bestimmt ist, ist der Ansatz, dass mit der Klausel eine Haftungsbeschränkung geregelt wird, also die vertraglichen Schadensersatzansprüche des Verbrauchers zu seinem Nachteil der Höhe nach beschränkt werden. Dieser Nachteil wird entgegen der Ansicht der Beklagten nur noch verstärkt, wenn in der Vertragsbestimmung der Umfang der Haftungsbeschränkung nicht deutlich genug festgelegt wird, sondern nach seinem Wortlaut von der Beklagten im Einzelfall festgelegt werden kann.

Bezeichnenderweise hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Senatstermin ausgeführt, dass die Beklagte den Umfang der Haftungsbeschränkung auch nicht annähernd bestimmen könne (insofern nicht protokolliert). Dies verdeutlicht anschaulich, dass sich die Beklagte im Einzelfall die Festlegung des Haftungshöchstbetrages vorbehalten will, und zwar zum Nachteil des Kunden, der bereits bei Vertragsschluss erkennen muss, in welchem Umfang ihm Ansprüche

gegenüber der Beklagten zustehen bzw. ab welchem Betrag die Beklagte ihre Haftung ausschließen will.

Dahingestellt bleiben kann hierbei, ob die Haftungsbeschränkung nur dann wirksam wäre, wenn in ihr der Haftungshöchstbetrag beziffert würde, wie der Kläger meint. Es wäre der Beklagten nämlich jedenfalls zumutbar, die Rechte des Kunden und die wirtschaftlichen Nachteile, die sich aus der Haftungsbeschränkung ergeben, durch beispielhafte Benennung der typischen Vertragsschäden zu konkretisieren und verständlich zu machen. Sollte es der Beklagten, wie sie selbst vorträgt, allerdings nicht möglich sein, die vorhersehbaren vertragstypischen Schäden zu benennen, ist es ihr zuzumuten, ihre Haftung auf einen bezifferten Höchstbetrag zu beschränken (vgl. hierzu auch BGH in NJW-RR 1998, S. 1426, 1428).

5. Zum Zahlungsantrag

Auf die Berufung des Klägers hin war die Beklagte zudem zur Zahlung von 200,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu verurteilen.

Der Kläger beanstandet zu Recht, dass das Landgericht über diesen Antrag nicht entschieden hat, obwohl der Kläger ihn bereits mit der Klageschrift geltend gemacht, ihn ausweislich des Terminprotokolls vom 3. September 2010 (Bl. 94 ff d.A.) auch in der mündlichen Verhandlung gestellt und auch nicht im anschließenden schriftlichen Verfahren nach § 128 Absatz 2 ZPO zurückgenommen hat. Im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen finden sich zu diesem Antrag keinerlei Ausführungen. An sich hätte der Kläger daher einen Berichtigungsantrag nach § 319 ZPO stellen und diesen mit einem Antrag auf Ergänzung des Urteils nach § 321 ZPO verbinden müssen. Indem er dies unterlassen hat und die Antragsfrist des § 321 Abs. 2 ZPO abgelaufen ist, ist die Rechtshängigkeit des Zahlungsantrags erloschen (vgl. Zöller-Vollkommer, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 28. Aufl., § 321, Rdnr. 8).

Da der Kläger aber mit seiner Berufung das Urteil auch im Übrigen angegriffen hat und zugleich - erneut – die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 200,00 Euro nebst Zinsen beantragt hat, hat er hiermit im Wege der Klageerweiterung den Zahlungsantrag wieder rechtshängig gemacht. Die Klageerweiterung in der Berufungsinstanz ist nach § 533 ZPO zulässig, da sämtliche dazu gehörigen

Tatsachen von dem Kläger bereits in erster Instanz vorgetragen waren, mithin nach § 529 ZPO zu berücksichtigen sind und die Klageerweiterung sachdienlich ist.

Die Zahlungsklage hat auch in der Sache Erfolg. Dem Kläger steht nämlich gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 200,00 Euro aus § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu. Hiernach kann der Abmahnende Ersatz der durch eine begründete Abmahnung entstandenen erforderlichen Aufwendungen verlangen. Nach dem von der Beklagten nicht bestrittenen Vorbringen des Klägers belaufen sich seine Kosten für eine Abmahnung auf durchschnittlich 213,65 Euro. Die geltend gemachte Pauschale von 200,00 Euro ist daher erforderlich im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

Dem Anspruch steht nicht – auch nicht teilweise – entgegen, dass die Abmahnung teilweise unbegründet war (vgl. hierzu BGH in NJW 2008, S. 3050 ff).

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 291 BGB in Verbindung mit § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

B. Zur Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten ist insgesamt unbegründet und war daher zurückzuweisen.

1. Zur Preisanpassungsklausel (6.1.):

Inbesondere wendet sich die Beklagte vergeblich gegen ihre Verurteilung im Hinblick auf die von ihr verwendete Klausel 6.1, mit welcher das Preisänderungsrecht der Beklagten geregelt wird.

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. grundlegend Urteil vom 15.07.2009, veröffentlicht in NJW 2009, S. 2662 ff) stellt eine Preisanpassungsklausel in Verträgen über die Belieferung von Gas bzw. Strom, die außerhalb der allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht mit sog.

Sonderkunden geschlossen werden und welche das im Tarifikundenverhältnis bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht (hier: § 5 Abs. 2 StromGVV) unverändert übernimmt, keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 BGB dar. Auch wenn eine den gesetz-

lichen Bestimmungen nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel nicht den Anforderungen genügt, die an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zu stellen sind, hat der Ordnungsgeber mit diesen Bestimmungen den Maßstab gesetzt, nach dem eine Benachteiligung von Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB zu beurteilen ist. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB es den Versorgungsunternehmen freigestellt, auch ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderkunden entsprechend den allgemeinen Versorgungsbedingungen zu gestalten, da Sonderabnehmer keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer. Da nicht ersichtlich ist, dass im Bereich von Sonderverträgen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit und der Konkretisierung einer Preisanpassungsregelung gestellt werden müssten, stellt eine unveränderte Übernahme der gesetzlichen Preisanpassungsklauseln keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB dar.

Weicht die Preisanpassungsklausel jedoch von der gesetzlichen Regelung über die Preisanpassung ab, worunter nicht notwendig die wörtliche, sondern die inhaltliche Übereinstimmung gemeint ist (vgl. BGH in NJW-RR 2010, S. 1205 ff), ist sie aufgrund der Leitbildfunktion der gesetzlichen Preisanpassungsvorschrift nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Die von der Beklagten verwendete Klausel weicht zum Nachteil des Kunden von der Vorschrift des § 5 Abs. 2 StromGVV ab.

Hierbei kommt es darauf, dass die Beklagte in ihrer Klausel nicht, wie in § 5 II StromGVV vorgeschrieben, die Veröffentlichung auf ihrer Internetseite vorsieht, nicht an. Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich nämlich aus anderen, schwerer wiegenden Gründen. Aus der Klausel geht nämlich nicht hervor, dass die Beklagte nicht nur berechtigt ist, aus Anlass seiner Kostensteigerungen die Preise zu erhöhen, sondern im Falle von Kostensenkungen auch zu einer Preissenkung verpflichtet ist. Die von der Beklagten verwendete Formulierung „... kann den Verbrauchspreis und den Grundpreis ändern“ ist – und zwar nicht nur bei kundenfeindlichster Auslegung – so zu verstehen, dass der Beklagten zwar ein einseitiges Recht auf Preiserhöhungen und ggf. auch auf Kostensenkungen zusteht. Eine Pflicht zu Preissenkungen kann der Klausel jedoch nicht entnommen werden. Die Verwendung des Modalverbs

„kann“ steht einer solchen Auslegung entgegen (vgl. zu ähnlichen Fallgestaltungen u.a. BGH in NJW-RR 2010, S. 1202 ff sowie NJW 2010, S. 993 ff).

Eine weitere nachteilige Abweichung liegt darin, dass die Beklagte nach der Klausel zu einer Preiserhöhung auch dann berechtigt ist, wenn sich ihre Kosten insgesamt nicht erhöht haben. Die Beklagte hat hierdurch die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Erhöhung ihrer Gewinnspanne (vgl. BGH in NJW 2009, S. 2662 ff).

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird die ungemessene Benachteiligung ihrer Kunden auch nicht dadurch angemessen kompensiert, dass dem Kunden nach dem weiteren Inhalt der Klausel für den Fall der Preiserhöhung ein Kündigungsrecht zusteht, welches zum Zeitpunkt der Preiserhöhung Wirkung erlangt. Dieses Kündigungsrecht, welches die Beklagte ihren Kunden einräumt, stellt nämlich ein Mindestanfordernis dar, um zu gewährleisten, dass die Vorschrift des § 5 Abs. 2 StromGVV unverändert übernommen werden kann. Die gesetzlichen Bestimmungen zur Preisanpassung stehen in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht (hier: nach § 20 StromGVV). Ohne ein solches Kündigungsrecht wäre daher auch eine unveränderte Übernahme der Regelung des § 5 Abs. 2 StromGVV nach § 307 BGB unwirksam. Dann kann aber ein Sonderkündigungsrecht keinen angemessenen Ausgleich für eine inhaltlich abweichende Preisanpassungsklausel darstellen (vgl. BGH in NJW 2011, S. 1342 ff, NJW 2010, S. 993 ff, NJW 2009, 2667 ff).

Der Rechtsstreit war auch nicht, wie von der Beklagten beantragt, in entsprechenden Anwendung des § 148 ZPO bis zu einer Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union über den Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs vom 09.02.2011 (VIII ZR 162/0, abrufbar unter BeckRS 2011, 04021) auszusetzen. Entgegen ihrer Ansicht sind nämlich die Vorlagefragen, ebenso wie die Vorlagefragen in den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs vom 29.06.2011, VIII 211/10 und vom 18.05.2011, VIII ZR 71/10, nicht vorgreiflich für den Rechtsstreit. Die Vorlagefragen des Beschlusses vom 09.02.2011 betreffen nämlich ausschließlich den Fall, dass die gesetzlichen Preisanpassungsklauseln in Sonderkundenverträgen unverändert übernommen werden, was hier aus den oben genannten Gründen nicht der Fall ist. Dies wird in der ersten Vorlagefrage des Bundesgerichtshofs ausdrücklich klar gestellt und ergibt sich aus der Begründung des

Vorlagebeschlusses. Die Vorlage zielt auf die Klärung der Frage, ob die gesetzlichen Preisanpassungsregelungen, die im Verhältnis zu Sonderkunden unverändert vertraglich übernommen werden, nach der Richtlinie als missbräuchlich, und zwar zum Nachteil des Verbrauchers, gelten, vgl. Art. 3 I und III der RL 93/13/EWG und die Vorlagebeschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 29.06.2011 und vom 18.05.2011. Bei einer inhaltlich zum Nachteil des Verbrauchers von den gesetzlichen Regelungen zur Preisänderung abweichenden Preisanpassungsklausel verbleibt es unabhängig von den Vorlagefragen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welcher sich der Senat anschließt, bei der Unwirksamkeit der Vertragsklauseln nach § 307 BGB.

2. Zur Klausel zur Zahlungsart (8.3):

Auch die von der Beklagten verwendete Klausel Ziff. 8.3., wonach dem Kunden das Lastschriftverfahren „zur Verfügung steht“, ist unwirksam, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat. Sie verstößt gegen die zwingende Vorschrift des § 41 II EnWG, und zwar sowohl in der bis zum 03.08.2011 (§ 41 I 2 EnWG a.F.) gültigen als auch in der aktuellen Fassung. Hiernach sind dem Kunden vor Vertragsschluss verschiedene Zahlungsweisen (bis zum 03.08.2011 gültige Fassung) bzw. verschiedene Zahlungsmöglichkeiten (aktuelle Fassung) anzubieten. Entgegen der Ansicht der Beklagten betreffen die Regelungen in § 41 Abs. 1 S. 2 Nr.3 EnWG und in Abs. II die Art und Weise einer Zahlung und nicht die zeitlichen Staffelungen, also die Fälligkeit der Forderungen des Energielieferers. Mit diesen Vorschriften soll der Energielieferer verpflichtet werden, dem Kunden mindestens zwei verschiedene Möglichkeiten anzubieten, auf welchem Wege (und nicht wann) er seine Forderungen begleichen kann. Dies ergibt sich nicht nur aus den Begriffen „Zahlungsweisen“ und „Zahlungsmöglichkeiten“, sondern auch unter Berücksichtigung der Vorgaben der EltRL/GasRL(Anhang A lit.a), wonach sicherzustellen ist, dass dem Kunden ein breites Spektrum von „Zahlungsmodalitäten“ zur Verfügung steht, und wonach die durch die unterschiedlichen „Zahlungssysteme“ entstehenden Kosten in den Vertragsbedingungen wieder zu spiegeln sind. Sämtliche Begriffe können nach Auffassung des Senats nur so verstanden werden, dass dem Kunden mehrere Möglichkeiten einzuräumen sind, auf welche Art und Weise, und nicht wann er zu

zahlen hat (so auch Eder in Danner/Theobald, Kommentar zum Energierecht, Bd.2, § 41 EnWG, Rd. 8, a.A. Hellermann in Britz/Hellermann/Hermes, Kommentar zum EnWG, 2. A., § 41, Rd. 15).

Demnach verstößt die Klausel der Beklagten gegen § 41 II 1 EnWG. Auch wenn hiermit nicht vorgeschrieben wird, dass der Versorger in einem Vertrag mehrere Zahlungsmöglichkeiten anbieten muss, hat er aber in verschiedenen Verträgen mehrere Zahlungsmöglichkeiten anzubieten und darf er die hierdurch entstehenden Kosten weitergeben, wobei die Produkte im Übrigen identisch sein müssen (vgl. Hellermann aaO, Rd. 16 und Eder aaO, Rd.8).

Diesen Vorgaben kommt die Beklagte mit ihrer Vertragsbestimmung nicht nach. Insbesondere genügt es entgegen ihrer Ansicht nicht, dass sie dem Kunden – auf dessen Nachfrage – auch die Möglichkeit einer anderen Zahlungsweise anbietet. Nach dem eindeutigen und jede andere Zahlungsmöglichkeit ausschließenden Wortlaut der Klausel drängt sich – nicht nur für den durchschnittlichen Verbraucher – der Eindruck auf, dass die Beklagte eine andere Zahlungsmöglichkeit als die des Lastschriftverfahrens nicht akzeptieren wird. Die weitaus überwiegende Mehrheit von Vertragskunden wird daher davon absehen, sich bei der Beklagten nach Alternativen zum Lastschriftverfahren zu erkundigen.

Unerheblich ist entgegen der Darstellung der Beklagten aus den oben genannten Gründen auch, dass sie nach ihrem Vorbringen mehrere Verträge über die Belieferung von Strom mit verschiedenen Zahlungsmethoden anbietet. Sie hat nicht dargelegt, dass der Vertrag „S Naturstrom“ mit einer anderen Zahlungsmethode angeboten wird und sich dieser Vertrag nur hinsichtlich der durch die andere Zahlungsmethode etwaig ergebenden Mehrkosten von dem Vertrag, dessen Bedingungen Gegenstand des Rechtsstreits sind, unterscheidet.

Entgegen der Ansicht der Beklagten wird der Verbraucher durch diesen Verstoß benachteiligt. Hierfür spricht bereits die gesetzliche Vermutung des § 307 II Nr. 1 BGB, da gegen wesentliche Grundgedanken des § 41 EnWG verstoßen wird, also in die rechtlichen Interessen des Verbrauchers in nicht unerheblichem Maße eingegriffen wird. Die Vorschrift des § 41 II 1 EnWG soll dem Kunden die Möglichkeit einräumen, sich zwischen mehreren Zahlungsweisen, die notwendigerweise Vorteile und Nachteile besitzen, entscheiden zu können. Verträge, die hiergegen verstoßen, sind aufgrund des zwingenden Charakters der Vorschrift des § 41 EnWG hinsichtlich

der Zahlungsart unwirksam und bleiben im Übrigen wirksam (Eder in Danner/Theobald, Kommentar zum Energierecht, Bd.2, § 41 EnWG, Rd. 8). Dies gilt erst Recht für eine AGB-Klausel mit entsprechendem Inhalt, welche gegen zwingendes Recht verstößt.

3. Zur Verzugskostenpauschale (9.1):

Auch die Bestimmung Ziff. 9.1., wonach die Beklagte bei Zahlungsverzug des Kunden die durch eine erneute Zahlungsaufforderung und Einziehung durch einen Beauftragten entstehenden Kosten pauschal in Rechnung stellen kann, ist aus mehreren Gründen unwirksam.

Zum Einem verstößt sie gegen § 309 Nr.5 lit. b BGB, wonach eine Schadenspauschale dem Vertragspartner des Verwenders ausdrücklich den Nachweis gestatten muss, dass entweder gar kein oder ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist. Da die Klausel inhaltlich zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Bestimmung des § 17 II StromGVV abweicht, ist die Anwendbarkeit des § 309 BGB nicht durch § 310 II BGB ausgeschlossen.

Die nachteilige Abweichung der Klausel von § 17 II StromGVV und somit die Anwendbarkeit des § 309 BGB ergibt sich daraus, dass die Schadenspauschale – im Gegensatz zu § 17 II StromGVV - die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten übersteigen kann und dass die Beklagte zudem nicht auf Verlangen des Kunden die Berechnungsgrundlage nachzuweisen braucht. Entgegen der Ansicht der Beklagten sind diese Angaben erforderlich. Der Einwand der Beklagten, dass der Stromversorger die Schadenspauschale in seinen ergänzenden Bedingungen nicht betragsmäßig zu beziffern brauche, sondern § 17 II StromGVV lediglich die Geltendmachung („Berechnung“) der Pauschale bei der Abwicklung des Schadensfalls im Einzelfall regle und auch die übrigen durch § 17 II StromGVV normierten Anforderungen an die Schadenspauschale nicht in die Bedingungen des Grundversorgers übernommen werden müssten, verfängt nicht. § 17 StromGVV gilt in seinem Anwendungsbereich – gegenüber den sog. Tarifkunden – unmittelbar, da die Stromgrundversorgungsverordnung Bestandteil des Vertrags zwischen dem Stromversorger und dem Kunden ist, § 1 I 2 StromGVV. Der Grundversorger hat die allgemeinen Bedingungen, also den Text der Stromgrundversorgungsverordnung, nach § 2 IV StromGVV jedem Neukunden und auf Verlangen auch den übrigen

Kunden unentgeltlich auszuhändigen und auf diese Bedingungen ausdrücklich hinzuweisen, § 2 II StromGVV. Jedem Tarifkunden ist daher der Inhalt des § 17 StromGVV, der unmittelbarer Vertragsbestandteil für ihn geworden ist, bekannt bzw. kann er sich ohne weiteres hierüber informieren. Wenn sich der Versorger dazu entschließt, den Anwendungsspielraum, den ihm die Vorschrift des 17 II StromGVV eröffnet, zu konkretisieren, hat er die Höhe der Pauschale in seinen ergänzenden Bedingungen festzulegen und somit den Tarifkunden bekannt zu geben (vgl. Hartmann in Danner/Theobald, Kommentar zum Energierecht, § 17 StromGVV, Rd.4).

Demnach muss auch eine Schadenspauschale, die in Sonderkundenverträgen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart wird und sich inhaltlich an den §§ 307 ff BGB messen lassen muss, die in § 17 II StromGVV festgelegten Anforderungen enthalten. Dem genügt die Klausel der Beklagten nicht.

Hierdurch wird der Verbraucher auch benachteiligt. Bereits der fehlende Hinweis darauf, dass die Pauschale die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen darf, bedeutet einen erheblichen Nachteil zu Lasten des Kunden. Für den Kunden wird durch die Klausel der Eindruck erweckt, dass die Schadenspauschale höher sein darf als die Kosten, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwarten sind. Verstärkt wird diese Benachteiligung durch den fehlenden Hinweis auf die Einfachheit und Nachvollziehbarkeit. Eine weitere Benachteiligung liegt schließlich in dem Fehlen des Hinweises auf das Recht des Kunden auf Nachweis der Berechnungsgrundlage. Für den Kunden stellt sich die Pauschale der Beklagten als endgültig und unangreifbar dar. Die Argumentation der Beklagten, der Kunde wisse auch ohne ausdrücklichen Hinweis, dass es ihm freistehe, geltend zu machen, dass dem Betreiber kein Schaden entstanden sei, geht aus den oben genannten Gründen ebenso fehl wie der Einwand der Beklagten, dass der Kunde ohnehin nichts mit der Berechnungsgrundlage anfangen könne, weil sie für ihn nicht überprüfbar sei. Die Vorschrift des § 17 StromGVV wurde - im Vergleich zu der Vorgängernorm des § 27 AVB EItV – gerade aus dem Grunde geändert, weil die vorherige Formulierung eine Grundlage für der Höhe nach beliebige Pauschalen sein konnte. Der Nachweis eines geringeren Schadens wurde aus Transparenzgründen vorgenommen (vgl. Hartmann in Danner/Theobald, § 17 StromGVV, Rd. 7).

Die Klausel stellt darüber hinaus eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 I BGB dar und ist daher auch aus diesem Grunde unwirksam. Dies ergibt sich daraus, dass sie aus den oben genannten Gründen zum Nachteil des Kunden von § 17 II StromGVV abweicht.

Auch wenn bei der Frage, ob ein Verstoß gegen die Vorschriften der Stromgrundversorgungsordnung zugleich einen Verstoß gegen § 307 BGB darstellt, auf die Besonderheiten des Einzelfalls und auf die jeweilige Vorschrift abzustellen ist, da der Stromgrundversorgungsverordnung nicht pauschal eine Leitbildfunktion zukommt (BGH in NJW 2009, 2622 ff), trifft dies auf § 17 II StromGVV zu. Sie enthält einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Versorgers, im Massengeschäft auf einen aufwendigen Schadensnachweis verzichten zu wollen, und den Interessen des Kunden, dem gleichwohl der Nachweis offenbleiben soll, dass dem Versorger kein bzw. ein wesentlich geringerer Schaden entstanden ist. Zudem werden durch die Begrenzung der Schadenspauschale auf die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten sowie durch die Anforderung, dass die Berechnung einfach und nachvollziehbar sein muss, die sich durch die Pauschalierung für den Kunden ergebenden Nachteile auf ein angemessenes Maß reduziert. Diese Wertentscheidung des Verordnungsgebers ist auch im Verhältnis zu Sonderkunden zu berücksichtigen. Ein Sonderkunde muss die Klausel der Beklagten nicht hinnehmen. Die Beklagte behält sich mit ihrer Klausel die Geltendmachung einer Pauschale vor, gegen die sich der Kunde nach dem gesamten Inhalt der Klausel nicht wehren kann, die also unangreifbar ist und die noch nicht einmal eine Obergrenze festlegt.

Unerheblich für den Unterlassungsanspruch des Klägers ist schließlich, dass die Beklagte behauptet, die Klausel mittlerweile geändert zu haben. Dies lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen, da die Beklagte die Wirksamkeit im Prozess verteidigt und keine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hat. Hinsichtlich der bereits abgeschlossenen Verträge hat sie nicht dargelegt, dass sie die „Altkunden“ von der Unwirksamkeit unterrichtet hat, so dass die Gefahr besteht, dass sich die Beklagte nach wie vor auf die Klausel in der hier in Rede stehenden

Fassung beruft (vgl. Palandt/Bassenge, Kommentar zum BGB, 70. A., § 1 UKlaG, Rdnr. 8)

4. Zur Klausel bezüglich der Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung (9.2):

Auch die von der Beklagten verwendete Klausel 9.2., die die Pauschale für die Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung regelt, ist unwirksam. Sie verstößt gegen § 19 IV StromGVV, da sie im Gegensatz hierzu keine Regelung über eine Höchstgrenze enthält und den Kunden nicht darüber informiert, dass auf Verlangen die Berechnungsgrundlage nachzuweisen ist und dass ihm der Nachweis von geringeren Kosten gestattet ist.

Der Einwand der Beklagten, auch die Vorschrift des § 19 StromGVV verlange nicht, dass in den Versorgungsbedingungen die Höhe der Pauschale angegeben und auch nicht auf den Nachweis eines geringeren Schadens sowie auf das Recht des Kunden auf Nachweis der Berechnungsgrundlage hingewiesen wird, ist aus den oben genannten Gründen unrichtig. Die Ausführungen zur Klausel Ziff. 9.1. zu § 17 II StromGVV gelten auch für § 19 IV StromGVV uneingeschränkt, da auch § 19 IV StromGVV unmittelbarer Vertragsinhalt zwischen dem Versorger und dem Tariffkunden ist.

Die Klausel weicht entgegen der Ansicht der Beklagten zum Nachteil des Verbrauchers von § 19 IV StromGVV ab. Auch insofern macht die Beklagte vergeblich geltend, dass der Kunde mit den näheren Angaben zur Kostenpauschale, wie sie in § 19 IV StromGVV enthalten sind, nichts „anfangen“ könne. Der Senat nimmt Bezug auf die obigen Ausführungen zur Klausel Ziff. 9.1., welche auch für die Klausel Ziff.9.2. uneingeschränkt gelten.

Weicht die Klausel der Beklagten demnach zum Nachteil des Verbrauchers von § 19 IV StromGVV ab, stellt sie eine unangemessene Benachteiligung iSd § 307 I BGB dar und ist daher aus diesem Grunde unwirksam. Auch der Vorschrift des § 19 IV StromGVV kommt eine Leitbildfunktion zu. Die Ausführungen zur Leitbildfunktion der Vorschrift des § 17 II StromGVV gelten auch für § 19 IV StromGVV, der eine vergleichbare Interessenkollision unter Abwägung der beiderseitigen Interessen angemessen regelt und daher ebenfalls ein Indiz dafür ist, was auch im Vertragsverhältnis mit Sonderkunden als angemessen zu betrachten ist. Die

Beklagte behält sich mit ihrer Klausel die Geltendmachung einer Pauschale vor, gegen die sich der Kunde nach dem gesamten Inhalt der Klausel nicht wehren kann, die also unangreifbar ist und die noch nicht einmal eine Obergrenze festlegt.

Aus den oben genannten Gründen (zur Ziff. 9.1.) ist es schließlich auch unerheblich, dass die Beklagte nach ihrem Vortrag die Klausel mittlerweile mit einem anderen Inhalt verwendet.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97 ZPO. Bei der Bemessung der gegenseitigen Anteile am Obsiegen und Unterliegen hat der Senat, der Wertfestsetzung entsprechend, einen Wert für jede Klausel von 2.500 € zugrunde gelegt.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Die Revision war nach § 543 II ZPO insgesamt zuzulassen. Zum Teil liegen abweichende Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte (OLG Frankfurt a.M, OLG Köln) vor. Auch im Übrigen erfordert die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angesichts der Bedeutung und Häufigkeit der Klauseln eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.