

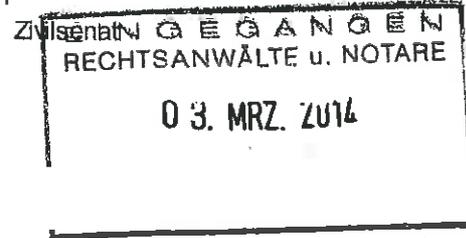


Ausfertigung



Oberlandesgericht Dresden

Aktenzeichen: 4 U 1458/13  
Landgericht Dresden 6 O 2922/12



Verkündet am: 25.02.2014

Justizobersekretär  
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

verbraucherzentrale  
Bundesverband  
11. März 2014  
EINGEGANGEN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

**Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.**, Markgrafenstraße 66, 10969 Berlin  
vertreten durch den Vorstand Gerd Billen

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

gegen

**Energiehandel Dresden GmbH**, Schützengasse 14, 01067 Dresden  
vertreten durch den Geschäftsführer Marten Hünich

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

wegen Forderung

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht

Richterin am Oberlandesgericht

Richterin am Oberlandesgericht

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.02.2014

**für Recht erkannt:**

- I. Auf die Berufung des Klägers wird die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dresden vom 09.08.2013, Az. 6 O 2922/12, verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

bei Verträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, über die Lieferung von Erdgas, die nachfolgenden oder inhaltsgleiche Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

1.

"[8. (7)] Bei einer Preiserhöhung gemäß Punkt 8 Abs. 2 und 5 ist der Kunde berechtigt, den Vertrag mit einer Frist von einem Monat zum Wirksamwerden der Preisänderung zu kündigen. Die Kündigung nach Satz 1 bedarf der Schriftform. Macht der Kunde von diesem Recht keinen Gebrauch, gelten die Änderungen als genehmigt."

2.

"[10] Bei Zahlungsverzug (vgl. Punkt 6 Abs. 4 der AGB) - sei es in Bezug auf fällige Rechnungsbeträge oder Abschlagszahlungen - oder durch den Kunden veranlasste Außendienstbesuche berechnet die Energiehandel Dresden GmbH dem Kunden folgende Pauschalen: (a) Mahnkosten: 5,00 EUR."

3.

"[11. (4)] Die Energiehandel Dresden GmbH wird dem Kunden zukünftige Anpassungen/Änderung/Ergänzung der AGB und des Vertrages mindestens sechs Wochen vor Inkrafttreten schriftlich mitteilen. Sollte der Kunde mit den geänderten Bedingungen nicht einverstanden sein, ist er berechtigt, den Vertrag mit der Energiehandel

Dresden GmbH mit einer Frist von 1 Monat zum Wirksamwerden der Bedingungsänderung zu kündigen, wobei die Kündigung der Schriftform bedarf. Sofern der Kunde von seinem Sonderkündigungsrecht keinen Gebrauch macht und unverändert Energie von der Energiehandel Dresden GmbH bezieht, gilt die Zustimmung zur Bedingungsänderung als erteilt."

II. Die Beklagte hat die Kosten beider Instanzen zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Beschluss:**

Der Streitwert des Berufungsverfahrens wird auf 7.500,00 EUR festgesetzt.

**Gründe:**

I.

Die Klägerin begehrt Abgabe einer Unterlassungserklärung, mit der sich die Beklagte verpflichten soll, drei Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht weiterzuverwenden.

Der Kläger forderte mit Schreiben vom 14.08.2012 die Beklagte zur Unterlassung u.a. der in der Entscheidungsformel aufgeführten Klauseln auf. Die Beklagte war nach Darlegung ihrer dafür maßgeblichen Rechtsansicht mit Schreiben vom 30.08.2012 nur bereit, Unterlassungserklärungen mit Einschränkungen abzugeben. Dies wurde von dem Kläger mit Schreiben vom 10.09.2012 abgelehnt. Die Beklagte gab sodann die Unterlassungserklärung vom 17.09.2012 ab (Anlage K3) mit den von ihr für notwendig erachteten Einschränkungen in den drei streitgegenständlichen Klauseln, die am 19.09.2012 bei dem Kläger einging.

Hinsichtlich Nr. 8 Absatz 7 und Nr. 11 Absatz 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet die Einschränkung: "jedoch nur soweit diese Regelung der Vorschrift des §41 Abs. 3 Satz 2 EnWG bzw. §5 Abs. 3 GasGVV widerspricht". Hinsichtlich Nr. 10 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen lautet die Einschränkung: "in Bezug auf die Höhe der Pauschalen jedoch nur, soweit diese den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigen".

Seit dem 01.09.2012 verwendete die Beklagte keine der streitgegenständlichen Klauseln in ihren AGB, zwischen dem 01.09.2012 und dem 01.11.2012 vereinbarte sie die Geltung der geänderten AGB auch mit ihren Bestandskunden. Die AGB enthalten nunmehr folgende Regelungen:

"Ziffer 7.6

Im Falle einer Änderung der Preise hat der Kunde das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen zu kündigen. ...

Ziffer 9:

...Mahnkostenpauschale iHv. 3,00 EUR... Dem Kunden bleibt der Nachweis vorbehalten, dass kein oder ein von der Pauschale abweichender, geringerer Schaden entstanden ist. ...

In 10.3:

Im Falle einer Änderung des Vertrages und/oder dieser AGB hat der Kunde das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Änderungen zu kündigen. ..."

Das Landgericht hat die am 17.12.2012 erhobene Klage mit der Begründung abgewiesen, nach der Änderung der - unstreitig unwirksamen - Klauseln und Abgabe der Unterlassungserklärung vom 17.09.2012 durch die Beklagte sei die Wiederholungsgefahr entfallen. Die von der Beklagten eingefügten Ergänzungen würden dem materiellen Recht entsprechen. Dies werde durch die spätestens nach dem 01.11.2012 verwendeten Klauseln belegt.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er das auf Abgabe der ursprünglichen Unterlassungserklärungen gerichtete Begehren weiterverfolgt. Zur Begründung führt er aus, dass das Landgericht zur Auslegung der Unterlassungserklärungen auf die Neu-

fassung der Klauseln abstellt, dieser Text sei aber in die abgegebene Unterlassungserklärung nicht einbezogen worden. Durch die Erklärung sei die Beklagte nicht einmal gehindert, die ursprüngliche Klauseln wieder zu verwenden, einfach weil sie ihre ursprüngliche Ansicht, die Klauseln würden nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, wieder weiterverfolgt. Sinn und Zweck einer Unterlassungserklärung sei es aber, zwischen den Parteien zu klären, dass ein bestimmtes Verhalten wie die Verwendung einer bestimmten Klausel unzulässig ist und unterlassen werden soll. Dies sei der Fall, da der ursprüngliche Text aller Klauseln gegen §§ 307 ff BGB verstoßen würde.

Der Kläger beantragt:

Auf die Berufung des Klägers wird die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Dresden vom 09.08.2013, Az. 6 O 2922/12, verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, diese zu vollstrecken am Vorstand, zu unterlassen,

bei Verträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden, über die Lieferung von Erdgas, die nachfolgenden oder inhaltsgleiche Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge zu berufen:

1.

"[8. (7)] Bei einer Preiserhöhung gemäß Punkt 8 Abs. 2 und 5 ist der Kunde berechtigt, den Vertrag mit einer Frist von einem Monat zum Wirksamwerden der Preisänderung zu kündigen. Die Kündigung nach Satz 1 bedarf der Schriftform. Macht der Kunde von diesem Recht keinen Gebrauch, gelten die Änderungen als genehmigt."

2.

"[10] Bei Zahlungsverzug (vgl. Punkt 6 Abs. 4 der AGB) - sei es in Bezug auf fällige Rechnungsbeträge oder Abschlagszahlungen - oder durch den Kunden veranlasste Außendienstbesuche berechnet die Energiehandel Dresden GmbH dem Kunden folgende Pauschalen: (a) Mahnkosten: 5,00 EUR."

3.

"[11. (4)] Die Energiehandel Dresden GmbH wird dem Kunden zukünftige

Anpassungen/Änderung/Ergänzung der AGB und des Vertrages mindestens sechs Wochen vor Inkrafttreten schriftlich mitteilen. Sollte der Kunde mit den geänderten Bedingungen nicht einverstanden sein, ist er berechtigt, den Vertrag mit der Energiehandel Dresden GmbH mit einer Frist von 1 Monat zum Wirksamwerden der Bedingungsänderung zu kündigen, wobei die Kündigung der Schriftform bedarf. Sofern der Kunde von seinem Sonderkündigungsrecht keinen Gebrauch macht und unverändert Energie von der Energiehandel Dresden GmbH bezieht, gilt die Zustimmung zur Bedingungsänderung als erteilt."

Die Beklagte beantragt:

1. Die Berufung zurückzuweisen.
2. Hilfsweise, der Beklagten eine Aufbrauchs- und Umstellungsfrist von 12 Monaten, beginnend ab Rechtskraft des Urteils, für die Verwendung der streitgegenständlichen Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuzubilligen.

Die Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung. Sie vertritt die Ansicht, sie habe durch die Einschränkung deutlich machen wollen, dass sie keine Klauseln verwenden wolle, die nicht der gesetzlichen Regelung in § 41 Abs. 3 Satz EnWG und § 5 Abs. 3 GasGV entsprechen. Dies sei dem vorgerichtlichen Schriftwechsel der Parteien zu entnehmen. Hieraus ergebe sich auch die Einschränkung zu der Höhe der Mahnkosten. Wenn sich die Beklagte dazu verpflichten würde, Mahnkosten von 5,- € nicht zu erheben, gelte die Verpflichtung für alle Zeiten, auch wenn die Höhe der Pauschale nach einiger Zeit möglicherweise nicht mehr den zu erwartenden Schaden übersteigt.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet. Dem Kläger steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch auf der Grundlage von § 1 UKlaG zu. Die dafür maßgeblichen geschriebenen Voraussetzungen liegen vor und sind zwischen den Parteien auch nicht umstritten.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt, die ebenfalls Anspruchsvoraussetzung für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch ist.

1. Die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unzulässige Klauseln enthalten, begründet regelmäßig eine tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr. An die Beseitigung dieser Wiederholungsgefahr sind strenge Anforderungen zu stellen. Die Änderung der beanstandeten Klausel allein lässt die Wiederholungsgefahr nicht entfallen. Auch die bloße Absichtserklärung des Verwenders, die beanstandeten Klauseln nicht weiter zu verwenden, reicht regelmäßig nicht aus. Es sind vielmehr Umstände erforderlich, bei deren Vorliegen nach allgemeiner Erfahrung mit einer Wiederholung nicht mehr zu rechnen ist (BGH, Urteil vom 06.12.2012, III ZR 173/12, NJW 2013, 593, 594; ständige Rechtsprechung des BGH: Urteil vom 10.01.1996, XII ZR 271/94, NJW 1996, 988; BGH, Urteil vom 10.12.1991, XI ZR 119/91, NJW 1992, 1108, 1109; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl., § 1 UKlaG Rn. 8; Schlosser in Staudinger, UKlaG, 2013, § 1 Rn. 20).

2. Die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung hat die Wiederholungsgefahr aufgrund der mit der Unterlassungserklärung verbundenen Einschränkungen nicht beseitigt.

a) Die Einschränkung bezüglich der pauschalen Mahnkosten bei Zahlungsverzug bedeutet, dass die Beklagte nur dann zur Unterlassung verpflichtet sein will, wenn die angesetzte Höhe der Pauschale (5,00 EUR) den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigt. Damit behält sich die Beklagte für jeden denkbaren zukünftigen Verwendungsfall der Klausel vor, geltend zu machen, dass die pauschale Summe den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden gerade nicht übersteigt. Die Unterlassungsverpflichtung wird damit nur für den Fall eingegangen, dass ein Unwirksamkeitsgrund gemäß § 309 Nr. 5a BGB vorliegt. Ob das der Fall ist, müsste dann im Verfahren über die versprochene Vertragsstrafe festgestellt werden. Die Unwirksamkeit der Klausel als solche wäre somit dem Streit der Parteien von vornherein nicht entzogen. Das ist nicht Sinn und Zweck einer Unterlassungserklärung. Diese würde so ihren Sinn und Zweck verfehlen, die Wiederholungsgefahr auszuschließen.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist sie auch nicht auf die gemachte Einschränkung angewiesen, um bei einer möglichen späteren Steigerung der gewöhnlicherweise anfallenden Mahnkosten doch wieder eine Pauschalierung in der vorgegebenen Höhe (unter Beachtung der weiteren AGB-rechtlichen Erfordernisse) vornehmen zu können. Denn in einem solchen Fall stünde ihr das Recht zu, die eingegangene Unterlassungsverpflichtung aus wichtigem Grund zu kündigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 26.09.1996, I ZR 265/95, NJW 1997, 1702, 1704; BGH, Urteil vom 09.03.2010, VI ZR 52/09, VersR 2010, 783, 784) kann ein Unterwerfungsvertrag auch ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung aus wichtigem Grund gekündigt werden. Die dafür erforderliche Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Schuldner ergibt sich auch aus Veränderungen, die im Fall des Vorliegens eines Vollstreckungstitels im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden könnten (BGH, NJW 1997, 1702, 1704). Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn sich die tatsächliche Grundlage für den Titel bzw. die Unterlassungsverpflichtung (vgl. dazu BGH, Urteil vom 14.03.2008, V ZR 16/07, NJW 2008, 1446, 1447) verändert hat. Verändert sich also rein tatsächlich die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schadenshöhe (vgl. zum derzeitigen Stand der Mahnkostenpauschale eines Energieversorgungsunternehmens OLG München, Urteil vom 28.07.2011, 29 U 634/11, zitiert nach juris: 1,20 EUR), so kann das bei einem Titel wie dem vorliegenden im Wege der Vollstreckungsgegenklage, bei einer Unterlassungsverpflichtung im Wege der Kündigung aus wichtigem Grund, geltend gemacht werden. Durch die Regelung in § 10 UKlaG (früher § 19 AGBG) wird zumindest klargestellt, dass dies im Anwendungsbereich des UKlaG auch für eine spätere Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt (vgl. dazu BGH, NJW 2008, 1446, 1447).

b) Die weiteren streitgegenständlichen Unterlassungsverpflichtungen wurden von der Beklagten nur mit der Maßgabe übernommen, dass die rechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen. Auch das kann die Wiederholungsgefahr nicht ausschließen.

Auch insoweit kann, wie oben dargelegt, das berechtigte Interesse der Beklagten, sich bei Änderung der maßgeblichen rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse von einem Unterlassungstitel bzw. einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung lösen zu können, die gemachte Einschränkung nicht rechtfertigen.

Es trifft auch nicht zu, dass sich die Beklagte mit der Unterlassungsverpflichtung der Rechtsauffassung des Klägers unterwerfen würde, dass eine fristlose Kündigung des Vertrages nicht nur zum Zeitpunkt der Preisänderung oder sonstigen Vertragsanpassung möglich ist, sondern auch, letztlich unbegrenzt, über diesen Zeitpunkt hinaus. Es bedarf keiner Entscheidung, ob insbesondere die Vorschrift des § 41 Abs. 3 Satz 2 EnWG eine solche Kündigungsmöglichkeit unabhängig vom Wirksamkeitszeitpunkt erfordert. Ebenso bedarf es keiner Feststellung, ob der Kläger vorgerichtlich oder im Verfahren eine solche Auffassung vertreten hat. Maßgeblich ist, dass die Unterlassungsverpflichtung nur auf die Klausel bezogen gewesen wäre, auf die sich auch die vorliegende Verurteilung bezieht. Eine Klausel, in der die - unstreitig zur Unwirksamkeit führende - Kündigungsfrist von einem Monat fehlt, wäre von der Unterlassungsverpflichtung der Beklagten weder im Unterlassungsvertrag noch im vorliegenden Urteil umfasst.

3. Unter welchen Voraussetzungen der Beklagten die hilfsweise geltend gemachte Aufbrauchs- und Umstellungsfrist zuzubilligen wäre, bedarf keiner Entscheidung. Unstreitig ist, dass die Beklagte die streitgegenständlichen Bedingungen nicht mehr verwendet. Einer Aufbrauchs- und Umstellungsfrist bedarf es daher in keinem Fall.

### III.

Die Kosten beider Instanzen hat die Beklagte gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu tragen. Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Entscheidung beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift:  
Dresden, 26.02.2014

Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

