
Datum: 08.10.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 89/10
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:1008.6U89.10.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 423/09
Normen: BGB §§ 305 Abs. 2; 307 Abs. 2, Nr. 1;; 310 Abs. 2, Satz 1; Strom GVV § 19 Abs. 2, Satz 4

Tenor:

.

Auf die Berufung des Klägers wird das am 21.04.2010 verkündete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 26 O 423/09 – teilweise wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird zusätzlich verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,

nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträgen mit Verbrauchern über die Belieferung mit Strom außerhalb der Grundversorgung einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01.04.1977, zu berufen:

4.2. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ...

b) die Zahlungsunfähigkeit oder Kreditunwürdigkeit des Kunden feststeht, weil z.B. ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen beantragt ... worden ist.

Die weitergehende Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

II.

Auf die Berufung der Beklagten wird das vorbezeichnete Urteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts Köln teilweise dahin abgeändert, dass die Verurteilung zu Nr. 1 lit. a und c (Unterlassen der Verwendung der Klauseln Nr. 1.2 und 4.3) entfällt und die Klage auch insoweit abgewiesen wird.

III.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger 5/8 und die Beklagte 3/8 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu 5/6 dem Kläger und zu 1/6 der Beklagten auferlegt.

IV.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abwenden, die bei dem Unterlassungsanspruch 2.000,00 € und im Übrigen 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages beträgt, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs Sicherheit in gleicher Höhe und die Parteien im Übrigen Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

V.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

Der Kläger, eine qualifizierte Einrichtung zum Schutz von Verbraucherinteressen, nimmt die Beklagte, ein unter anderem mit der Lieferung elektrischer Energie an Verbraucher befasstes Unternehmen, nach dem Unterlassungsklagegesetz (UKlaG) wegen der Verwendung mehrerer Klauseln ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (nach dem Stand von Mai 2008, Anlage K 1) in Anspruch; sie hat beantragt, der Beklagten unter Androhung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen, diese oder inhaltsgleiche Bestimmungen

in Verträgen mit Verbrauchern über die Belieferung mit Strom außerhalb der Grundversorgung einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge ... zu berufen.

Das Landgericht hat die Beklagte mit dem angefochtenen Urteil, auf das verwiesen wird, hinsichtlich dreier Klauseln zur Unterlassung und auf Grund eines Teilanerkennnisses zum Abmahnkostenersatz verurteilt und die Klage hinsichtlich einer vierten Klausel abgewiesen. Beide Parteien haben Berufung eingelegt. Der Kläger verfolgt in zweiter Instanz seinen abgewiesenen Unterlassungsantrag zu Nr. 1 lit c (betreffend die Klausel Nr. 4.2 lit. b) weiter, während die Beklagte Klageabweisung nur noch in Bezug auf zwei Klauseln (Nr. 1.2 und 4.3) erstrebt. Soweit das Landgericht nach ihren erstinstanzlichen Anträgen erkannt hat, verteidigen die Parteien die Entscheidung.

II.

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig; in der Sache erweist sich die Berufung des Klägers teilweise und die der Beklagten in vollem Umfang als begründet.

1. Berufung des Klägers

Nur teilweise zu Recht macht der Kläger geltend, dass auch die Klausel Nr. 4.2 lit. b mit wesentlichen Grundgedanken der abbedungenen gesetzlichen Regelung unvereinbar ist und die Verbraucher unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Klausel sieht ein Recht der Beklagten zur Kündigung aus wichtigem Grund vor, wenn

die Zahlungsunfähigkeit oder Kreditunwürdigkeit des Kunden feststeht, weil z.B. ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen beantragt, eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist.

Weil sich die Beanstandung des Klägers, wie er in der Berufungsverhandlung klargestellt hat, nur auf die Verwendung der Klausel in Stromlieferungsverträgen mit Verbrauchern bezieht, hinsichtlich derer die Beklagte keiner Grundversorgungspflicht gemäß § 36 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) unterliegt, ist für das maßstäbliche dispositive Recht nicht auf § 21 der Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV), sondern in erster Linie auf § 314 BGB abzustellen, wonach Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden können, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Vertragsfortsetzung bis zum Ende der Laufzeit oder bis zum nächsten ordentlichen Kündigungszeitpunkt nicht zugemutet werden kann.

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

13

Ein formularmäßiges fristloses Kündigungsrecht, das auf eine feststehende wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Kunden abstellt, ist in Stromlieferungsverträgen außerhalb der Grundversorgung – wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen (vgl. für Leasingverträge BGH, WM 1984, 1217 = ZIP 1984, 1114; BGHZ 112, 279 = NJW 1991, 102; für Geschäftszweige der Sparkassen Nr. 26 Abs. 2 S. 2 lit. a AGB-Spark) – grundsätzlich unbedenklich. Denn die dadurch indizierte Gefährdung der Gegenansprüche des Stromlieferanten stellt einen wichtigen Grund für die vorzeitige Auflösung des Vertragsverhältnisses auch dann dar, wenn ihm daneben Mittel zur Verfügung stehen, um auf einen bereits eingetretenen Verzug des Kunden mit der Bezahlung geschuldeter – in die spätere Jahresabrechnung einzustellender – Vorauszahlungen zu reagieren. In der hier in Rede stehenden, keinem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegenden Konstellation muss das Unternehmen es nicht hinnehmen, weiter einem Kunden vertraglich verbunden zu bleiben, dessen fehlende Zahlungsfähigkeit feststeht, und an ihn bis zur nächsten vertragsgemäßen Abrechnung Leistungen erbringen zu müssen. Auch wenn der Kunde oder sein Insolvenzverwalter daran interessiert sein mögen, zur Sicherung des existenziell wichtigen Strombedarfs an dem Vertrag mit der Beklagten festzuhalten und deren Ansprüche aus dem pfändungsfreien Teil des Vermögens zu erfüllen, kann es der Beklagten doch nicht zugemutet werden, auf diese Weise – bei anders kalkulierten Vertragsbedingungen – in die Rolle eines Grundversorgers gedrängt zu werden und ohne gesicherte Aussicht auf Zahlung von Opportunitätserwägungen des Kunden oder seines Insolvenzverwalters abhängig zu sein, während es dem Kunden unbenommen bleibt, zur Sicherung seiner existentiellen Bedürfnisse auf die Leistungen der Grundversorger zurückzugreifen.

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil die – sei es monatlich, sei es für größere Zeiträume – erbrachten Vorauszahlungen des Kunden dem Versorgungsunternehmen eine gewisse Sicherheit verschaffen. Denn einerseits ist diese Sicherheit begrenzt, weil maßgeblich für die abzurechnende Vergütung vor allem der tatsächliche Verbrauch innerhalb der Abrechnungsperiode ist und zweifelhaft bleibt, ob der Abrechnungsbetrag durch die Vorauszahlungen abgedeckt oder eine Nachzahlung fällig wird. Andererseits verliert der Kunde durch das fristlose Kündigungsrecht des Versorgungsunternehmens kein etwa durch Vorauszahlungen entstandenes Guthaben; dieses ist vielmehr bei der vorzeitigen Abrechnung an ihn auszukehren. 14

Unangemessen benachteiligend und deshalb unwirksam ist die beanstandete Klausel – wie in der Berufungsverhandlung eingehend mündlich erörtert –allerdings insoweit, als nach ihrem Wortlaut (in „kundenfeindlichster“ Auslegung) die Zahlungsunfähigkeit oder Kreditunwürdigkeit des Kunden bereits dann im Sinne eines Regelbeispiels als feststehend angesehen wird, wenn ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen lediglich *beantragt* wird. Denn die Stellung des Insolvenzantrages allein – sei es auch durch einen beliebigen Dritten unter bloßer Behauptung eines tatsächlich nicht vorliegenden Insolvenzgrundes – stellt noch keinen hinreichenden Beleg für eine tatsächlich eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Kunden dar. Weil die Klausel in Bezug auf die drei angeführten Regelbeispiele teilbar ist und ohne unzulässige geltungserhaltende Reduktion durch einfaches Streichen des Wortes „beantragt“ aufrechterhalten werden kann, beschränkt sich die Verurteilung der Beklagten allerdings darauf, während die Klausel der Inhaltskontrolle standhält, soweit sie lautet: 15

4.2. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn ... 16

b) die Zahlungsunfähigkeit oder Kreditunwürdigkeit des Kunden feststeht, weil z.B. ein Insolvenzverfahren über sein Vermögen ... eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist.

2. Berufung der Beklagten

a) Im Ergebnis mit Erfolg wendet sich die Beklagte gegen das vom Landgericht ausgesprochene Verbot der Klausel Nr. 1.2, die wie folgt lautet:

Soweit diese AGB, die jeweiligen Leistungsbeschreibungen oder Preislisten keine abweichenden Regelungen treffen, gelten die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die StromGGV (BGBl. I 2006, 2391) in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung.

Der Kläger, dessen Auffassung sich das Landgericht angeschlossen hat, hält die Formularbestimmung für unwirksam, weil damit die subsidiäre Geltung des Regelwerks der StromGVV in Verträge mit der Beklagten außerhalb der Grundversorgung fingiert werde, obwohl solche Verträge – was unstrittig ist – nicht in den unmittelbaren (gesetzlichen) Anwendungsbereich der Verordnung fallen und von einer Beachtung der Einbeziehungsvoraussetzungen nach § 305 Abs. 2 BGB nicht ohne Weiteres ausgegangen werden könne.

Dem Kläger ist zuzugeben, dass mit dieser Argumentation nicht auf Einbeziehungsfehler im Einzelfall abgestellt wird, die gemäß § 1 UKlaG nicht Gegenstand des Verbandsklageverfahrens sein können, sondern dass bei inhaltlicher Überprüfung einer Klausel am Maßstab der §§ 307 bis 309 BGB ihre Unwirksamkeit auch dann festzustellen sein kann, wenn sie die Einbeziehung des fraglichen Regelwerks unter Zuhilfenahme einer nach § 308 Nr. 5 BGB unzulässigen Erklärungsfiktion selbst bewirken soll, ohne dass die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB eingehalten sind (BGH, NJW 2010, 864 = WRP 2010, 278 [Rn. 37] – Happy Digits), oder wenn sie die Kenntnisnahme des Kunden vom Inhalt der einzubeziehenden Klauseln – obwohl daran Zweifel bestehen können – zum Gegenstand einer Wissenserklärung macht und so die aus § 305 Abs. 2 BGB folgende Beweislastverteilung entgegen § 309 Nr. 12 BGB zu seinem Nachteil verändert (vgl. BGH, NJW 1991, 1750 [1753] m.w.N.; ähnlich Senat, MD 2008, 1172 sub II 1 c).

Eine Unwirksamkeit der Klausel Nr. 1.2 nach diesen Grundsätzen kann hier jedoch schon deshalb nicht festgestellt werden, weil § 310 Abs. 2 S. 1 BGB für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Versorgungswirtschaft, so auch in Bezug auf die Belieferung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, eine spezielle Regelung enthält. Um Sonderabnehmer nicht besser zu stellen als die Tarifabnehmer im Bereich der Grundversorgung, finden §§ 308, 309 BGB auf solche Lieferverträge keine Anwendung, soweit deren Bedingungen nicht zum Nachteil der Verbraucher vom einschlägigen Verordnungsrecht abweichen, so dass die Inhaltskontrolle von Formulklauseln in Stromlieferungsverträgen letztlich am Maßstab der StromGVV auszurichten ist (Palandt / Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 310 Rn. 6). Angesichts dessen werden die (Sonder-) Kunden der Beklagten durch eine formularvertragliche Regelung, welche die subsidiäre Geltung der

StromGVV vorsieht, nicht schon dann wider Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, wenn die Einbeziehung dieses Regelwerks im Wege der Erklärungsfiktion oder Beweislastumkehr erreicht werden soll; denn eine Benachteiligung gegenüber den Tarifabnehmern im Bereich der Grundversorgung liegt darin ersichtlich nicht und zu einer theoretisch denkbaren Privilegierung der Sonderabnehmer durch Nichteinbeziehung einzelner Regelungen der StromGVV besteht im Lichte von § 310 Abs. 2 S. 1 BGB kein Anlass.

b) Wegen unangemessener Benachteiligung der Verbraucher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB hat das Landgericht folgende Klausel (Nr. 4.3) für unwirksam erklärt:

Ist der Kunde mit der Zahlung von mindestens 50 Euro in Verzug, ist U berechtigt, die Versorgung des Kunden vier Wochen nach schriftlicher Androhung zu kündigen.

Dagegen wendet sich die Berufung der Beklagten in der Sache ebenfalls mit Erfolg.

Zutreffend hat das Landgericht auf den Leitbildcharakter der StromGVV für Verträge außerhalb der Grundversorgung hingewiesen, wie er unter anderem in der soeben erörterten Regelung des § 310 Abs. 2 S. 1 BGB zum Ausdruck kommt. Zutreffend ist auch, dass die Entscheidung des Verordnungsgebers, in § 19 Abs. 2 S. 4 StromGVV eine Unterbrechung der Grundversorgung (unter bestimmten weiteren Voraussetzungen) erst bei einem Zahlungsverzug in Höhe von mindestens 100 € zuzulassen, bei der Angemessenheitskontrolle im Sonderkundenbereich gleichfalls beachtet werden muss, so dass der Schwellenbetrag dort keineswegs beliebig formularvertraglich reduziert werden kann (für den Bereich der Telekommunikation hat der Senat vor kurzem [MMR 2010, 238] eine in Mobilfunk-AGB vorgesehene Reduzierung des für die Telefongrundversorgung geltenden Schwellenbetrages aus § 45k Abs. 2 TKG um fast 80 % für unangemessen gehalten). Dies schließt allerdings eine den abweichenden Kalkulationsgrundlagen der freien Anbieter hinreichend Rechnung tragende Anpassung des für den Bereich der Grundversorgung geltenden Schwellenbetrages in den Formularverträgen der Beklagten mit ihren (Sonder-) Kunden nicht aus; auch darauf hat bereits das Landgericht zu Recht hingewiesen. Im Falle der streitbefangenen Klausel hält der Senat diesen Anpassungsspielraum noch für gewahrt. Der hier vorgesehene, um genau 50 % unter dem Schwellenbetrag des § 19 Abs. 2 S. 4 StromGVV liegende Betrag entspricht nach dem unstreitigen Vorbringen der Beklagten den durchschnittlichen Vorauszahlungen eines Single-Haushalts für zwei Monate. Wird ferner berücksichtigt, dass die auf Verzug mit Zahlungen in dieser Höhe gestützte Kündigung nicht sofort, sondern erst nach schriftlicher Androhung und dem Ablauf weiterer vier Wochen ausgesprochen werden kann, so kann hier aus Sicht des Senats insgesamt noch nicht von einem unangemessen niedrigen Ansatz der Erheblichkeitsschwelle ausgegangen werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 Var. 1 ZPO die Revision zugelassen, weil die zur vielfachen Verwendung bestimmten Klauseln – soweit ersichtlich – bisher noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Überprüfung waren.

