

Beglaubigte Abschrift

EINGEGANGEN

Zunally

27. April 2009

Verkündet am 23.04.2009
Rechtsanwälte
Brüstle, Bansemir, Lenuzza

1 U 556/08
10 O 1427/07
(Landgericht Erfurt)



Scheel, Justizamtsspek-
torin als Urkunds-
beamtin der Geschäfts-
stelle

THÜRINGER OBERLANDESGERICHT
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

E.ON Thüringer Energie AG, vertreten durch den Vorstand, Schwerborner
Straße 30, 99087 Erfurt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schulz, Noack, Bärwinkel,
Baumwall 7,
20459 Hamburg

g e g e n

Verbraucherzentrale Thüringen e.V. vertreten durch den Vorstand, Eugen-
Richter-Straße 45, 99085 Erfurt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Brüstle, Bansemir & Lenuzza,
Juri-Gagarin-Ring 96/98,
99084 Erfurt

hat der 1. Zivilsenat des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Pfalzer,
die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Brenneisen und
die Richterin am Oberlandesgericht Zimmermann-Spring

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.03.2009

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 19.06.2008 – 10.O.1427/07 – wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagten fallen die Kosten der Berufung zur Last.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:**I.**

Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Energieversorgungsunternehmen berechtigt ist, in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine von der Klägerin beanstandete Preisanpassungsklausel zu verwenden.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des mit der Berufung angefochtenen, der Klage in vollem Umfang stattgebenden Urteils wird Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO).

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung macht die Beklagte insbesondere geltend:

Entgegen der Ansicht des Landgerichts halte die Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB stand. Das Landgericht habe es verabsäumt, die hierbei erforderliche Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei müsse u. a. beachtet werden, dass mittlerweile auch auf dem Gasmarkt Wettbewerb herrsche, was die Beklagte als Energieversorgungsunternehmen bei der Preisgestaltung zu berücksichtigen habe und dazu führe, schon aufgrund der Marktgegebenheiten keine unmäßigen Preiserhöhungen vorzunehmen. Außerdem sei bei der Auslegung der Preisanpassungsklausel die Leitbildfunktion der AVB GasV mit den diesen Normen innewohnenden Billigkeitsanforderungen zu beachten, was ebenfalls zur Folge habe, dass unangemessene Preiserhöhungen auf der Grundlage der beanstandeten Klausel nicht möglich seien und eine asymmetrische Weitergabe

von Kostenschwankungen nicht zu besorgen sei. Die fehlende Festlegung von Preisanpassungsterminen – insbesondere mit Bezug auf etwaige Preissenkungen – könne auch deshalb nicht die Unwirksamkeit der Klausel begründen, weil der Bundesgerichtshof eine Verpflichtung zur Vornahme von Preisanpassungen zu bestimmten Terminen ablehne, da eine solche auch gegen die Interessen der Kunden gerichtet sein könnte. Ferner sei das den Kunden im Falle einer Preiserhöhung um mehr als 5 % gegenüber dem Vorjahreszeitpunkt eingeräumte, auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Preiserhöhung zurück wirkende Sonderkündigungsrecht (unter I.2.c der AGB) zu berücksichtigen. Dies führe zum Ausgleich einer etwaigen Benachteiligung des Kunden. Im Ergebnis der Interessenabwägung sei demnach das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden zu verneinen.

Zwar möge es vor dem Hintergrund der dem Kläger im Allgemeininteresse verliehenen Klagebefugnis nach § 1 UKlaG rechtlich zutreffend sein, dass der Umstand, ob sich der Kläger im Jahr 2005 mit der beanstandeten Klausel einverstanden erklärt bzw. diese jedenfalls nicht gerügt habe, unerheblich sei. Das Landgericht habe aber zu Unrecht einen Verstoß des Klägers gegen die Vereinbarung vom 30.01.2007 (Anlage B 9, Bl. 80 d.A.) verneint, in welcher sich der Kläger verpflichtet, eine Sammelklage nicht weiter zu verfolgen und Widersprüche von Kunden im Hinblick auf Preiserhöhungen in der Vergangenheit nicht aktiv zu bewerben. Die vorliegende Klage verfolge (ausweislich Anlagen B 10, B 11) den Zweck, die Rückforderung wegen auf der Grundlage der angegriffenen Preisanpassungsklausel vorgenommener Preiserhöhungen durch die Kunden zu ermöglichen.

Schließlich fehle es auch deshalb an einem Unterlassungsanspruch, weil die Klausel nicht mehr verwendet werde und Altverträge umgestellt worden seien und diese Klausel ebenfalls nicht mehr enthielten. In der Vergangenheit aber seien Kostensenkungen in gleichem Umfang preiswirksam geworden wie Kostensteigerungen, so dass die Frage der Wirksamkeit der Klausel keine praktische Relevanz mehr habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 19.06.2008 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil als richtig und trägt hierzu insbesondere vor:

Das Landgericht sei bei der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die beanstandete Klausel das Äquivalenzprinzip nicht wahre, weil sie eine Einbahnstraße zugunsten der Beklagten darstelle, indem sie ihr das Recht gebe, Erhöhungen der Kostenfaktoren des Gaspreises an ihre Kunden weiterzugeben, auf der anderen Seite aber keine Verpflichtung enthalte, bei Senkung der Kostenfaktoren diese ebenfalls an die Kunden weiterzugeben und auch keine Termine für eine Weitergabe von Kostensenkungen vorgebe. Das Landgericht habe zudem bei der Inhaltskontrolle richtig den „kundenfeindlichsten“ Sinn der Klausel ermittelt und zugrunde gelegt, da Unklarheiten nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zu Lasten des Verwenders gingen. Die Umstellung der Gaslieferungsverträge der Beklagten mache die Überprüfung der Wirksamkeit der Preisänderungsklausel nicht entbehrlich, da die Klausel im Hinblick auf die Preisgestaltung, insbesondere Preiserhöhungen in der Vergangenheit, weiterhin für den Verbraucher nachteilige Wirkungen entfalte. Hierauf gestützte – möglicherweise wegen Unwirksamkeit der Klausel rechtswidrige – Preiserhöhungen in der Vergangenheit machten sich auch heute noch beim Gaspreis bemerkbar.

II.

1. Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat ihr zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, die Verwendung der beanstandeten Preisänderungsklausel untersagt.

Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen wird ergänzend ausgeführt:

2. Die Preisänderungsklausel benachteiligt die Kunden der Beklagten – wie das Landgericht richtig ausgeführt hat – entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil sie nur das Recht enthält, Erhöhungen

des Gaseinstandspreises an ihre Kunden weiterzugeben, nicht aber die Verpflichtung, bei gesunkenen Bezugskosten den Preis zu senken. Hierdurch wird es der Beklagten ermöglicht, eine erhöhte Kostenbelastung durch eine Preiserhöhung aufzufangen, hingegen den Vertragspreis bei einer Kostensenkung durch einen geringeren Einstandspreis unverändert zu lassen. Risiken und Chancen einer Veränderung des Einstandspreises werden damit zwischen den Parteien ungleich verteilt (BGH, Urteil vom 29.04.2008, KZR 2/07). Die Preisanpassungsklausel wahrt damit nicht das vertragliche Äquivalenzverhältnis und gibt der Beklagten als Verwender die Möglichkeit, nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern auch einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Jedenfalls in der im Verbandsprozess gebotenen „kundenfeindlichsten“ Auslegung enthält sie keine Verpflichtung der Beklagten, einem gefallenem Gaseinkaufspreis nach gleichen Maßstäben wie einem gestiegenen Preis Rechnung zu tragen, und damit die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Erhöhung ihrer Gewinnspanne. Die Klausel lässt nämlich eine Auslegung zu, nach der die Beklagte zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung unabhängig davon vorzunehmen, in welche Richtung sich der Einstandspreis seit Vertragsschluss oder seit der letzten Preisanpassung entwickelt hat. Zwar ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Möglichkeit der Preisanpassung als Recht, nicht als Pflicht der Beklagten ausgestaltet ist, da es nicht im Interesse der Kunden sein kann, die Beklagte zu verpflichten, jede Erhöhung der Gaskosten unverzüglich weiter zu geben. Die Ausgestaltung der Preisanpassungsklausel lässt indessen erkennen, dass sie primär auf die Weitergabe von Preissteigerungen zugeschnitten ist (ebenso wie in dem der vorliegend zitierten BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Fall). Ihr ist damit nicht mit der ein anderes Verständnis ausschließenden Eindeutigkeit zu entnehmen, nach welchen Kriterien die Beklagte den Preisänderungszeitpunkt zu bestimmen hat. Mangels anderweitiger vertraglicher Vorgaben hat die Beklagte damit die Möglichkeit, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, und durch die in der Preisanpassungsklausel nicht vorgegebene Wahl des Preisanpassungstermins erhöhten Einstandskosten umgehend, niedrigeren Einstandskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung

rung durch eine Preisänderung Rechnung zu tragen (BGH, Urteil vom 29.04.2008, KZR 2/07).

3. Hinzu kommt, dass nach der hier zur Prüfung vorliegenden Preisanpassungsklausel keine Klarheit darüber besteht, in welcher Weise die Preisänderungen im Falle einer Erhöhung oder Senkung des Gaseinstandspreises zu erfolgen haben. Die Klausel ist insoweit nicht hinreichend klar und verständlich und benachteiligt die Kunden der Beklagten auch deshalb unangemessen. Insbesondere ist unklar, ob die Preisänderung in einem bestimmten Verhältnis zur Änderung des Gaseinstandspreises dergestalt erfolgen soll, dass die Änderung des Einstandspreises (z.B. Erhöhung um 0,5 Cent/kWh) nominal berücksichtigt wird oder ob die Erhöhung der sich aus allen Kostenbestandteilen zusammensetzenden Kosten, die mit dem höheren Einstandspreis einhergeht, prozentual auf den Sonderkundenpreis übertragen wird (vgl. für den Fall einer Koppelung der Sonderkundenpreise an die Änderung von Tarifpreisen: BGH, Urteil vom 17.12.2008, VIII ZR 274/06).

4. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel auch nicht entgegen, dass sie dem Leitbild des (bis zum 07.11.2006 geltenden) § 4 Abs. 1 und 2 AVB GasV entspräche. Zwar kann, wie der Bundesgerichtshof in der vorzitierten Entscheidung vom 29.06.2008 ausgeführt hat, den Bestimmungen der AVB GasV für die Gasversorgung von Tarifkunden „Leitbildfunktion“ auch für Sonderverträge (um die es vorliegend geht) zukommen. Indessen ist eine solche Funktion den AVB GasV nicht pauschal beizumessen, sondern jeweils für die einzelne in Rede stehende Bestimmung zu prüfen.

Durch die vorzunehmende Einzelprüfung wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nach § 310 Abs. 2 BGB zwar die §§ 308, 309 BGB keine Anwendung auf Verträge über die Versorgung von Sonderabnehmern mit Gas finden, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von den Verordnungen über allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden (AVB GasV) abweichen, die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB jedoch nicht ausgeschlossen ist.

Für die streitige Preisänderungsklausel kommt § 4 Abs. 1 und 2 AVB GasV indessen keine Leitbildfunktion zu. Der Bundesgerichtshof hat in

der bereits zitierten Entscheidung vom 29.04.2008 insoweit ausgeführt: „Die Vorschrift bestimmt, dass das Gasversorgungsunternehmen zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung stellt und dass Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden. Zwar ergibt sich auch aus dem Tarifbestimmungs- und –änderungsrecht ein (gesetzliches) Leistungsbestimmungsrecht i. S. d. § 315 BGB. Dass die Norm keine Vorgaben zu Zeitpunkt und Inhalt von Preisänderungen nennt, ist jedoch eine unmittelbare Folge des Umstandes, dass Tarifikunden zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen beliefert werden und beliefert werden müssen. Aus der gesetzlichen Bindung des allgemeinen Tarifs an den Maßstab der Billigkeit ergibt sich nicht nur die Rechtspflicht des Versorgers, bei einer Tarifierfassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen. Der Versorger ist vielmehr auch verpflichtet, die jeweiligen Zeitpunkte einer Tarifänderung so zu wählen, dass Kostensenkungen nicht nach für den Kunden ungünstigeren Maßstäben Rechnung getragen wird als Kostenerhöhungen, so dass Kostensenkungen mindestens in gleichem Umfang preiswirksam werden müssen wie Kostenerhöhungen. Die gesetzliche Regelung umfasst daher neben dem Recht des Versorgers zur Preisanpassung auch die Pflicht hierzu, wenn die Anpassung dem Kunden günstig ist, und enthält damit gerade dasjenige zu einer ausgewogenen Regelung notwendige Element, das der von der Beklagten vorgegebenen vertraglichen Anpassungsklausel fehlt.“ Das trifft auch im vorliegenden Fall zu.

5. Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten durch die beanstandete Klausel wird weder durch einen Wettbewerb auf dem Gasmarkt noch durch die Einräumung des Sonderkündigungsrechts nach I.2.c der AGB kompensiert. Im Ergebnis der hier vorzunehmenden Interessenabwägung ist vielmehr von einer unangemessenen Benachteiligung der Kunden auszugehen.

Wie der Bundesgerichtshof in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung vom 29.04.2008 ausgeführt hat, kann ein Kündigungsrecht bei einer marktbeherrschenden Stellung des Energieversorgungsunternehmens die Benachteiligung der Abnehmer nicht ausgleichen. In anderem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof hierzu ausgeführt, dass ein Wechsel des

Energieträgers wegen der Kosten der Umstellung mit unzumutbaren Nachteilen für den Kunden verbunden wäre.

Soweit sich die Beklagte darauf beruft, dass mittlerweile aufgrund der Liberalisierung des Gasmarktes und eines verstärkten Wettbewerbs auf diesem Gebiet eine Vertragskündigung eine zumutbare Alternative für die Kunden darstelle, die geeignet sei, eine etwaige unangemessene Benachteiligung aufgrund der Preisanpassungsklausel auszugleichen, ist ihr zwar zugute zu halten, dass in den vorstehend bereits zitierten, vorangegangenen Entscheidungen – ebenso wie in der die gleiche Richtung weisenden Entscheidung des Kammergerichts, Urteil vom 28.10.2008, 21 U 160/06, OLG-Report 2009, 149 ff. – die Berechtigung vorgenommener Gaspreiserhöhungen überprüft worden ist und dass bei der Beurteilung der Klausel auf den Moment des Vertragsschlusses abzustellen war.

Bei der hier vorliegenden Verbandsklage ist statt dessen der Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung maßgeblich (vgl. Staudinger-Coester, BGB, Stand 2006, Rdnr. 100 zu § 307 BGB). Damit käme der Beklagten eine Änderung der Marktgegebenheiten, insbesondere eine mittlerweile fortgeschrittene Liberalisierung des Marktes mit einer Eröffnung des Wettbewerbs auf dem Gasmarkt zugute.

Indessen erscheint fraglich, ob der Gas-zu-Gas-Wettbewerb bereits praktische Relevanz aufweist. Für den Zeitraum 2005/2006 war dies noch zu bezweifeln (vgl.: Büdenbender: Die Bedeutung der Preismissbrauchskontrolle nach § 315 BGB in der Energiewirtschaft, NJW 2007, 2945 ff., unter Verweis auf den Tätigkeitsbericht 2005/2006 des Bundeskartellamts, BT-Drucksache 16/5710, S. 221). In den letzten 2 bis 3 Jahren dürfte sich dies nicht maßgeblich geändert haben.

Der Senat erachtet jedenfalls das den Kunden bei Preiserhöhungen um mehr als 5 % eingeräumte Sonderkündigungsrecht vorliegend als Ausgleich der Benachteiligungen durch die Fassung der Preisanpassungsklauseln nicht für ausreichend. Vor dem Hintergrund der erheblichen Schwankungen auf dem Gasmarkt wie auf dem Ölmarkt und der jüngsten, beträchtlichen Preissenkungen auf dem Ölmarkt, an dessen Preisvorgaben der Gaspreis gekoppelt ist, erhält der Umstand, dass das Energieversorgungsunternehmen zu einer Weitergabe der Preissenkungen des Einstandspreises nicht verpflichtet ist bzw. war, was zu einer asymmetri-

schen Berücksichtigung von Steigerungen und Senkungen des Gas-einstandspreises bei den Gastarifen für Sonderkunden führen konnte und kann, besonderes Gewicht. Ein Ausgleich für eine fehlende Weitergabe gesunkener Einstandspreise an Sonderkunden wird durch das Sonderkündigungsrecht bei Preiserhöhungen über 5 % aber nicht geschaffen.

Nach alledem ist – auch bei Beachtung aller bei der Abwägung zu berücksichtigenden Interessen – von einer unangemessenen Benachteiligung der Kunden durch die beanstandete Preisanpassungsklausel auszugehen.

6. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann dem Kläger kein Verstoß gegen Treu und Glauben aufgrund des vorangegangenen Verhaltens im Zusammenhang mit der Neugestaltung der Preisanpassungsklausel und kein Verstoß gegen die Vereinbarung vom 31.01.2007 (Anlage B9, Bl. 80) vorgeworfen werden.

Das Landgericht hat in diesem Zusammenhang zunächst zutreffend darauf abgestellt, dass es dem Kläger vor dem Hintergrund der ihm im Allgemeininteresse verliehenen Klagebefugnis nach § 1 UKlaG – auch unter Berücksichtigung der in letzter Zeit vermehrt ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen zur Wirksamkeit von Vertragsanpassungsklauseln – unbenommen sein muss, von seiner Klagebefugnis Gebrauch zu machen.

Der Kläger verstößt durch die Klage aber auch nicht gegen die mit Vereinbarung vom 31.01.2007 der Beklagten gegenüber übernommene Verpflichtung, eine Sammelklage nicht weiter zu verfolgen sowie aktives Bewerben von Widersprüchen im Hinblick auf Preiserhöhungen in der Vergangenheit zu unterlassen. Mit der vorliegenden Klage ermöglicht und unterstützt er lediglich die Weiterverfolgung von Widersprüchen und Klagen durch einzelne Kunden, denen eine Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel in den von ihnen zu führenden Prozessen zugute käme. Ein aktives Bewerben von Widersprüchen ist in dem hier vorliegenden Verfahren selbst nicht zu sehen.

7. Der Unterlassungsanspruch scheidet schließlich auch nicht daran, dass die beanstandete Preisanpassungsklausel nicht mehr verwendet wird und

auch Altverträge umgestellt worden sind, die Klausel also bei ihnen nach dem Vertragswillen der Beklagten nicht mehr gelten soll.

Soweit die Klausel bei Neuverträgen keine Verwendung mehr findet und Altverträge mit Blick auf die Zukunft umgestellt sind, geht die Unterlassungspflicht des Verwenders – wie der BGH mit Urteil vom 11.02.1981, VIII ZR 235/79, NJW 1981, 1511 f., ausgeführt hat – dahin, sich bei der Durchsetzung seiner Rechte nicht auf die unwirksame Klausel zu berufen, sie insoweit nicht zu „verwenden“.

Der Senat tritt der Ansicht des Klägers bei, dass die Frage der Wirksamkeit der Klausel im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit bereits erfolgter Preisanpassungen weiterhin Relevanz besitzt und die Beklagte insoweit die Klausel weiterhin verwendet, da sich die Beklagte als Verwender diesbezüglich auf die Preisanpassungsklausel in der vormaligen Form stützt und beruft. Dementsprechend ist der Unterlassungsanspruch durch die mittlerweile erfolgten Änderungen der Vertragsbedingungen und die Umstellung der Altverträge nicht entfallen.

Soweit sich die Beklagte in diesem Zusammenhang weiter darauf beruft, dass die in der Vergangenheit bei Geltung der Preisanpassungsklausel erfolgten Gaspreisänderungen nicht asymmetrisch erfolgt seien und den Interessen der Kunden angemessen Rechnung getragen worden sei, insbesondere da Kostensenkungen ebenso wie Kostensteigerungen weitergegeben worden seien, schließt dies den Unterlassungsanspruch nicht aus. Die Frage, ob die in Anwendung der Preisanpassungsklausel in der Vergangenheit vorgenommenen Gaspreisänderungen tatsächlich im Einzelfall zu einer unangemessenen Benachteiligung von Kunden geführt haben, ist vorliegend nicht zu prüfen, sondern wäre in Verfahren relevant, in denen die Wirksamkeit der Preisanpassungen überprüft wird.

8. Nach alledem ist die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Revisionszulassungsgründe i. S. d. § 542 Abs. 2 ZPO sind nicht gegeben.

Der Senat hat vorliegend lediglich – unter Beachtung bereits ergangener höchstrichterlicher Entscheidungen – die Inhaltskontrolle einer Klausel vorgenommen.

Pfalzer

Zimmermann-Spring

Dr. Brenneisen

