



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 634/11
12 O 9324/10 Landgericht München I

Verkündet am 28. Juli 2011
Die Urkundsbeamtin:

EINGEGANGEN
RECHTSANWÄLTE u. NOTARE
EK 03. AUG. 2011

Justizobersekretärin

IM NAMEN DES VOLKES

verbraucherzentrale
Bundesverband

URTEIL

05. Aug. 2011

EINGEGANGEN

In dem Rechtsstreit

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

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte (

gegen

SWM Versorgungs GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED] Emmy-Noether-Str. 2, 80287 München

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht sowie die Richter am Oberlandesgericht und auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juni 2011 am 28. Juli 2011

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Landgerichts München I vom 23. Dezember 2010 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, diese zu vollstrecken an dem Geschäftsführer, 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:

a) „Preise bei Zahlungsverzug (je Vorgang)
Mahnkosten (umsatzsteuerfrei) 5,00 Euro“

b) „Unterbrechung der Versorgung (umsatzsteuerfrei) 34,15 Euro
Wiederherstellung der Versorgung 54,15 Euro (netto) 64,44 Euro (brutto)“.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 10. Juli 2010 zu zahlen.

3. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz haben der Kläger 1/3 und die Beklagte 2/3 zu tragen.

- II. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Der Kläger ist der – in der vom Bundesamt für Justiz geführten Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragene – Dachverband der 16 Verbraucherzentralen und weiterer Verbraucherverbände; er beanstandet von der Beklagten verwendete AGB-Klauseln.

Die Beklagte ist Stromversorger und erbringt diese Dienstleistung auch gegenüber Endverbrauchern im Bereich der Landeshauptstadt München und von Umlandgemeinden. Dabei beliefert die Beklagte Haushaltskunden in der Grundversorgung. Ferner beliefert sie Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung (sog. Normsonderkunden), gegenüber denen die Beklagte im Rahmen des von ihr angebotenen Stromversorgungsvertrags „M-Strom privat“ u.a. folgende Klauseln verwendet (vgl. Anlagen K 2 und K 3):

- Nr. 2.9 der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Lieferung von „M-Strom privat“, Stand: 30. April 2008 (im Folgenden: „Klausel 1“):

*„2.9 Der Vertrag setzt das Bestehen einer Einzugsermächtigung oder die Erklärung des Kunden voraus, dass die Zahlungen in bar am Kassensautomaten der SWM in der Emmy-Noether-Straße 2, 80992 München erfolgen. Die SWM sind berechtigt, bei Wegfall der Einzugsermächtigung oder wenn der Kunde wegen einer Zahlung gemahnt werden muss, den Vertrag mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats zu kündigen.
...“*

- Nr. 3.2 des Preisblatts Strom Allgemeine Preise SWM Versorgungs GmbH, Strompreise für die Landeshauptstadt München, gültig ab 1. Januar 2010 (im Folgenden: „Klausel 2“):

*„3.2 Preise bei Zahlungsverzug (je Vorgang)
Mahnkosten (umsatzsteuerfrei) 5,00 Euro
...“*

- Nr. 3.3 des Preisblatts Strom Allgemeine Preise SWM Versorgungs GmbH, Strompreise für die Landeshauptstadt München, gültig ab 1. Januar 2010 (im Folgenden: „Klausel 3“):

„3.3 **Preise bei Unterbrechung/Wiederherstellung der Versorgung (je Vorgang)**
Unterbrechung der Versorgung (umsatzsteuerfrei) 34,15 Euro
Wiederherstellung der Versorgung 54,15 Euro [netto] 64,44 Euro [brutto]“
...“

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Lieferung von „M-Strom privat“, Stand: 30. April 2008 enthalten ferner folgende im Streitfall nicht angegriffene Klauseln:

„2.6 Dem Kunden werden für ... Mahnung, ... Unterbrechung der Versorgung und Wiederherstellung der Versorgung Entgelte berechnet. Diese Entgelte werden jeweils gemeinsam mit den Allgemeinen Preisen der SWM für die Grundversorgung veröffentlicht.“

„7.3 Soweit nichts Abweichendes vereinbart wurde, gilt im Übrigen die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV) vom 26.10.2006 (Bundesgesetzblatt I 2006 S. 2391) in ihrer jeweils gültigen Fassung. Die StromGVV kann bei der SWM Versorgungs GmbH, Emmy-Noether-Straße 2, 80992 München oder unter www.swm.de eingesehen werden.“

Das Preisblatt Strom Allgemeine Preise SWM Versorgungs GmbH, Strompreise für die Landeshauptstadt München, gültig ab 1. Januar 2010 enthält außerdem folgende im Streitfall nicht angegriffene Klausel:

„**Versorgungsbedingungen**

Es gilt die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV) vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2391) sowie die Ergänzenden Bedingungen der SWM Versorgungs GmbH zur StromGVV (Anlage zur StromGVV) in der jeweils gültigen Fassung.“

Der Kläger war in erster Instanz der Auffassung, dass der zweite Satz der Klausel 1 sowie die Klauseln 2 und 3 gemäß §§ 307 ff. BGB unwirksam seien.

Der Kläger hat die Beklagte vorprozessual – auch wegen der Verwendung weiterer Klauseln – abgemahnt (vgl. Anlage K 4). Die Beklagte hat hinsichtlich der streitgegenständlichen Klauseln keine Unterlassungserklärung abgegeben.

Der Kläger hat vor dem Landgericht beantragt:

- I. *Die Beklagte wird verurteilt, 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 an dem Geschäftsführer, zu unterlassen,
bei Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden,
die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:*
 1. (2.9)
Die SWM sind berechtigt, bei Wegfall der Einzugsermächtigung oder wenn der Kunde wegen einer Zahlung gemahnt werden muss, den Vertrag mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats zu kündigen.
 2.
Preise bei Zahlungsverzug (je Vorgang) Mahnkosten (umsatzsteuerfrei) 5,00 Euro“
 3.
Unterbrechung der Versorgung (umsatzsteuerfrei) 34,15 Euro Wiederherstellung der Versorgung 54,15 Euro (netto) 64,44 Euro (brutto).
- II. *Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200 € nebst 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.*

Vor dem Landgericht hat die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hält die angegriffenen AGB-Klauseln für zulässig.

Am 23. Dezember 2010 hat das Landgericht München I folgendes Urteil verkündet:

- I. *Die Klage wird abgewiesen.*

- II. *Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.*
- III. *Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 105 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.*

Zur Begründung ist ausgeführt, dass die angegriffenen Klauseln weder inhaltlich gegen das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstießen noch die in den Klauseln 2 und 3 enthaltenen Pauschalbeträge der Höhe nach unzulässig seien.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Die Berufung des Klägers richtet sich gegen die Klageabweisung hinsichtlich der Klauseln 2 und 3 sowie der geltend gemachten Abmahnkosten. Der Kläger wiederholt und vertieft insoweit sein Vorbringen aus dem ersten Rechtszug. In Bezug auf die Klageabweisung betreffend den zweiten Satz der Klausel 1 wird das erstinstanzliche Urteil vom Kläger nicht angefochten.

Der Kläger hat im zweiten Rechtszug beantragt, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Beklagte wie folgt zu verurteilen:

- I. *Die Beklagte wird verurteilt, 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 an dem Geschäftsführer, zu unterlassen,*
- bei Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern geschlossen werden,*
- die nachfolgende oder eine inhaltsgleiche Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:*
1. *Preise bei Zahlungsverzug (je Vorgang)
Mahnkosten (umsatzsteuerfrei) 5,00 Euro*
 2. *Unterbrechung der Versorgung (umsatzsteuerfrei) 34,15 Euro
Wiederherstellung der Versorgung 54,15 Euro (netto) 64,44 Euro (brutto).*

- II. *Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 200 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klageerhebung zu zahlen.*

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlage und auf das Protokoll des Termins vom 30. Juni 2011 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet.

1) Die von dem Kläger angegriffene, von der Beklagten verwendete Klausel 2, die die Höhe der bei Zahlungsverzug von den betreffenden Stromabnehmern zu ersetzenden Mahnkosten pauschalisiert und auf 5,00 € (umsatzsteuerfrei) festlegt, ist gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB unwirksam. Dem Kläger steht der Unterlassungsanspruch aus § 1 i.V. mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG im geltend gemachten Umfang zu.

a) Nach § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz zum Gegenstand haben, unwirksam, wenn die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden übersteigt. Die streitgegenständliche Klausel 2 unterfällt dem Anwendungsbereich dieser Regelung, weil sie von der Beklagten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet wird und die Pauschalierung des Verzugschadens der Beklagten hinsichtlich der Kosten von Mahnungen betrifft.

b) Die Anwendbarkeit des § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB ist im Streitfall nicht ausgeschlossen.

aa) Ein Anwendungsausschluss ergibt sich nicht aus § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB, weil die Klausel 2 von der Beklagten nicht unverändert aus der Stromgrundversorgungsverordnung in ihre

für sog. Normsonderkunden geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommen wurde. Zwar gestattet § 17 Abs. 2 Sätze 1 und 2 StromGVV dem Grundversorger bei Zahlungsverzug des Kunden, wenn er erneut zur Zahlung auffordert oder den Betrag durch einen Beauftragten einziehen lässt, die dadurch entstandenen Kosten für strukturell vergleichbare Fälle pauschal zu berechnen, wobei die pauschale Berechnung einfach nachvollziehbar sein muss und die Pauschale die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen darf. Angegriffen wird vorliegend aber nicht der Umstand, dass die Beklagte eine Pauschalierung vorgenommen hat, sondern deren konkrete Höhe. Eine konkret bezifferte Mahnkostenpauschale von 5,00 € ist in der Stromgrundversorgungsverordnung aber nicht enthalten.

Mit der Regelung des § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, es den Versorgungsunternehmen freizustellen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten. Dahinter steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer in der Grundversorgung. Der Gesetzgeber hat ein Bedürfnis für eine Parallelgestaltung der Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen gegenüber Verbrauchern als Tarifkunden in der Grundversorgung und Verbrauchern als Sonderabnehmern insbesondere vor dem Hintergrund gesehen, dass in Folge der Liberalisierung auf dem Energieversorgungsmarkt zunehmend auch Verbraucher mit Versorgungsunternehmen Verträge abschließen, die nicht von vornherein den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität, Gas usw. unterliegen, und deshalb zu „Sonderabnehmern“ werden (vgl. die Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14. Mai 2001 zu § 310 Abs. 2 BGB, BT-Drs. 14/6040, S. 160; BGH NJW 2009, 2662, Tz. 20 m.w.N.). § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB soll demgemäß vermeiden, dass Sonderabnehmer, für die die in der Stromgrundversorgungsverordnung geregelten Versorgungsbedingungen nur kraft Einbeziehung gelten, diese einer Inhaltskontrolle nach §§ 308 und 309 BGB zuführen können, während Tarifkunden in der Grundversorgung, für die die Bestimmungen der Stromgrundversorgungsverordnung als Rechtsnormen unmittelbar anzuwenden sind, diese Möglichkeit nicht haben (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung für ein Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [AGB-Gesetz], BT-Drs. 7/3919, S. 42 [zu § 11 Nr. 2]; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 310 BGB RdNr. 6), da es sich bei Rechtsnormen begrifflich nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt (vgl. BGH NJW 1987, 1622 [1623]).

Da die Klausel 2 keine Rechtsnormqualität besitzt, sind auch Tarifikunden in der Grundversorgung nicht gehindert, diese Klausel nach §§ 308, 309 BGB der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle zuzuführen (vgl. auch unten bb). Soweit die Höhe der Mahnkostenpauschale betroffen ist, ist der Prüfungsmaßstab des § 309 Abs. 5 Buchst. a BGB identisch mit den Vorgaben des § 17 Abs. 2 Satz 2 StromGVV, d.h. die Mahnkostenpauschale darf die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten nicht übersteigen. Es besteht damit kein Grund, weshalb die Anwendung des § 309 Abs. 5 Buchst. a BGB im Streitfall in Bezug auf die Klausel 2 durch § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen und ein Rückgriff auf die – vorliegend zum selben Ergebnis führende – Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 und 2 BGB im Lichte der Leitbildfunktion der Regelungen der Stromgrundversorgungsverordnung (vgl. BGH NJW 1998, 1640 [1641 f.]; NJW 2009, 2662, Tz. 20; NJW 2009, 2667, Tz. 22) erforderlich sein sollte.

bb) Die streitgegenständliche Klausel 2 ist – entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten – auch nicht einer über das Transparenzgebot hinausgehenden AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entzogen, weil es sich nicht um eine Preisbestimmung handelt.

Zwar sind formularmäßige Abreden, die Art und Umfang der Hauptleistung oder der hierfür zu erbringenden Vergütung unmittelbar bestimmen, von der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgenommen, da die Vertragsparteien nach dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei regeln können. Ihre Festlegung ist grundsätzlich Sache der Vertragsparteien, denn es gibt vielfach keine gesetzliche Preisregelung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Abrede gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte. Hiervon zu unterscheiden sind die kontrollfähigen (Preis-) Nebenabreden, also Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (st. Rspr., z.B. BGH NJW 2010, 2789, Tz. 19, 20 m.w.N.). Die in Klausel 2 getroffene pauschalierte Festlegung der Höhe zu erstattender Mahnkosten betrifft nicht die Hauptleistung, sondern steht neben der Preishauptabrede. Sie weicht von dem das dispositive Recht beherrschenden Grundsatz ab, nach dem die Kosten für eine nach Verzugseintritt erfolgende Mahnung im Rahmen der Geltendmachung eines Verzugsschadensersatzes (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB) konkret zu berechnen sind, und ist daher gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Inhaltskontrolle unterworfen (vgl. *Grüneberg* in: Palandt, a.a.O., Vorb v § 249 BGB RdNr. 21, § 307 BGB RdNr. 47).

c) Die Höhe der als Verzugsschaden aus § 280 Abs. 2, § 286 BGB von der Beklagten geforderten Mahnkostenpauschale von 5,00 € übersteigt entgegen § 309 Abs. 5 Buchst. a BGB und der inhaltsgleichen Regelung in § 17 Abs. 2 Satz 2 StromGVV die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten der Beklagten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte ihre allgemeinen Geschäftskosten, die ihr durch die Mahnung säumiger Abnehmer entstehen, grundsätzlich nicht als Verzugsschaden geltend machen kann, sofern nicht – wozu hier nichts vorgetragen ist – ein besonderer Ausnahmefall vorliegt, in dem ganz ungewöhnliche Belastungen entstehen (vgl. BGH NJW 1976, 1256 [1257]; NJW 1980, 119; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 1449 [1451]; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 1082 f.). Dies würde auch dann gelten, wenn – wovon im Streitfall ausgegangen werden kann – der Geschäftsbereich der Beklagten so groß ist und sich Fälle des Zahlungsverzugs ihrer Kunden so häufig ereignen, dass – wenn keine Vergabe an einen externen Dienstleister erfolgt wäre – für die verwaltungsmäßige Bearbeitung die Einstellung eigenen, nur damit befassten Personals der Beklagten erforderlich wäre (BGH NJW 1976, 1256 [1257 f.]). Denn wenn es rechtens ist, dass dem Geschädigten wegen üblicher, also nicht übermäßiger eigener Bemühungen um den Schadensersatz eine besondere Entschädigung auch da versagt werden muss, wo sich der damit verbundene Arbeitsaufwand möglicherweise vermögensrechtlich auswirkt, dann kann es im Grundsatz keine Rolle spielen, ob sich beim Geschädigten aus Gründen, die dem Umfang seiner geschäftlichen Betätigung entspringen, solche Anspruchslagen in großer Zahl verwirklichen. Auch solche Umstände fallen in den allgemeinen Lebensbereich dieses Geschädigten und dürfen daher nicht denjenigen mehr als sonst belasten, dem im Einzelfall die Rolle des Schädigers zukommt (BGH NJW 1976, 1256 [1258]).

Diese allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätze gelten – entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten – auch im Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2 StromGVV. Denn in der Begründung des Entwurfs einer Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung im Energiebereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie ist zu § 17 Abs. 2 StromGVV klargestellt, dass in die Pauschale nur ein nach Vertrag oder Gesetz erstattungsfähiger und ursächlich mit der Zahlungsverzögerung zusammenhängender Schaden einfließen darf, nicht aber der allgemeine Verwaltungsaufwand für die Rechtsverfolgung (BR-Drs. 306/06 vom 4. Mai 2006, S. 38). Damit knüpft der Verordnungsgeber ersichtlich an die oben genannten vom Bundesgerichtshof bestä-

tigten allgemeinen schadensersatzrechtlichen Grundsätze an. Es sind keine Gründe ersichtlich, die demgegenüber eine Privilegierung von Stromversorgungsunternehmen gegenüber in anderen Wirtschaftszweigen tätigen Unternehmen rechtfertigen würden, die ihre allgemeinen Geschäftskosten, die ihnen durch die Mahnung säumiger Kunden entstehen, grundsätzlich nicht als Verzugsschaden geltend machen können.

Soweit sich die Beklagte im zu neuem tatsächlichen Vorbringen im Schriftsatz des Klägers vom 23. Juni 2011 nachgelassenen Schriftsatz vom 18. Juli 2011 in rechtlicher Hinsicht auf die Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr berufen hat, ist dies schon deshalb unbefehlich, weil davon nur Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen, erfasst werden (vgl. Art. 1, Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie), also nicht die hier streitgegenständlichen Fälle des Zahlungsverzugs von Verbrauchern. Gleiches gilt für die neue, bis zum 16. März 2013 umzusetzende Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

Nachdem der allgemeine Verwaltungsaufwand für die außergerichtliche Bearbeitung von Schadensfällen wie den streitgegenständlichen Fällen des Zahlungsverzugs dem Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Geschädigten zugewiesen ist, der außerhalb des Schutzzwecks der Haftung des Schädigers liegt (BGH NJW 1980, 119), ändert es an der fehlenden Erstattungsfähigkeit dieses Aufwands nichts, dass die Beklagte die außergerichtliche Bearbeitung von Forderungen gegen säumige Kunden einem externen Dienstleister übertragen hat (vgl. auch BGH NJW 2009, 3570, Tz. 13). Denn der Geschädigte hat es nicht in der Hand, durch organisatorische Maßnahmen die von der Rechtsordnung festgelegte Zuständigkeits- und Verantwortungsverteilung zwischen Schädiger und Geschädigtem zu seinen Gunsten zu verändern.

Die von der Beklagten als Anlage B 4 vorgelegte Kalkulation der streitgegenständlichen Mahnkostenpauschale weist ganz überwiegend Positionen aus, die dem allgemeinen Verwaltungsaufwand zuzurechnen sind. Dies gilt insbesondere für die angesetzten Personal- und IT-Kosten, von denen nicht vorgetragen ist, dass sie den üblichen Rahmen überschreiten (vgl. OLG Hamburg NJW-RR 1987, 1449 [1451]). Soweit die Beklagte bei der Kalkulation der Mahnkostenpauschale sogar Personalkosten „für die Bearbeitung individueller Kundenreaktionen auf Mah-

nungen“ in Ansatz bringt, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei – wie beim Aufwand für die Bearbeitung sonstiger Kundenanfragen auch – um allgemeine Verwaltungskosten im Zusammenhang mit der weiteren Durchführung und Abwicklung der Stromlieferungsverträge handelt, die die Beklagte mit ihren Kunden geschlossen hat (vgl. auch BGH NJW 2009, 3570, Tz. 13).

Damit ergeben sich – wenn die Kalkulation gemäß Anlage B 4 zugrunde gelegt wird – ab dem Jahr 2006 ersatzfähige Mahnkosten der Beklagten von lediglich etwas mehr als 1,20 €. Auch ein „Gewinnaufschlag von 5 %“ des externen Dienstleisters kann im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht der Beklagten (§ 254 Abs. 2 Satz 1 BGB) im Streitfall schon deshalb nicht in Ansatz gebracht werden, weil nichts dazu vorgetragen ist, dass der externe Dienstleister, soweit die ersatzfähigen Material-, Druck- und Portokosten betroffen sind, die betreffenden Leistungen um mindestens 5 % billiger erbringt als es die Beklagte selbst könnte, was auch nicht nahe liegend erscheint. Nachdem der externe Dienstleister im Streitfall der Beklagten konzernmäßig verbunden ist, besteht im Übrigen Anlass zu dem Hinweis, dass es allgemeinen Prinzipien des Schadensersatzrechts widerspräche, wenn durch die Verlagerung der Bearbeitung von Zahlungsverzugsfällen zwischen Konzernunternehmen aus dem Schadensfall ein Gewinn für den Konzern generiert werden könnte.

Etwas anders folgt auch nicht aus der von der Beklagten erst im Berufungsverfahren als Anlage B 5 vorgelegten tabellarischen Aufstellung, weil dort wiederum die nicht ersatzfähigen Kostenbestandteile enthalten sind. Deshalb kann offen bleiben, ob dieser neue Vortrag der Beklagten gemäß § 531 Abs. 2 ZPO überhaupt zuzulassen wäre. Im Übrigen ist die von der Beklagten angestellte Berechnung – am Rande bemerkt – entgegen § 17 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 StromGKV auch nicht einfach nachvollziehbar.

d) Nachdem die Höhe der in der Klausel 2 von der Beklagten festgelegten Mahnkostenpauschale von 5,00 € die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten der Beklagten somit übersteigt, ist die Klausel 2 gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. a BGB unwirksam.

Die Klausel 2 ist jedoch, anders als vom Kläger behauptet, auch bei „kundenfeindlichster Betrachtung“ (vgl. BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11 m.w.N.) nicht so auszulegen, dass die Mahnkostenpauschale entgegen § 17 Abs. 2 Satz 1 StromGKV auch für eine verzugsbegründende Zahlungsaufforderung anfällt. Das Landgericht hat hierzu zutreffend festgestellt, dass eine solche

Auslegung durch die Klauselüberschrift „*Preise bei Zahlungsverzug (je Vorgang)*“ ausgeschlossen ist. Die Klausel 2 ist deshalb nicht auch unter diesem Gesichtspunkt unwirksam.

2) Die von dem Kläger angegriffene, von der Beklagten verwendete Klausel 3, die die Höhe der bei der Unterbrechung / Wiederherstellung der Versorgung von Stromabnehmern der Klägerin zu ersetzenden Kosten pauschalisiert und für die Unterbrechung auf 34,15 € (umsatzsteuerfrei) sowie für die Wiederherstellung auf 54,15 € (netto) bzw. 64,44 € (brutto) festlegt, ist gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB und gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V. mit Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Dem Kläger steht der Unterlassungsanspruch aus § 1 i.V. mit § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG auch hier im geltend gemachten Umfang zu.

a) Die von dem Kläger angegriffene Klausel 3 ist gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB unwirksam, weil sie schon den Nachweis wesentlich geringerer Kosten nicht ausdrücklich gestattet.

Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist eine Inhaltskontrolle gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB nicht durch § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen, weil auch die Klausel 3 von der Beklagten nicht unverändert aus der Stromgrundversorgungsverordnung in ihre für sog. Normsonderkunden geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen übernommen wurde und § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB auch keine strengeren Vorgaben enthält als die Stromgrundversorgungsverordnung. Gemäß § 19 Abs. 4 Satz 5 StromGVV ist nämlich – bei einer pauschalierten Berechnung der Kosten der Unterbrechung und Wiederherstellung der Belieferung – dem Kunden der Nachweis geringerer Kosten zu gestatten. Nachdem die Klausel 3 – auch im Regelungszusammenhang mit den übrigen streitgegenständlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten – schon den Nachweis wesentlich geringerer Kosten nicht ausdrücklich gestattet, ist sie gemäß § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB unwirksam.

Es kann daher offen bleiben, ob – da § 19 Abs. 4 Satz 5 StromGVV nicht nach der Frage der Wesentlichkeit geringerer Kosten differenziert – eine Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 und 2 BGB im Lichte der Leitbildfunktion der Regelungen der Stromgrundversorgungsverordnung (vgl. BGH NJW 1998, 1640 [1641 f.]; NJW 2009, 2662, Tz. 20; NJW 2009, 2667, Tz. 22) die Unwirksamkeit der Klausel auch dann ergäbe, wenn sie nur den Nachweis wesentlich geringerer Kosten, nicht aber allgemein den Nachweis (auch unwesentlich) geringerer Kosten ausdrücklich gestatten würde.

Entgegen der von der Beklagten im Termin vom 30. Juni 2011 vertretenen Rechtsauffassung ist die Anwendbarkeit von § 309 Nr. 5 Buchst. b Alt. 2 BGB und § 19 Abs. 4 Satz 5 StromGVV in Bezug auf die Klausel 3 auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass sie keine Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen zum Gegenstand habe, sondern lediglich die vom Netzbetreiber der Beklagten in Rechnung gestellten Beträge an die Kunden der Beklagten durchgereicht würden. Es fehlt nämlich an einer nicht pauschalierenden, sondern konkreten Schadensberechnung schon deshalb, weil in der Klausel 3 feste Entgelte genannt sind, ohne dass eine Abhängigkeit zu den vom Netzbetreiber der Beklagten für die betreffenden Leistungen in Rechnung gestellten Entgelte hergestellt würde. Die Entgelte werden fest vereinbart, ohne dass sie im Falle einer Veränderung, insbesondere einer Herabsetzung der vom Netzbetreiber der Beklagten für die betreffenden Leistungen in Rechnung gestellten Entgelte zeitgleich anzupassen wären.

b) Die von dem Kläger angegriffene Klausel 3 ist auch deshalb unwirksam, weil sie gegen das Benachteiligungsverbot des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt.

Nach dieser Vorschrift sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen; die Unangemessenheit ist zu verneinen, wenn die Benachteiligung des Vertragspartners durch höherrangige oder zumindest gleichwertige Interessen des Verwenders gerechtfertigt ist (vgl. BGH NJW 2005, 1774 [1775] m.w.N.; Senat NJW-RR 2008, 1233). Eine solche unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

Zu den wesentlichen Grundgedanken auch des dispositiven Rechts gehört, dass jeder Rechtsunterworfen seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können. Ein Anspruch auf Ersatz anfallender Kosten besteht nur dann, wenn dies im Gesetz vorgesehen ist. Ist das nicht der Fall, können entstandene Kosten nicht auf Dritte abgewälzt werden, indem gesetzlich auferlegte Aufgaben in Allgemeinen Geschäftsbedingun-

gen zu individuellen Dienstleistungen gegenüber Vertragspartnern erklärt werden. Jede Entgeltregelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die sich nicht auf eine auf rechtsgeschäftlicher Grundlage für den einzelnen Kunden erbrachte (Haupt- oder Neben-)Leistung stützt, sondern Aufwendungen für die Erfüllung eigener Pflichten oder für Zwecke des Verwenders abzuwälzen versucht, stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Abweichung von Rechtsvorschriften dar und verstößt deshalb gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, was eine gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners indiziert (vgl. z.B. BGH NJW 2001, 1419 [1420]; NJW 2002, 2386 [2387], jeweils m.w.N.).

Die streitgegenständliche Klausel 3 ist mehrdeutig, so dass ihr Inhalt im Weg der Auslegung zu ermitteln ist. Die Auslegung hat dabei nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so zu erfolgen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden wird, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen sind (vgl. BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11 m.w.N.). Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt diese Auslegungsregel dazu, dass bei einer mehrdeutigen Klausel von den möglichen Auslegungen diejenige zugrunde zu legen ist, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt (vgl. z.B. BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11 m.w.N.). Denn damit ist die scheinbar „kundenfeindlichste“ Auslegung im Ergebnis regelmäßig die dem Kunden günstigste (BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11 m.w.N.). Außer Betracht zu bleiben haben insoweit nur solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (BGH NJW 2009, 2051, Tz. 11 m.w.N.).

Bei „kundenfeindlichster Auslegung“ ergibt sich keinesfalls fernliegend, dass die Kostenpauschale für die Unterbrechung / Wiederherstellung der Versorgung entgegen § 19 StromGVV in jedem Fall der Unterbrechung/Wiederherstellung der Versorgung – auch wenn er dem Interessen- oder Pflichtenkreis der Beklagten entspringt und nicht dem Kunden zuzurechnen ist – anfällt, weil die Klauselüberschrift ebenso wie Nr. 2.6 der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Lieferung von „M-Strom privat“ (Stand: 30. April 2008) keine diesbezügliche Einschränkung enthält. Ob sich – wie die Beklagte behauptet – durch die Verweisung in Nr. 7.3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Lieferung von „M-Strom privat“ (Stand: 30. April 2008) oder ob sich durch die Klausel „Versorgungsbedingungen“ im Preisblatt Strom Allge-

meine Preise SWM Versorgungs GmbH, Strompreise für die Landeshauptstadt München, gültig ab 1. Januar 2010, ergibt, dass die Entgelte nur unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 19 StromGVV erhoben werden, ist bei Zugrundelegung der Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners unklar; diese Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten der Beklagten als Verwenderin.

Die Klausel 3 verstößt demnach bei „kundenfeindlichster Auslegung“ gegen den wesentlichen Grundgedanken des dispositiven Rechts, dass jeder Rechtsunterworfenene seine gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, ohne dafür ein gesondertes Entgelt verlangen zu können, und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V. mit Abs. 2 Nr. 1 BGB auch aus diesem Grund unwirksam.

3) Nachdem die Klauseln 2 und 3 – wie ausgeführt – unwirksam sind, kann der Kläger nicht nur die Unterlassung ihrer Einbeziehung in neue von der Beklagten mit Verbrauchern geschlossene Stromversorgungsverträge verlangen, sondern – wie geltend gemacht – auch, dass es die Beklagte unterlässt, sich auf die beiden Klauseln bei der Abwicklung von Stromversorgungsverträgen, die mit Verbrauchern nach dem 1. April 1977 geschlossen wurden, zu berufen (BGH NJW 1994, 2693 m.w.N.; NJW 2003, 1237 [1238]; Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB).

4) Der Anspruch auf Ersatz der Abmahnkosten folgt aus § 5 UKlaG i.V. mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

5) Soweit die Beklagte sich in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vom 18. Juli 2011 auch mit der Höhe des in der mündlichen Verhandlung am 30. Juni 2011 bereits festgesetzten Streitwerts befasst, ist festzuhalten, dass der Festsetzung des Streitwerts am 30. Juni 2011 eine Erörterung der Streitwerthöhe vorangegangen ist, in deren Rahmen die Beklagte gegen die Festsetzung des Streitwerts auf 5.000,- € keine Einwendungen erhoben hat. In der Sache ist zur Höhe des Streitwerts darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NJW-RR 2007, 497 [498]) eine Bemessung des Streitwerts mit mehr als 2.500,- € je angegriffener Klausel in auf Unterlassung gerichteten Verbandsklageverfahren nicht geboten ist. Der Senat hat keinen Anlass gesehen, im Streitwertbeschluss vom 30. Juni 2011 hiervon abzuweichen.

III.

1) Die Entscheidung über die Kosten beruht für die erste Instanz auf § 92 Abs. 1 ZPO und für das Berufungsverfahren auf § 91 Abs. 1 ZPO.

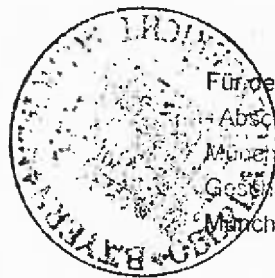
2) Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

3) Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Vorsitzender Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht

Richter
am Oberlandesgericht



Für den Gleichlaut der Ausfertigung

Abdruck
München, den
Gesellschafts-
München

Abdruck