A 14058-4 (Strom)

Eingegangen
- 1. Okt. 2012

Verbraucherzentrale
Bundesverband
09. Okt. 2012
EINGEGANGEN

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 337/11

Verkündet am:
18. Juli 2012

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

eprimo GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Dietrich Gemmel und Jürgen Wallraven, Flughafenstraße 20, Neu-Isenburg,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

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

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 2012 durch den Richter als Vorsitzenden, die Richte- sowie die Richter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen - das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. Oktober 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24. November 2010 hinsichtlich der Untersagung der Verwendung der Klauseln in Ziffer 3.1 Satz 1 (Zustandekommen des Vertrags, Lieferbeginn) und in Ziffer 9.2 Satz 3, 1. Halbsatz (Haftung) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Strom der Beklagten (Druckstand 15. August 2009) zurückgewiesen worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24. November 2010 teilweise dahingehend abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird, soweit der Kläger eine Untersagung der Verwendung der vorbezeichneten Klauseln in Ziffer 3.1 Satz 1 und Ziffer 9.2 Satz 3, 1. Halbsatz begehrt.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 2/5 und die Beklagte 3/5 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verbraucherschutz-Dachverband. Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen. Sie legt den Stromversorgungsverträgen mit Endverbrauchern ihre "Allgemeinen Geschäftsbedingungen Strom" zugrunde. Der Kläger hält die nachfolgenden Bestimmungen - mit Ausnahme der in Klammern gesetzten Teile - für unwirksam.

["3. Zustandekommen des Vertrags, Lieferbeginn]

3.1 Der Stromlieferungsvertrag kommt zustande, sobald eprimo Ihnen dies bestätigt und den Beginn der Belieferung mitteilt, spätestens mit Aufnahme der Belieferung durch eprimo. [Voraussetzung für das Zustandekommen des Stromlieferungsvertrags und den Beginn der Belieferung ist, dass eprimo die Bestätigung der Kündigung des bisherigen Stromlieferungsvertrags von Ihrem Vorlieferanten sowie die Bestätigung des Netznutzungsbeginns des Netzbetreibers vorliegen hat.

3.2 Bei Beauftragung bis zum 20. eines Monats erfolgt der Lieferbeginn in der Regel am 1. des übernächsten Monats, soweit die verbindlichen Regelungen zum Lieferantenwechsel dies zulassen. Sollte Ihr bisheriger Stromlieferungsvertrag eine längere Kündigungsfrist beinhalten, aufgrund derer die Aufnahme des Lieferungsbeginns durch eprimo im vorgenannten Zeitraum nicht möglich ist, wird Ihr Stromlieferungsvertrag mit eprimo sowie der Belieferungsbeginn zu dem auf die Beendigung Ihres bisherigen Stromlieferungsvertrags folgenden Tag wirksam.]

[5. Ablesung

5.1 Sie verpflichten sich, auf Anfrage von eprimo Ihren Zählerstand abzulesen und mit Angabe des Ablesedatums eprimo schriftlich mitzuteilen.

5.2 Werden die Einrichtungen von Ihnen trotz Aufforderung durch eprimo nicht abgelesen, kann eprimo auf Ihre Kosten die Ablesung selbst vornehmen, ei-

nen Dritten mit der Ablesung beauftragen, den Verbrauch schätzen oder für Zwecke der Abrechnung die Ablesedaten verwenden, die eprimo vom Netzbetreiber oder von dem die Messung durchführenden Dritten erhalten hat.] Zu diesem Zweck müssen Sie eprimo oder dem Beauftragten den Zutritt zu Ihren Räumen gestatten.

[6. Abrechnung, Abschlagszahlung, Zahlungsbedingungen...]

6.4 Fordert eprimo Sie bei Zahlungsverzug erneut zur Zahlung auf oder lässt den Betrag durch einen Beauftragten einziehen, kann eprimo Ihnen die dadurch entstehenden Kosten pauschal berechnen. Die Höhe der Pauschale richtet sich nach den ergänzenden Bedingungen...

[9. Haftung

9.1 Bei einer Unterbrechung oder bei Unregelmäßigkeiten ist, soweit es sich um Folgen einer Störung des Netzbetriebs einschließlich des Netzanschlusses handelt, eprimo von der Leistungspflicht befreit. Das gilt nicht, wenn die Unterbrechung auf unberechtigten Maßnahmen von eprimo gemäß Ziffer 8 (= Unterbrechung wegen Zuwiderhandlung gegen Vertragspflichten) beruht...

9.2 Bei in sonstiger Weise verursachten Schäden haftet eprimo bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch seiner Erfüllungsgehilfen, nach den gesetzlichen Bestimmungen. Das gleiche gilt bei fahrlässig verursachten Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.] Bei fahrlässig verursachten Sach- und Vermögensschäden haften eprimo und seine Erfüllungsgehilfen nur bei der Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht, jedoch der Höhe nach beschränkt auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schäden; [wesentliche Vertragspflichten sind solche, deren Erfüllung den Vertrag prägt und auf die der Kunde vertrauen darf."]

2 Der Kläger wendet sich somit gegen die Klauseln in Ziffer 3.1 Satz 1 (im Folgenden: Klausel 1), Ziffer 5.2 Satz 2 (im Folgenden: Klausel 2), Ziffer 6.4

Satz 1 und 2 (im Folgenden: Klausel 3) und Ziffer 9.2 Satz 3, 1. Halbsatz (im Folgenden: Klausel 4). Er hält darüber hinaus die nachstehende Klausel (im Folgenden: Klausel 5) in dem von der Beklagten verwendeten Auftragsformular zur Stromlieferung für unwirksam:

> "☐ Ich bin einverstanden, dass mich eprimo auch telefonisch zu seinen Produkten und Dienstleistungen sowie weiteren Angeboten, die im Zusammenhang mit Energie (Strom, Gas) stehen, informieren und beraten kann."

3 Der Kläger begehrt von der Beklagten, es zu unterlassen, die vorstehend bezeichneten Klauseln als Allgemeine Geschäftsbedingungen in mit Verbrauchern geschlossene Stromversorgungsverträge einzubeziehen sowie sich bei der Abwicklung derartiger, nach dem 1. April 1977 geschlossener Verträge auf diese Bestimmungen zu berufen. Außerdem macht er Abmahnkosten in Höhe von 200 € nebst Zinsen geltend.

4 Die Klage hat in den Vorinstanzen Erfolg gehabt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

## Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat zum Teil Erfolg.

### I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 1 UKlaG auf Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klauseln.

8 Die Klausel 1 halte der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB nicht stand. Sie unterfalle dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift, da sie nicht nur die Form des Zustandekommens des Vertrages regele, sondern auch eine Kundenbindung enthalte. Bereits die Verwendung des Wortes "sobald" lege bei kundenfeindlichstem Verständnis die Annahme nahe, dass der Kunde an sein Angebot solange gebunden sein solle, bis die Beklagte ihm die Vertragsannahme bestätige oder die Stromlieferung aufnehme. In der Zusammenschau mit der Klausel in Ziffer 3.2 könne der durchschnittliche Kunde die Klausel nur dahin verstehen, jedenfalls bis zum aufgeführten Lieferbeginn an sein Angebot gebunden zu sein. Mit diesem Inhalt verstoße die Klausel gegen § 308 Nr. 1 BGB. Denn für den Kunden sei nicht feststellbar, wie lange er an sein Angebot gebunden sein solle, weil die Dauer der Frist von einem Ereignis abhänge, das allein in der Einflusssphäre der Beklagten liege, nämlich einer Bestätigung der Vertragsannahme oder der Aufnahme der Stromlieferung. Diese Unbestimmtheit lasse sich auch nicht durch einen sachlichen Grund rechtfertigen. Dass vor dem Zustandekommen eines neuen Stromlieferungsvertrages mit ihr erst die Kündigungsbestätigung des Altlieferanten und die Einverständniserklärung des Netzbetreibers vorliegen müssten und die Annahmefrist hierdurch bestimmt werde, berechtige die Beklagte jedenfalls nicht, die Kunden für einen unabsehbaren Zeitraum an ihr Angebot zu binden.

9 Die Klausel 2 beinhalte in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung ein jederzeitiges und an keine Einschränkungen gebundenes Zutrittsrecht in die Räume des Kunden. Sie weiche damit von den Regelungen des § 9 StromGVV ab, der zwingender Bestandteil des Grundversorgungsvertrages zwischen Grundversorgern und Haushaltskunden sei. Für abweichende Bestimmungen in Allge-

UKlaG auf

-ht

meinen Geschäftsbedingungen sei der Beklagten deshalb kein Regelungsfreiraum eröffnet gewesen, so dass die Klausel 2 mit dem sich bei kundenfeindlichster Auslegung ergebenden Inhalt zu einer unangemessenen Benachteiligung der Kunden führe und deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei.

10 Die Klausel 3 sei ebenfalls wegen unangemessener Benachteiligung der Kunden gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Sie gebe zwar die Vorschrift des § 17 Abs. 2 Satz 1 StromGVV sprachlich etwas umformuliert wieder, erwähne aber nicht die in § 17 Abs. 2 Satz 2 StromGVV enthaltene Regelung, nach der die Pauschale die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen dürfe. Jedenfalls nach der kundenfeindlichsten Auslegung sei anzunehmen, dass die Beklagte aufgrund der Klausel eine von diesen Beschränkungen losgelöste und damit der Höhe nach beliebige Pauschale berechnen könne. Auch die Klausel 3 weiche deshalb unzulässig von § 17 Abs. 2 Satz 2 StromGVV ab, der zwingender Bestandteil des Grundversorgungsvertrages zwischen Grundversorgern und Haushaltskunden sei.

11 Die Klausel 4 verstoße wegen der Verwendung des Begriffs "vertragstypischer Schaden" gegen das aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Transparenzgebot. Dieser Begriff finde sich im Gesetz nicht und könne - anders als der vom Kläger nicht beanstandete Begriff der wesentlichen Vertragspflicht - in seiner Bedeutung auch sonst nicht der Klausel entnommen werden. Für den Kunden bleibe ohne eine nähere Erläuterung unklar, was damit gemeint sei und für welche Art von Schäden er eigentlich Ersatz beanspruchen könne. Hierauf habe die Beklagte bei der Klauselfassung Rücksicht nehmen und dem Kunden etwa durch eine beispielhafte Aufzählung vertragstypischer Schäden den Klauselinhalt verdeutlichen müssen.

12 Die in den Auftragsformularen der Beklagten enthaltene Einverständniserklärung des Kunden zur Telefonwerbung verstoße ungeachtet ihrer Fassung als sogenannte "Opt-in"-Klausel ebenfalls gegen das hierauf anwendbare Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Formulierung "zu seinen Produkten und Dienstleistungen" umfasse bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung alle Produkte und Dienstleistungen der Beklagten, also auch solche, die in keinem Zusammenhang mit Energie stünden. Außerdem könne die Formulierung "sowie weiteren Angeboten, die im Zusammenhang mit Energie (Strom, Gas) stehen" auch als Zustimmung zur Bewerbung mit Angeboten Dritter oder Partnerunternehmen der Beklagten verstanden werden. Ein solches Verständnis werde jedenfalls durch die vorangegangene Nennung der eigenen Produkte und Dienstleistungen nahe gelegt. Die dadurch bedingten Unklarheiten über den Umfang der Einwilligung führten dazu, dass die Klausel den Transparenzanforderungen nicht genüge, weil für den durchschnittlichen Verbraucher nicht zu erkennen sei, auf welche Produkte und Dienstleistungen sich seine Einwilligung beziehe.

II.

13 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klauseln 1 und 4 unwirksam sind. Zu Recht hat es dagegen angenommen, dass die übrigen Klauseln unwirksam sind, so dass der Kläger gemäß § 1 UKlaG einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung dieser Klauseln hat; insoweit ist die Revision daher zurückzuweisen.

1. Klausel 1

Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klausel verstoße gegen § 308 Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält. Das ist - anders als die Revisionserwiderung meint - hier nicht der Fall.

16 a) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen (BGH, Urteile vom 21. Oktober 2009 - VIII ZR 244/08, WuM 2010, 27 Rn. 11; vom 24. März 2010 - VIII ZR 122/08, WM 2010, 1283 Rn. 19; vom 29. April 2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 19). Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Diese Auslegungsregel führt im Verbandsprozess dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (BGH, Urteile vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, BGHZ 180, 257 Rn. 31; vom 29. April 2008 - KZR 2/07, aaO; vom 27. September 2000 - VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203, 223). Das setzt allerdings voraus, dass nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel bleibt und mindestens zwei Auslegungsmöglichkeiten rechtlich vertretbar sind, wobei lediglich Verständnismöglichkeiten außer Betracht bleiben, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fern liegend sind und für die an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten nicht ernsthaft in Betracht

kommen (BGH, Urteile vom 5. Mai 2010 - III ZR 209/09, BGHZ 185, 310 Rn. 14; vom 14. März 2012 - VIII ZR 202/11, ZIP 2012, 1036 Rn. 22; jeweils mwN).

17 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die Klausel in ihrer ersten Alternative, selbst wenn sie darin nach kundenfeindlichster Auslegung eine zeitliche Bindung des Kunden an sein Belieferungsangebot voraussetzen sollte, nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB. Vielmehr beschränkt sie sich in der gebotenen Zusammenschau mit den unmittelbar anschließend in den Ziffern 3.1 und 3.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffenen Regelungen auf eine Wiedergabe der im vorliegenden Fall für die Bestimmung der Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB maßgeblichen Umstände und bindet dadurch den Kunden weder unangemessen lange noch für eine nicht hinreichend bestimmte Zeitdauer.

18 aa) Eine die Annahme eines Angebots behandelnde Klausel kann nicht nach § 308 Nr. 1 BGB als zu unbestimmt beanstandet werden, wenn sie sich auf eine Wiedergabe des Regelungsgehalts des § 147 Abs. 2 BGB beschränkt und die Annahmefrist davon abhängig macht, wann der Antragende den Eingang der Antwort unter den ihm bekannten oder in der Klausel bekannt gemachten regelmäßigen Umständen erwarten darf (Dammann in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 1 Rn. 22). Dazu sind alle die Antwort möglicherweise verzögernden Umstände zu berücksichtigen, die dem Antragenden bekannt sind oder mit denen er zumindest rechnen muss (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2007 - XII ZR 13/06, WM 2008, 849 Rn. 21 mwN). Solche Umstände können sich auch aus dem Zusammenhang eines Gesamtklauselwerks und hier insbesondere aus den übrigen Bestimmungen in den Ziffern 3.1 und 3.2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergeben. Denn auch in dem Verfahren nach dem Unterlassungsklagengesetz ist eine Klausel vor dem Hintergrund des gesamten Formularvertrags auszulegen und darf nicht aus einem

ihre Beurteilung mit beeinflussenden Zusammenhang gerissen werden (Senatsurteil vom 14. März 2012 - VIII ZR 202/11, aaO Rn. 19 mwN).

Hier sind für den Kunden aus den Bestimmungen in den Ziffern 3.1 und 3.2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Voraussetzungen und der regelmäßige zeitliche Ablauf des Lieferantenwechselverfahrens nach § 14 der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzzugangsverordnung - StromNZV) vom 25. Juli 2005 (BGBl. I S. 2243) ersichtlich. Damit wird ihm vor Augen geführt, wann die Vertragsbestätigung der Beklagten - die von diesen im Einzelnen beschriebenen Voraussetzungen abhängen soll - erfolgen wird und wie lange er daher in diesem Regelfall an seinen Antrag gebunden ist. Die Regelung in Ziffer 3.2 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen macht dem Kunden zudem deutlich, dass das Bestehen einer längeren Kündigungsfrist in seinem bisherigen Stromlieferungsvertrag eine Ausnahme darstellt. Denn in diesem Fall sollen sein Stromlieferungsvertrag mit der Beklagten sowie der Belieferungsbeginn erst zu dem auf die Beendigung des bisherigen Stromlieferungsvertrags folgenden Tag wirksam werden.

20 bb) Die so konkretisierte Bindungsfrist ist hinreichend bestimmt. An einer hinreichenden Bestimmtheit fehlt es zwar, wenn der Kunde nicht in der Lage ist, die Bindungsfrist zu berechnen, weil ihr Beginn oder Ablauf ausschließlich oder zusätzlich von einem Ereignis abhängt, das in der Einfluss- oder Kenntnissphäre des Verwenders liegt, so dass der Kunde, der dieses Ereignis weder abschätzen noch beeinflussen kann, für einen nicht exakt bestimmbaren Zeitraum über den Fristlauf im Ungewissen bleibt (BGH, Urteile vom 6. Dezember 1984 - VII ZR 227/83, WM 1985, 199 unter II 2; vom 24. März 1988 - III ZR 21/87, WM 1988, 607 unter II 2; vom 23. Februar 1989 - VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75, 79). Hier sind es aber Umstände aus der Sphäre des Kunden, nämlich die Bedingungen des Stromlieferungsvertrags des Kunden mit seinem Vorlieferanten,

die den entscheidenden Einfluss auf den Lauf und damit die Bemessung der Bindungsfrist haben.

21 cc) Die Beklagte hat sich in der Klausel, soweit sie eine Aussage zur Antragsbindung des Kunden enthält, auch keine unangemessen lange Frist für die Annahme oder die Ablehnung des Angebots des Kunden vorbehalten. Denn die Annahmefrist, die sich in der Regel zusammensetzt aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, für dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie für die Übermittlung der Antwort an den Antragenden, ist nicht starr, sondern kann sich bei Vorliegen absehbarer Verzögerungen, die ein verständiger Antragsteller vor dem Hintergrund des mit der Verlängerung der Bindungsfrist einhergehenden Schwebezustandes und des ihm daraus erwachsenden Nachteils billigerweise in Rechnung zu stellen pflegt, verlängern (BGH, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 85/09, WM 2010, 1514 Rn. 11 f. mwN).

22 Diese Umstände, die der Beklagten eine Entscheidung erst ermöglichen, ob sie den beantragten Versorgungsvertrag entsprechend den darin vereinbarten Modalitäten erfüllen kann, hat die Beklagte dem Kunden in den Ziffern 3.1 und 3.2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch Erläuterung der Besonderheiten des Lieferantenwechselverfahrens nach § 14 StromNZV mitgeteilt. Dass sie sich eine noch darüber hinaus gehende Frist ausbedingen wollte, um über eine Vertragsannahme entscheiden zu können, liegt nach der Klauselgestaltung fern und wird von den an solchen Geschäften typischerweise Beteiligten verständigerweise auch nicht ernstlich in Betracht gezogen. Denn die Vertragsbestätigung soll nach dem Gesamtzusammenhang der Klauselbestimmungen unmittelbar nach Klärung der im Einzelnen beschriebenen Voraussetzungen für das Zustandekommen des Stromlieferungsvertrages erfolgen. Der Kunde hat keinen Anlass zu der Annahme, die Beklagte hätte sich ohne erkennbaren Sinn noch einen zusätzlichen Zeitraum für ihre Entscheidung über

eine Annahme des Vertragsangebots und eine damit einhergehende Verlängerung der Bindungsfrist des Kunden vorbehalten wollen.

c) Die Klausel verstößt auch in ihrer zweiten Alternative, wonach der Vertrag spätestens mit Aufnahme der Belieferung durch die Beklagte zustande kommt, nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB. Denn sie regelt - diese Auslegung kann der Senat frei und ohne Bindung an die Auslegung des Berufungsgerichts selbst vornehmen (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 122/08, WM 2010, 1283 Rn. 19 mwN) - lediglich, dass ein auf Stromlieferung gerichtetes Vertragsverhältnis auch dann entsteht, wenn ein (förmlicher) Vertragsschluss durch Annahmebestätigung zwar unterblieben, es aber gleichwohl zur Belieferung des Kunden gekommen ist. Eine darüber hinausgehende zeitliche Bindung des Kunden an sein vorausgegangenes Angebot lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts diesem Teil der Klausel weder dem Wortlaut noch dem Sinn der getroffenen Regelung nach entnehmen. Sie weist vielmehr nur auf die bei Versorgungsverträgen bestehenden Gepflogenheiten des Vertragsschlusses hin, nach denen ein Vertragsverhältnis jedenfalls mit der Aufnahme der Belieferung durch das Versorgungsunternehmen zustande kommt (vgl. § 2 Abs. 2 StromGVV, § 2 Abs. 2 GasGVV, § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV und § 2 Abs. 2 AVBWasserV). Damit soll ein vertragsloser Zustand bei den zugrunde liegenden Versorgungsleistungen vermieden werden (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2008 - VIII ZR 293/07, NJW 2009, 913 Rn. 6 mwN). Auch hier beschränkt sich die Klausel bei verständiger Würdigung dieser Interessenlage darauf, ein solches Zustandekommen des Vertrages zu beschreiben, besagt aber nichts zur zeitlichen Bindung des Kunden an ein vorausgegangenes Angebot auf Durchführung der Belieferung.

24 2. Klausel 2

25 Hinsichtlich der Klausel 2 rügt die Revision zwar mit Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte verwende die Klausel auch in Grundversorgungsverträgen mit Haushaltskunden, so dass ihr bereits kein Regelungsfreiraum zur Abweichung von der in diesem Fall zwingenden Bestimmung des § 9 StromGVV zugestanden habe, im Tatsachenvortrag der Parteien keine Grundlage findet. Gleichwohl hat das Berufungsgericht die Klausel im Ergebnis zutreffend dahin ausgelegt, dass der Beklagten hierin nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung ein von einer vorherigen Benachrichtigung unabhängiges Zutrittsrecht eingeräumt wird, und ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klausel mit diesem Inhalt einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht standhält.

26 a) Ein durchschnittlicher Vertragspartner kann die Klausel so verstehen, dass sie der Beklagten auch dann ein Zutrittsrecht zu den Räumen des Kunden gewährt, wenn dieser zuvor nicht benachrichtigt worden ist. Denn eine Pflicht zur Benachrichtigung ist in der Klausel nicht geregelt. Sie begrenzt das Zutrittsrecht der Beklagten nur auf den damit verfolgten Ablesezweck. Es mag sein, dass - wie die Revision ausführt - der Durchschnittskunde davon ausgeht, dass der Stromversorger zur Vermeidung vergeblicher Ableseversuche - und somit im eigenen Interesse - bemüht sein wird, vorab einen Termin zu vereinbaren. Ohne entsprechenden Anhaltspunkt in der Klausel ist diese für den Kunden aber nicht dahin zu verstehen, dass die Beklagte kein jederzeitiges Zutrittsrecht hat, sondern - um die Rechte des Kunden zu wahren - vorab zu dessen Benachrichtigung verpflichtet ist und auch sonst etwa hinsichtlich einer zeitlichen Ausübung des Zutrittsrechts Rücksichtnahme- und Abstimmungspflichten unterliegt.

b) In dieser Auslegung hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht stand.

aa) Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Eine gesetzliche Regelung, von deren wesentlichen Grundgedanken abgewichen wird, schließt zugleich die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze ein, das heißt neben den (dispositiven) Gesetzesbestimmungen zugleich alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB und aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten (Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, BGHZ 138, 118, 126 mwN).

29 (1) Die Rechtsgrundsätze müssen dazu in dem jeweiligen Rechtsverhältnis Geltung beanspruchen können. Zwar fehlt es insoweit an einer ausdrücklichen Regelung für die Rechtsverhältnisse eines Energieversorgungsunternehmens zu seinen Sonderkunden. Denn die StromGVV gilt für diese Rechtsverhältnisse weder unmittelbar noch analog (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO). Die in §§ 9, 11 StromGVV getroffenen Regelungen zur Verbrauchsablesung und dem dazu erforderlichen Zutrittsrecht entfalten jedoch eine "Leitbildfunktion im weiteren Sinne". Sie verkörpern auch insoweit eine Wertentscheidung, die der Verordnungsgeber im Tarifkundenbereich unter Abwägung der gegenläufigen Interessen von Stromkunden und Energieversorgungsunternehmen getroffen hat, und enthalten somit einen ge-

wichtigen Hinweis auf das, was zugleich im Vertragsverhältnis mit Sonderabnehmern zu einem notwendigen Ausgleich der Interessen des Versorgungsunternehmens und der Kunden beachtet werden muss, um die Angemessenheit eines dem Versorger zur Wahrnehmung seiner Interessen zuzubilligenden Zutrittsrechts zu wahren.

30 (2) Durch die gegenüber der bisherigen Regelung in § 16 AVBEltV neu eingeführte Verpflichtung nach § 9 Satz 1 StromGVV, den Kunden zu benachrichtigen, bevor Zutritt zu dem Grundstück und den Räumen begehrt wird, sollte nach der Begründung des Verordnungsgebers dem Interesse des Kunden am Schutz seiner Privatsphäre angemessen Rechnung getragen, andererseits aber auch das Interesse des Netzbetreibers an einem Betretungsrecht zum Zwecke der Ermittlung der erforderlichen Daten gewahrt werden (BR-Drucks. 306/06, S. 30). Der Verordnungsgeber ist mit dieser Benachrichtigungspflicht verfassungsrechtlichen Vorgaben nachgekommen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat es wegen des engen Zusammenhangs zwischen dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung der Privatsphäre des Bürgers für erforderlich erachtet, dass dem Betroffenen in dem dort entschiedenen Fall vor Durchführung von Messungen in seiner Wohnung ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird und er zudem Gelegenheit hat, andere, ihn weniger belastende Modalitäten der Durchführung des Betretungsrechts anzubieten (BVerfGE 75, 318, 328 f.). Ein sachlicher Grund, vorliegend anders zu verfahren und abweichend vom Tarifkundenbereich, für den diese Anforderungen in § 9 Satz 1 StromGVV aufgegriffen und näher ausgestaltet worden sind, einem Energieversorgungsunternehmen im Sonderkundenbereich zu Ablesezwecken ein erleichtertes, an keine vergleichbaren Einschränkungen gebundenes Zutrittsrecht in die Wohnung des Kunden zuzubilligen, ist nicht ersichtlich.

(3) Diesen zwingenden Erfordernissen hat die Beklagte bei der Klauselgestaltung keine Rechnung getragen. Sie hat vielmehr eine Klauselfassung gewählt, die geeignet ist, bei den Kunden den Eindruck zu erwecken, dass die Beklagte den genannten Bindungen und Rücksichtnahmepflichten nicht oder allenfalls im Kulanzwege unterliegt, an sich aber jederzeit auch unangemeldet Zutritt beanspruchen kann. In dieser kundenfeindlichsten Auslegung hat die Beklagte jedoch eine Regelung getroffen, die die Interessen der Kunden an ihrem Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und einer unbedingten Achtung der Privatsphäre nicht hinreichend berücksichtigt und die Kunden dadurch entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

32 bb) Die Revision ist demgegenüber der Auffassung, eine unangemessene Benachteiligung des Kunden scheide schon deshalb aus, weil die Klausel im Gegensatz zu § 9 StromGVV nur ein Betretungsrecht für den Fall regele, dass der Kunde seine Ableseverpflichtung trotz vorheriger Aufforderung durch die Beklagte nicht erfüllt habe. Der Kunde müsse daher mit dem Besuch eines Mitarbeiters der Beklagten zum Zweck der Ablesung rechnen. Dies trifft indessen nicht zu.

33 Welche vorrangigen Interessen der Beklagten Anlass geben könnten, ihr allein wegen einer Verletzung der (Selbst-)Ablesepflicht des Kunden zum Zwecke der Verbrauchsablesung ein an keine Einschränkungen gebundenes Zutrittsrecht in dessen Wohnung zuzubilligen, zeigt die Revision nicht auf; sie sind auch sonst nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Beklagte auf ein derart weit gehendes Zutrittsrecht zur Wahrnehmung ihrer Abrechnungsinteressen auch nicht angewiesen. Dass eine Beachtung der Vorgaben des § 9 StromGVV eine Durchsetzung des Abrechnungsinteresses der Beklagten wesentlich erschweren würde, liegt fern. Vielmehr räumt die Revision selbst ein, dass in der Praxis hiernach verfahren wird.

34 3. Klausel 3

35 Auch hinsichtlich der Klausel 3 rügt die Revision zwar mit Recht, dass die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte verwende die Klausel in Grundversorgungsverträgen mit Haushaltskunden, so dass ihr bereits kein Regelungsfreiraum zur Abweichung von der in diesem Fall zwingenden Bestimmung des § 17 Abs. 2 Satz 2 StromGVV zugestanden habe, im Tatsachenvortrag der Parteien keine Grundlage findet. Gleichwohl hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Klausel in ihrer kundenfeindlichsten Auslegung eine Grundlage für eine der Höhe nach beliebige Verzugskostenpauschale bildet und daher einer Inhaltskontrolle nicht standhält, deren Maßstab jedoch nicht - wovon das Berufungsgericht ersichtlich ausgegangen ist - § 134 BGB oder § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern § 309 Nr. 5 BGB bildet.

36 a) Die Klausel, wonach die Beklagte bei Zahlungsverzug des Kunden die ihr durch erneute Zahlungsaufforderung oder Einziehung des Betrages durch einen Beauftragten entstehenden Kosten pauschal berechnen kann, wobei sich die Höhe der Pauschale nach den ergänzenden Bestimmungen richtet, kann entgegen der Auffassung der Revision nicht nur dahin verstanden werden, dass es sich lediglich um eine unvollständige und deshalb nicht vollzugsfähige Regelung handele, die noch keine Grundlage für ein Verlangen nach einer der Höhe nach beliebigen Pauschale bilde, sondern die erst noch der Konkretisierung durch bislang fehlende ergänzende Bestimmungen bedürfe. Ein durchschnittlicher Vertragspartner der Beklagten kann die Klausel auch dahin verstehen, dass die der Beklagten im Verzugsfall zustehende Pauschale in das nicht näher konkretisierte Ermessen der Beklagten gestellt ist.

37 b) In der vorstehend genannten kundenfeindlichsten Auslegung ist die Klausel gemäß § 309 Nr. 5 BGB unwirksam. Sie lässt zum einen nicht erken-

nen, dass die Beklagte bei Bestimmung der Höhe der von ihr zu beanspruchenden Verzugskostenpauschale an den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden gebunden sein soll und diesen bei der Betragsfestlegung nicht im Sinne von § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB überschreiten darf. Zum anderen gestattet die Klausel den Kunden entgegen § 309 Nr. 5 Buchst. b BGB auch nicht ausdrücklich den Nachweis, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die lediglich noch betragsmäßig festzulegende Pauschale ist.

38 4. Klausel 4

39 Die Revision wendet sich mit Recht gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klausel 4, bei der nur die Haftungsbeschränkung im Streit steht, verstoße gegen das aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Transparenzgebot. Die von der Beklagten abstrakt formulierte Haftungsbeschränkung "auf die bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schäden" ist wirksam.

40 a) Der Senat hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung Klauseln zu prüfen, in denen die Haftung auf eine bestimmte Summe begrenzt war. Er hat entschieden, dass sich die Wirksamkeit einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung in einem Formularvertrag danach richtet, ob die Höchstsumme ausreichend bemessen ist, um die vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden abzudecken (Senatsurteile vom 27. September 2000 - VIII ZR 155/99, aaO S. 216; vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO S. 133 mwN). Allerdings ist der Verwender nicht gezwungen, die Haftungsbegrenzung durch die Angabe einer Höchstsumme näher darzustellen. Oftmals wird ihm dies nicht möglich sein. Vor allem sind Sonderkunden eines Energieversorgungsunternehmens auch keine in sich homogene Gruppe, so dass sich die Höhe vertragstypischer, im Rahmen

der Adäquanz liegender Sach- und Vermögensschäden für sie nicht allgemein bestimmen lässt (Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO S. 135). Die Haftungsbegrenzung kann daher grundsätzlich auch so erfolgen, dass die Haftung unter Herausnahme atypischer Schäden auf den vertragstypisch zu erwartenden Schaden beschränkt wird (Dammann, aaO § 309 Nr. 7 Rn. 110; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 309 Nr. 7 Rn. 39 f.; MünchKommBGB/Wurmnest, 6. Aufl., § 309 Nr. 7 Rn. 30; jeweils mwN; vgl. auch Senatsurteil vom 27. September 2000 - VIII ZR 155/99, aaO S. 244 f.; Senatsbeschluss vom 24. Oktober 2001 - VIII ARZ 1/01, BGHZ 149, 89, 99).

41 b) Dabei sind allerdings die sich aus dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebenden Anforderungen zu beachten. Das Transparenzgebot verpflichtet die Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner eindeutig und verständlich darzustellen, damit diese sich bei Vertragsschluss hinreichend über die rechtliche Tragweite der Vertragsbedingungen klar werden können (BGH, Urteile vom 17. Januar 1989 - XI ZR 54/88, BGHZ 106, 259, 264 mwN; vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05, BGHZ 165, 12, 21 f.; vom 23. Februar 2011 - XII ZR 101/09, WM 2011, 1190 Rn. 10; vom 14. März 2012 - VIII ZR 202/11, aaO Rn. 24). Maßstab der Beurteilung sind die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders (Senatsurteil vom 26. Oktober 2005 - VIII ZR 48/05, aaO S. 22; BGH, Urteile vom 15. April 2010 - Xa ZR 89/09, WM 2010, 1237 Rn. 25; vom 23. Februar 2011 - XII ZR 101/09, aaO; vom 14. März 2012 - VIII ZR 202/11, aaO). Auch dem wird die Klausel in der gewählten abstrakten Formulierung gerecht.

42 aa) Die Unterscheidung, ob ein Schaden vorhersehbar oder unvorhersehbar ist, ist dem durchschnittlichen Vertragspartner eines Energieversor-

gungsunternehmens geläufig. Bei der Vorhersehbarkeit handelt es sich um einen - gerade auch im Zusammenhang mit Schadensereignissen verwendeten - allgemein gebräuchlichen Begriff. In schadensrechtlichen Zusammenhängen bringt er einen Teil dessen zum Ausdruck, was Fahrlässigkeit ausmacht. Denn Fahrlässigkeit setzt die Vorhersehbarkeit der Gefahr voraus, gegen deren Verwirklichung Vorkehrungen getroffen werden sollten (vgl. BGH, Urteil vom 14. März 2006 - X ZR 46/04, NJW-RR 2006, 965 Rn. 12). Dabei verlangt das zum Fahrlässigkeitsvorwurf gehörende Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht, dass sich der Schädiger vorzustellen vermag, wie sich der Schadenshergang im Einzelnen abspielt und in welcher Weise sich der Schaden verwirklicht. Es genügt vielmehr, dass der Schädiger die Möglichkeit des Eintritts eines schädigenden Erfolges im Allgemeinen hätte voraussehen können (BGH, Urteile vom 4. Mai 1993 - VI ZR 283/92, NJW 1993, 2234 unter II 1 b; vom 10. November 1992 - VI ZR 45/92, NJW-RR 1993, 345 unter II 3). Insoweit verkürzt das in der Klausel aufgestellte Vorhersehbarkeitserfordernis eine Haftung der Beklagten für sich allein nicht, sondern erläutert nur eine selbstverständliche Voraussetzung für ihre Haftung bei fahrlässig verursachten Schäden.

43 bb) Ebenso ist der Begriff des vertragstypischen Schadens für einen durchschnittlichen Vertragspartner hinreichend verständlich. Es handelt sich um einen Ausdruck, der in der Gesetzessprache, aber auch im allgemeinen Sprachgebrauch Verwendung findet. Die Gebräuchlichkeit des Begriffs "typisch" im Sinne eines "für eine bestimmte Person oder Sache charakteristisch" (vgl. Duden, Das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl., S. 946) kommt insbesondere in einer Vielzahl von Gesetzesüberschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 433, 488, 535, 581, 586, 598, 607, 611, 631, 651a, 662, 688, 765 BGB) zum Ausdruck, die mit der Überschrift "Vertragstypische Pflichten" für den jeweiligen Vertragstyp die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, welche dem Vertrag sein Gepräge geben, schlagwortartig umschreiben. Dass der Begriff

"vertragstypisch" selbsterklärend ist, zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass der Gesetzgeber bei der genannten Begriffsverwendung im Zuge der Schuldrechtsreform keinen Anlass zur Erläuterung gesehen, sondern seine Bedeutung als selbstverständlich vorausgesetzt hat.

44 Für den vorliegenden Vertrag ergibt sich nichts Abweichendes. Im Antragsformular und den ihm zugrunde gelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten kommt vielmehr zum Ausdruck, dass die wesentlichen Vertragspflichten der Beklagten darin bestehen, die Kunden an deren Hausanschluss für den gesamten Haushaltsbedarf mit elektrischer Energie in der für diesen Bedarf üblichen Qualität zu beliefern beziehungsweise die Belieferung durch Abschluss aller notwendigen Verträge mit dem Betreiber des örtlichen Versorgungsnetzes im vereinbarten Umfang sicherzustellen sowie bei der Belieferung alle Unterbrechungen oder Unregelmäßigkeiten in der Elektrizitätsversorgung auszuschließen, die nicht Folge einer im Verantwortungsbereich des Netzbetreibers liegenden Störung des Netzbetriebs einschließlich des Netzanschlusses sind und über die die Beklagte stattdessen die Kunden zur Durchsetzung etwaiger gesonderter Ansprüche aufzuklären hat. Diese vertraglichen Regelungen eröffnen dem Kunden die hinreichende Möglichkeit zu beurteilen, ob eine bestimmte Leistungspflicht wesentlich für den Vertrag ist. Daraus kann er zugleich ableiten und einschätzen, welche Schäden ihm im Falle einer Verletzung dieser wesentlichen Pflichten der Beklagten typischerweise entstehen können, und kann diese vertragstypischen Schäden ohne Weiteres von solchen Schäden abgrenzen, die auf einer Verletzung derjenigen Pflichten beruhen, die nicht als wesentliche Pflichten der Beklagten anzusehen sind.

45 cc) Angesichts der hinreichenden Bestimmtheit der verwendeten Begriffe ist die Beklagte - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - auch nicht verpflichtet, die möglichen Schäden, für die sie haftet, aufzuzählen oder

näher zu erläutern. Eine Aufzählung aller in Betracht kommenden Schäden würde die Gefahr der Unvollständigkeit in sich bergen und ist im Ergebnis auch weder möglich noch zumutbar. Ebenso wenig würde eine beispielhaft erläuternde Aufzählung einzelner Schäden zu zusätzlicher Klarheit für die aus sich heraus hinreichend klaren Begriffe des Vorhersehbaren und Vertragstypischen beitragen. Die Abgrenzungsfrage würde nur verlagert und unter Umständen sogar erschwert, weil derartige Aufzählungen in der Gewichtung der Beispiele zusätzlichen Wertungen Raum geben können, die dem an sich geläufigen Verständnis der verwendeten abstrakten Umschreibungen zuwiderlaufen.

46 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ergibt sich aus dem Senatsurteil vom 20. Juli 2005 (VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11 ff.) nichts anderes. Der Senat hat in dieser Entscheidung eine Klausel in einem Vertragshändlervertrag, die die vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners und Pflichten des Verwenders lediglich schlagwortartig mit dem Begriff "Kardinalpflichten" zusammengefasst hat, wegen Verstoßes gegen das Verständlichkeitsgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB für unwirksam erachtet. Abweichend von den hier verwendeten Begriffen ist der Begriff der "Kardinalpflicht" aber weder in der Umgangssprache noch der Gesetzessprache geläufig. Auch wenn er in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verwendet wird, kann deshalb nicht erwartet werden, dass der durchschnittliche Kunde als juristischer Laie den Inhalt dieser Rechtsprechung kennt oder sich ihm sonst erschließt, was mit "Kardinalpflichten" gemeint ist (Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, aaO S. 36 f.). Vorliegend werden dagegen keine Begriffe verwendet, deren Bedeutung sich nur durch Kenntnis höchstrichterlicher Rechtsprechung erschließen lässt. Vielmehr handelt es sich - wie ausgeführt - um Begriffe des allgemeinen Sprach- und Gesetzesgebrauchs, die im Zusammenhang mit dem Vertragstext dem Kunden hinreichend deutlich machen, für welche Schäden der Klauselverwender haftet.

47 dd) Der Begriff des vorhersehbaren, vertragstypischen Schadens eröffnet dem Klauselverwender entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keinen zur Unklarheit der Klausel führenden Beurteilungsspielraum, der geeignet sein könnte, die Kunden von der Durchsetzung bestehender Rechte abzuhalten. Ob es sich um einen derartigen Schaden handelt, obliegt nicht der Beurteilung des Klauselverwenders, sondern im Streitfall der Beurteilung des angerufenen Gerichts. Auch wenn im Einzelfall nicht immer ganz einfach festzustellen ist, ob etwa mit dem Eintritt eines bestimmten Schadens zu rechnen war, ist dies nicht die Folge eines unklaren Begriffsverständnisses, sondern beruht auf tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Feststellung des für die Beurteilung maßgeblichen Sachverhalts (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, NJW-RR 2005, 1496 unter A VII 3 [zum Begriff der "Wertminderung"], insoweit in BGHZ 164, 11 ff. nicht abgedruckt). Ebenso wenig begründet allein der Umstand, dass Begriffe verwendet werden, die eine wertende Betrachtung erfordern, die Gefahr, dass die Kunden von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werden. Eine solche zur Unklarheit der Klausel führende Gefahr ist nur dann gegeben, wenn die Klausel die Rechtslage unzutreffend oder missverständlich darstellt und auf diese Weise dem Verwender die Möglichkeit eröffnet, begründete Ansprüche unter Hinweis auf die Klauselgestaltung abzuwehren (Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, BGHZ 164, 11, 24). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Denn die Klausel umschreibt zutreffend eine nach der Rechtsprechung zulässige Haftungsbegrenzung mit geläufigen, zum Teil sogar im Fahrlässigkeitsvorwurf selbst enthaltenen Begriffen, die der Umgangs- und der Gesetzessprache entnommen sind und für die ein hinreichend klar umrissenes Begriffsverständnis existiert.

48 ee) Die Klausel ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht deshalb unklar, weil sie nicht ausdrücklich bestimmt, aus wessen Sicht sich die Frage der Vorhersehbarkeit der von der Haftungsbegrenzung er-

fassten vertragsuntypischen Schäden beurteilt. Nach dem Sinn und Zweck der Klausel ist nur die Auslegung möglich, dass es auf die Beurteilung ankommt, die ein vernünftiger Dritter in der Lage der Beklagten bei Vertragsschluss getroffen hätte.

49 Die Beurteilung, ob eine Haftungsbeschränkung angemessen ist, richtet sich maßgeblich nach der Möglichkeit einer Risikobeherrschung durch den Verwender (BGH, Urteil vom 30. November 2004 - X ZR 133/03, VersR 2005, 804 unter II 2 c (3); Beschluss vom 24. Oktober 2001 - VIII ARZ 1/01, aaO S. 98 mwN). Es spricht deshalb für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses, wenn der Verwender sich im hier gegebenen Rahmen von Schadensrisiken freizeichnet, die er - weil weder vorhersehbar noch vertragstypisch - nicht überschauen oder sonst in zumutbarer Weise vermeiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 1991 - XI ZR 128/90, BGHZ 114, 238, 243; Beschluss vom 24. Oktober 2001 - VIII ARZ 1/01, aaO).

50 Die Frage, was der jeweilige Vertragspartner insoweit überschauen oder in zumutbarer Weise vermeiden kann, kann vor diesem Hintergrund nur aus dessen bei Vertragsschluss bestehender Sicht beurteilt werden. Dass es dabei nicht auf die subjektive Sicht des Klauselverwenders, sondern darauf ankommt, was ein vernünftiger Dritter in der Lage des Klauselverwenders vorhersehen konnte, wird für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs im Rahmen der Fahrlässigkeit, zu deren Voraussetzungen die Vorhersehbarkeit gehört, allgemein angenommen (BGH, Urteile vom 26. Januar 1989 - III ZR 194/87, BGHZ 106, 323, 329 f.; vom 27. März 2003 - IX ZR 399/99, WM 2003, 1146 unter II 2 a). Auch für vergleichbare Haftungsbegrenzungsklauseln wird dies als selbstverständlich angesehen (vgl. Bahnsen in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Ziff. 27 ADSp Rn. 29; Koller, Transportrecht, Ziff. 27 ADSp

Rn. 6b; vgl. auch MünchKommBGB/Huber, aaO Art. 74 CISG Rn. 30 f.). Für die vorliegende Fallgestaltung gilt nichts anderes.

51 ff) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung kann bei der Beurteilung, ob es sich um einen vorhersehbaren vertragstypischen Schaden handelt, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden. Auch dies ergibt sich aus dem vorstehend erörterten Gesichtspunkt der Risikobeherrschung. Denn es ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, zu dem sich das Energieversorgungsunternehmen über zu ergreifende Vorsorgemaßnahmen klar werden und das Risiko in seine Kalkulation einbeziehen muss. Müsste es davon ausgehen, auch für vertragsuntypische Schäden zu haften, die erst nach Vertragsschluss vorhersehbar werden, wäre es zu kaum kalkulierbaren Rückstellungen oder - sofern überhaupt möglich - zur Eindeckung durch Versicherungen gezwungen, die sich in entsprechend erhöhten Preisen niederschlagen müssten. Das erscheint indessen nicht zumutbar, ganz abgesehen davon, dass es dem auch im Sonderkundenbereich zu berücksichtigenden Ziel einer preisgünstigen Energieversorgung, wie dies nach wie vor etwa seinen Ausdruck in § 11 Abs. 2 EnWG und § 18 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss und dessen Nutzung für die Elektrizitätsversorgung in Niederspannung (Niederspannungsanschlussverordnung - NAV) findet, zuwiderlaufen würde (vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO S. 132).

52 Der Kunde wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt, da er sich gegen im Laufe des Vertragsverhältnisses neu entstehende Schadensrisiken versichern kann. Zwar kommt es im Regelfall auf die Versicherbarkeit des Schadensrisikos für die Angemessenheitsüberprüfung nicht an (Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO mwN). Der Bundesgerichtshof hat indessen von diesem Grundsatz Ausnahmen - auch für die Elektrizitätsversor-

gung - zugelassen, wenn der Kunde den Umfang des zu versichernden Interesses am besten beurteilen kann und der Abschluss einer Versicherung durch den einzelnen Kunden ökonomischer ist als eine sonst erforderliche Preiserhöhung, die jeden Kunden zusätzlich belasten würde (Senatsurteil vom 25. Februar 1998 - VIII ZR 276/96, aaO S. 132 f. mwN). Davon, dass dies der Fall ist, geht auch der Verordnungsgeber aus. Denn bei der Regelung der Haftung des Netzbetreibers in § 18 NAV hat er eine Haftungsbeschränkung des Netzbetreibers "unter Berücksichtigung der Möglichkeit, dass besonders stromempfindliche oder daran interessierte Kunden sich selbst gegen die Auswirkungen entsprechender Versorgungsstörungen versichern können" für zweckmäßig erachtet (BR-Drucks. 367/06, S. 54).

53 5. Klausel 5

54 Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der vorformulierten Einwilligung des Kunden in Telefonwerbung der Beklagten zusteht, da diese Einwilligungserklärung gegen das Transparenzgebot verstößt (§ 1 UklaG in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

55 a) Zutreffend und von der Revision nicht beanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die vorformulierte Einwilligung eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Mit Rücksicht auf ihren Schutzzweck sind die §§ 305 ff. BGB auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, die im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis steht (Senatsurteil vom 16. Juli 2008 - VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 Rn. 18 mwN).

56

b) Entgegen der Ansicht der Revision genügt die Klausel nicht den Anforderungen des Transparenzgebots. Denn für den Kunden ist nicht hinreichend klar, für welche Angebote die Werbeanrufe erfolgen dürfen.

57 Die Einwilligung in eine Werbung mit einem Telefonanruf im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1 UWG setzt eine gesonderte - nur auf die Einwilligung in die Werbung mit einem Telefonanruf bezogene - Zustimmungserklärung des Betroffenen voraus (BGH, Beschluss vom 14. April 2011 - I ZR 38/10, K&R 2011, 400 Rn. 9; vgl. auch Senatsurteil vom 16. Juli 2008 - VIII ZR 348/06, aaO Rn. 27 - 30). Dieses Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung sorgt dafür, dass sich sowohl der einwilligende Verbraucher als auch das Unternehmen, das aufgrund dieser Einwilligung anrufen will, von vornherein im Klaren darüber sind, dass ein Anruf zu Werbezwecken im konkreten Fall erlaubt ist (BT-Drucks. 16/10734, S. 13). Eine vorformulierte Erklärung muss daher hinreichend konkretisiert sein, damit der Kunde erkennen kann, auf welche Werbeinhalte sich die Einwilligung bezieht und wer durch die Einwilligungserklärung zur Werbung ermächtigt wird (Jankowski, GRUR 2010, 495, 500; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., § 7 UWG Rn. 54; Koch in Ullmann jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 7 UWG Rn. 233; Seichter, jurisPR-WettbR 7/2009 Anm. 5). Diese Anforderungen erfüllt die streitgegenständliche Klausel nicht, weil bei den in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten unklar bleibt, worauf sich die Einwilligung des Kunden bezieht.

58 Der Kunde kann der Klausel nicht entnehmen, ob die Beklagte nur Werbung für ihre Produkte und Dienstleistungen machen oder auch Werbeanrufe für Angebote von Drittunternehmen tätigen darf. Zwar ist die Auslegung möglich, dass Drittunternehmen nicht erfasst sind. In diesem Fall bezöge sich der Relativsatz erläuternd auf die Produkte, Dienstleistungen und weiteren Angebote der Beklagten. Dadurch, dass in der Klausel eine Aufteilung erfolgt in "seine

Produkte und Dienstleistungen" und "weitere Angebote" ist aber auch die Auslegung möglich, dass letztere auch von einem Drittunternehmen stammen können.

6. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dem Kläger einen Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten in pauschalierter Höhe von 200 Euro gemäß § 5 UKlaG und § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zugesprochen. Die Abmahnung war berechtigt, weil der geltend gemachte Unterlassungsanspruch überwiegend begründet ist. Eine Kürzung des geltend gemachten Betrages im Hinblick auf die teilweise Unbegründetheit ist angesichts der ohnehin erfolgten Pauschalierung nicht veranlasst (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2010 - Xa ZR 68/09, NJW 2010, 2719 Rn. 55, insoweit in BGHZ 185, 359 ff. nicht abgedruckt).

III.

60 Das Berufungsurteil kann nach alledem keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit es die Klauseln 1 und 4 betrifft; im Übrigen ist die Revision unbegründet. Im Umfang der Aufhebung kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind und die Sache nach den getroffenen Feststellungen zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des

Landgerichts teilweise abzuändern. Die Klage ist abzuweisen, soweit der Kläger eine Untersagung der Verwendung der Klauseln 1 und 4 begehrt.

Vorinstanzen:
LG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 24.11.2010 - 2-2 O 21/10 -
OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 17.10.2011 - 1 U 3[illegible]11 -

als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle