

- Ausfertigung -

Geschäftsnummer:
15 U 6/12
10 O 614/10
Landgericht
Karlsruhe



Verkündet am
21. Dezember 2012

als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Karlsruhe
15. Zivilsenat
Im Namen des Volkes
Urteil

Im Rechtsstreit

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.
vertreten durch d. Vorstand Klaus Müller
Mintropstraße 27, 40215 Düsseldorf

- Kläger / Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Peter, Tempelhofer Damm 2, 12101 Berlin (201/10-BB)

gegen

SWP Stadtwerke Pforzheim GmbH & Co.KG
vertreten durch d. d. Stadtwerke Pforzheim VerwaltungsGmbH, diese vertreten durch
den Geschäftsführer Wolf-Kersten Meyer
Sandweg 22, 75179 Pforzheim

- Beklagte / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
[REDACTED]

wegen Unterlassung gem. § 1 UKlaG

hat der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung
vom 19. Dezember 2012 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht [REDACTED]

Richter am Oberlandesgericht [REDACTED]

Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED]

für **Recht** erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Schlussurteil des Landgerichts Karlsruhe vom 09.12.2011 - 10 O 614/10 - wird zurückgewiesen.
 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
 3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
 4. Die Revision wird nicht zugelassen.
-

Gründe:

I.

Der Kläger, ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verein, verlangt von der Beklagten die Unterlassung der Verwendung zweier Klauseln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Die Beklagte ist Grundversorger für Strom in einem regional begrenzten Gebiet. Darüber hinaus bietet die Beklagte über die Internetseite „www.stromistbillig.de“ Stromlieferungsverträge außerhalb der Grundversorgung, sogenannte Sonderkundenverträge, an. Hierbei verwendete sie jedenfalls bis zum 07.12.2010 die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Stand 20.07.2010 (Anlage K 3), in denen folgende Regelung enthalten war:

*„1. Lieferbeginn, Laufzeit, Vertragsänderungen, Vertragsabschluss
Die Laufzeit des Vertrages beginnt mit dem Ersten des übernächsten Monats, wenn der Vertrag bis zum 5. des Monats unterschrieben bei der SWP Stadtwerke Pforzheim GmbH & Co.KG (SWP) eingeht, ansonsten mit dem Ersten des darauf folgenden Monats. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von 12, 24 oder 36 Monaten gekündigt werden.“...*

Das Zustandekommen von Sonderkundenverträgen über die Internetseite erfolgte dergestalt, dass der Interessent/Kunde nach Eingabe seiner Postleitzahl, seines geschätzten Jahresverbrauchs bzw. der Anzahl der in seinem Haushalt lebenden Personen auf der Startseite über das Anklicken des Buttons „Preis berechnen“ zunächst auf eine zweite Seite gelangte, auf der ihm ein Angebot mit einer Laufzeit von 36 Monaten zu einem bestimmten Preis im ersten Jahr „inkl. Preisgarantie für 36 Monate“ unterbreitet wurde und auf der sich darunter in Fettdruck die Aufforderung „Wählen Sie hier die Optionen aus“ befand. In einem weiter unten gelegenen Feld waren die Optionen

„Ökostrom“ oder „Classicstrom“,
Laufzeit 12, 24 oder 36 Monate sowie
Zahlungsweise „vierteljährlich“ oder „jährlich“

aufgeführt, die durch Anklicken ausgewählt werden konnten. Hinsichtlich der zur Wahl gestellten Optionen war eine Voreinstellung im Sinne der Modalitäten Ökostrom mit ei-

ner Laufzeit von 36 Monaten und jährlicher Zahlungsweise vorhanden. Die vom Interessenten gewählten Vertragsmodalitäten, die zu jeweils anderen Preisen führten, konnten sodann angesehen werden. Über das Anklicken des Buttons „Jetzt Wechseln“ gelangte der Kunde dann auf ein Formular „Auftrag zum Wechsel des Stromversorgers zu stromistbillig.de“, in das die persönlichen Daten und der bisherige Stromversorger eingegeben waren. Nach Eingabe aller von der Beklagten abgefragten Daten bestand die Möglichkeit, den „Auftrag für Strombelieferung für Privatkunden“ sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten auszudrucken; der Ausdruck war sodann von dem Kunden unterschrieben per Post an die Beklagte zu senden. Anschließend übersandte die Beklagte dem Kunden zunächst eine schriftliche Eingangsbestätigung, in der ihm der vorläufige Lieferbeginn mitgeteilt wurde. Nach Überprüfung der vom Kunden angegebenen Daten erteilte die Beklagte dem Kunden schließlich eine schriftliche Vertragsbestätigung.

Die Abwicklung über das Internetportal „www.preisvergleich.de“ erfolgte im Wesentlichen in gleicher Weise, jedoch mit dem Unterschied, dass hier der Seitenbetreiber Unister als Vermittler zwischen dem Interessenten und der Beklagten auftrat, die eingehenden Aufträge auf Vollständigkeit und Einhaltung von Formerfordernissen überprüfte und sie dann an die Beklagte weiterleitete. Die weitere Abwicklung gestaltete sich entsprechend den Abläufen bei Vertragsanbahnungen über die Internetseite „www.stromistbillig.de“.

Die Beklagte verwendet die genannte Klausel zwar derzeit nicht in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen; eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hat sie jedoch - trotz entsprechender Aufforderung durch den Kläger - nicht abgegeben.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Klausel in Nr. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten zum Stand 20.07.2010, wonach der Vertrag erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von 12, 24 bzw. 36 Monaten gekündigt werden kann, sei gemäß § 309 Nr. 9a BGB unwirksam. Bei den unterschiedlichen Laufzeitangeboten auf den Internetseiten „www.stromistbillig.de“ und „www.preisvergleich.de“ in Verbindung mit der inkriminierten Klausel in Nr. 1 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen handele es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 BGB, weil dem Kunden nur die Wahl zwischen bestimmten vorgegebenen Alternativen

eröffnet werde. Die Laufzeit, für die sich der Kunde im Rahmen seiner Wahlmöglichkeiten auf den Internetseiten „www.stromistbillig.de“ und www.preisvergleich.de“ entscheiden könne, sei nicht individuell ausgehandelt, weil der Kunde tatsächlich keine Möglichkeit habe, den Vertrag hinsichtlich der Laufzeit mitzugestalten. Nachdem dem Kunden nach Eingabe seiner Daten aufgrund einer Voreinstellung ein Produkt mit einer Laufzeit von 36 Monaten präsentiert werde und zudem der für die Laufzeit von 36 Monaten geltende Preis für das erste Jahr in einem Berechnungsbeispiel gesondert beworben werde, könne der Kunde das Produkt nicht frei auswählen. Der Kunde werde vielmehr in Richtung des voreingestellten Produkts geführt und müsse dieses aktiv abwählen. Er habe daher nicht die Möglichkeit einer unbeeinflussten Auswahl. Bei derartigen Fallgestaltungen sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ohne Weiteres vom Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen auszugehen.

§ 310 Absatz 2 BGB stehe einer Überprüfung der beanstandeten Klausel nicht entgegen, da die Klausel erheblich vom Leitbild des § 20 StromGVV abweiche, der eine Kündigungsfrist von einem Monat vorgesehen habe. Im Übrigen sei die angegriffene Klausel auch bei einer Anwendung des § 310 Absatz 2 BGB jedenfalls an der Vorschrift des § 307 BGB zu messen. Bei einer Überprüfung, ob die Klausel eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB beinhalte, sei die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (StromGVV) als Leitbild heranzuziehen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 26.09.2011 hat die Beklagte weitere in der Klageschrift angekündigte Anträge, bezeichnet als Ziffer I. 1. sowie II., anerkannt. Am selben Tage ist diesbezüglich ein Teilanerkennnisurteil des Landgerichts ergangen.

Der Kläger hat hiernach zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträgen über die Belieferung mit Strom außerhalb der Grundversorgung mit Verbrauchern einzu-

beziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen:

1. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von ... 36 Monaten gekündigt werden.
2. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von ... 24 Monaten gekündigt werden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die angegriffenen Klauseln seien nicht wegen Verstoßes gegen die Regelungen in §§ 307 bis 309 BGB unwirksam, weil die Laufzeit in den über die Internetseiten „www.stromistbillig.de“ und www.preisvergleich.de“ angebotenen Verträgen jeweils individuell vereinbart werde und damit nicht an §§ 307 ff. BGB zu messen sei. Der Regelungsgehalt in Nr. 1 Satz 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Stand 20.07.2010 erschöpfe sich in der Wiedergabe dieser individuellen Vereinbarung. Auch der Bundesgerichtshof gehe davon aus, dass vorformulierte Vertragsbedingungen ausgehandelt sein könnten, wenn der Verwender sie als eine von mehreren Alternativen anbiete, zwischen denen der Vertragspartner die Wahl habe. Diese Wahl habe der Kunde, wenn er einen Vertrag über die Internetseiten „www.stromistbillig.de“ und „www.preisvergleich.de“ mit ihr schließe, weil er sich frei für eine Vertragslaufzeit von 12, 24 oder 36 Monaten entscheiden könne. Eine suggestive Ausgestaltung durch die Voreinstellung eines Angebotes mit einer Laufzeit von 36 Monaten liege nicht vor, weil der Vertragsinteressent mit einem einzigen Mausklick die vorhandenen Voreinstellungen ändern könne. Zu berücksichtigen sei darüber hinaus, dass sie den Interessenten gerade kein ausgefülltes Formular zur Unterschrift vorgelegt habe, sondern dass vielmehr der Interessent ein von ihm nach seiner freien Wahl ausgefülltes Formular an sie übermittelt habe.

Im Übrigen begründe die Abweichung einer vereinbarten Vertragslaufzeit von der in § 20 StromGVV vorgesehenen Regelung nicht ohne Weiteres eine unangemessene Benach-

teiligung des Vertragspartners im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Es sei ausdrücklicher Wille des Ordnungsgebers gewesen, den Versorgungsunternehmen die Möglichkeit zu geben, außerhalb der Grundversorgung Verträge mit längeren Laufzeiten abzuschließen. Die Vereinbarung längerer Vertragslaufzeiten diene im Übrigen nicht nur ihrem wirtschaftlichen Interesse, sondern auch und insbesondere dem Interesse der Kunden, weil über eine längere Vertragslaufzeit ermöglicht werde, den Strom billiger einzukaufen und somit günstiger an den Kunden abzugeben. Zu berücksichtigen sei schließlich, dass das zeitliche Auseinanderfallen von Vertragsschluss und Beginn des Leistungsaustauschs den bindenden Vorgaben der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromNZV) und der Festlegung der Geschäftsprozesse zur Kundenbelieferung mit Elektrizität (GPKE) geschuldet sei.

Durch Urteil vom 09.12.2011 hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, nachfolgende oder mit diesen inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträgen über die Belieferung mit Strom außerhalb der Grundversorgung mit Verbrauchern einzubeziehen sowie sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 01. April 1977, zu berufen:

1. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von (...) 36 Monaten gekündigt werden.
2. Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von (...) 24 Monaten gekündigt werden.

Die Kosten des Rechtsstreits hat das Landgericht der Beklagten auferlegt.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, bei den streitbefangenen Klauseln handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 309 Nr. 9a BGB sowie wegen Verstoßes gegen das aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Transparenzgebot unwirksam seien. Bei dem vom Kunden im Internet ausgefüllten und ausgedruckten Formular handele es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen

und nicht um eine Individualvereinbarung, weil der Kunde nur die Wahl zwischen den von der Beklagten vorgegebenen Alternativen habe und die gewünschte Laufzeit nicht frei wählen könne. Die Klauseln seien daher an § 309 BGB zu messen, weil die streitbefangenen Regelungen zum Nachteil der Abnehmer von der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz abwichen. Sie verstießen gegen die Regelung in § 309 Nr. 9a BGB, weil der Kunde bei einer Laufzeit von 24 beziehungsweise 36 Monaten länger als zwei Jahre gebunden sei, nachdem die Laufzeit des Vertrages gemäß Nr. 1 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erst geraume Zeit nach dem Vertragsschluss beginne. Die streitgegenständlichen Klauseln verletzen auch das Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil sie für sich genommen geeignet seien, beim Verbraucher Fehlvorstellungen über die das Kündigungsrecht betreffende Rechtslage zu erzeugen. Dass die Dauer der Vertragslaufzeit nicht durch die angegriffene Klausel vereinbart werde, sondern auf der aufgrund des vom Kunden ausgefüllten Formulars getroffenen Vereinbarung der Parteien beruhe, sei dabei unerheblich.

Gegen das ihr am 14.12.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 10.01.2012, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tage, Berufung eingelegt. Zur Begründung ihrer Berufung wiederholt die Beklagte mit nach Fristverlängerung bis zum 14.03.2012 an diesem Tage beim Oberlandesgericht eingegangenem Schriftsatz ihr erstinstanzliches Vorbringen und führt darüber hinaus aus, das Landgericht habe die Einzelheiten des elektronischen Prozesses zum Abschluss eines Stromlieferungsvertrags falsch gewürdigt und sei deshalb zu Unrecht davon ausgegangen, dass die vom Kläger angegriffenen Vertragsklauseln der gesetzlichen Regelung in § 309 Nr. 9a BGB standhalten müssten. Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass die über die beiden Internetseiten angebotenen Sonderkundenverträge formularmäßig zustande gekommen seien, weil den Vertragsinteressenten aufgrund der Menüführung auf den Internetseiten keine freie Wahl zwischen den von ihr angebotenen Laufzeitoptionen verblieben sei; die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs habe das Landgericht fehlerhaft interpretiert. Hiernach sei es gerade nicht geboten, dem Kunden eine völlig freie Wahl hinsichtlich der Laufzeiten zu belassen; dem Kunden dürfe lediglich nicht durch eine suggestive Formulargestaltung oder auf andere Weise die Annahme eines bestimmten Vorschlags des Anbieters aufgedrängt werden. Die freie Auswahlentscheidung des Kunden sei vorliegend nicht beeinträchtigt gewesen, weil der Kunde ausdrücklich dazu

aufgefordert worden sei, sich auch für andere Laufzeiten als die voreingestellte Laufzeit zu entscheiden. Die streitbefangene Klausel trage im Übrigen zu einem angemessenen Interessenausgleich der Vertragsparteien bei.

Der Tenor des angefochtenen Urteils sei schließlich schon unabhängig von der Frage, ob das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen überhaupt anwendbar sei, deutlich zu weit gefasst, weil er nicht die Möglichkeit belasse, die angegriffenen Vertragsklauseln einzubeziehen und sich hierauf zu berufen, wenn die Vereinbarung zur Mindestlaufzeit individualvertraglich zustande gekommen sei.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Schlussurteil abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit sie nicht durch Teilerkenntnisurteil vom 26.09.2011 beschieden wurde.

Sie regt darüber hinaus an, im Falle einer Zurückweisung ihrer Berufung die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vorbringens und führt weiter aus, ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Interessen der Beklagten und den Interessen des Kunden werde durch die streitbefangene Klausel nicht hergestellt. Soweit die Beklagte die Formulierung im Tenor angreife, sei die Beanstandung unbegründet, weil das Landgericht bewusst die Formulierung des § 1 UKlaG aufgegriffen habe und eine Individualvereinbarung gerade nicht unter den dort genannten Begriff der „Bestimmung“ falle. Das Landgericht sei auch zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei den angegriffenen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen gehandelt habe, weil der Verbraucher aufgrund der konkreten Ausgestaltung der maßgeblichen Internetseiten die Laufzeit nicht frei wählen könne. Allein die Möglichkeit, eine voreingestellte Modalität im Vorfeld abzuwählen, und der Umstand, dass der Vertrag nach Anbahnung über voreingestellte Internetseiten erst

durch postalische Versendung des ausgedruckten und unterschriebenen Formulars und Annahme durch die Beklagte zustande komme, führten nicht dazu, dass aus der vorformulierten Regelung eine Individualvereinbarung werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Sitzungsprotokoll und die angefochtene Entscheidung des Landgerichts, die Sitzungsniederschrift über die mündliche Verhandlung des Senats am 19.12.2012 sowie die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die nach § 511 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung ist nicht begründet.

1. Der Tenor der angefochtenen Entscheidung ist - ebenso wie der Antrag des Klägers - dahingehend zu verstehen, dass die Beklagte verpflichtet wird, es zu unterlassen, die Klausel „Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von ... 24 oder 36 Monaten gekündigt werden“ oder mit dieser Klausel inhaltsgleiche Bestimmungen in Verträge mit Verbrauchern über die Belieferung mit Strom außerhalb der Grundversorgung einzubeziehen und sich auf die Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1. April 1977, zu berufen.
2. Das Landgericht hat die Beklagte zu Recht verurteilt; der diesbezügliche Unterlassungsanspruch des Klägers folgt aus §§ 1, 3 UKlaG in Verbindung mit §§ 305 Abs. 1 Satz 1 und 2, 309 Nr. 9a BGB.

Bei der streitbefangenen Vertragsklausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die an §§ 307 ff. BGB zu messen ist; sie ist in Verbindung mit der auf den zur Anbahnung der Verträge genutzten Internetseiten vorgesehenen Auswahl von Laufzeitoptionen wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 9a BGB unwirksam.

- a) Der Kläger ist als qualifizierte Einrichtung im Sinne des § 4 UKlaG anspruchsberechtigte Stelle gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG und kann daher die Ansprüche aus § 1 UKlaG geltend machen.
- b) Bei der von der Beklagten in Nr. 1 Satz 2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Stand 20.07.2010 verwendeten Klausel „Der Vertrag kann erstmalig zum Ablauf der Mindestlaufzeit von ... 24 oder 36 Monaten gekündigt werden“ handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne der §§ 305 ff. BGB, weil die Klausel unstreitig für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert ist und den Kunden von der Beklagten gestellt und in die Kundenverträge einbezogen wurde. Ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB lag hinsichtlich der streitbefangenen Klausel unstreitig und offensichtlich nicht vor.
- c) Die Klausel ist auch - jedenfalls in Verbindung mit der jeweiligen Laufzeitvereinbarung - in Ansehung der Regelung in § 310 Abs. 2 BGB am Maßstab des § 309 Nr. 9a BGB zu messen. Nach § 310 Abs. 2 BGB finden die §§ 308 und 309 BGB zwar keine Anwendung auf Verträge der Elektrizitätsversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit Energie aus dem Versorgungsnetz, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie abweichen; dieser Fall liegt jedoch nicht vor. Zwar betrifft die streitbefangene Klausel Verträge eines Elektrizitätsversorgungsunternehmens über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie. Die Versorgungsbedingungen der Beklagten weichen aber entgegen § 310 Abs. 2 BGB zum Nachteil der Abnehmer von der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz ab, weil sie, wie das Landgericht zutreffend erkannt hat, entgegen der Regelung in § 20 StromVVG Kündigungsfristen von einem Jahr und mehr vorsehen und damit das dort vorgesehene reguläre Kündigungsrecht ausschließen.
- d) Die streitbefangene Klausel ist, wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend entschieden hat, wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 9a BGB unwirksam.

aa) Zu Recht geht das Landgericht allerdings zunächst davon aus, dass die streitige Klausel für sich betrachtet gemessen an § 309 Nr. 9a BGB unproblematisch ist, weil sie ohne die Verbindung mit der von der Beklagten eröffneten Auswahl von bestimmten vorformulierten Laufzeiten inhaltsleer ist und keinen eigenständigen Regelungsgehalt hat. Mangels eigenständigen Regelungsgehalts der Klausel und wegen ihrer inhaltlich zwingenden Verknüpfung mit der aufgrund der Formularmasken auf den genannten Internetseiten vereinbarten Mindestlaufzeit ist die Klausel allerdings in Gesamtschau mit den von der Beklagten verwendeten Internetformularen an § 309 Nr. 9a BGB zu messen.

bb) In Verbindung mit der über die genannten Internetseiten eröffneten Auswahl von bestimmten vorformulierten Laufzeitoptionen verstößt die Klausel gegen § 309 Nr. 9a BGB. Denn bei den über die Internetseiten „www.stromistbillig.de“ und „www.preisvergleich.de“ jeweils zustande gekommenen Laufzeitvereinbarungen, mit denen die inkriminierte Klausel jeweils untrennbar verbunden ist, handelt es sich ebenfalls um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die den Anforderungen des § 309 Nr. 9a BGB nicht gerecht werden und deren Unwirksamkeit sich auf die streitbefangene Klausel auswirkt.

(a) Auch die mit der streitbefangenen Klausel in Zusammenhang stehenden Laufzeitvereinbarungen, die in Verbindung mit der streitbefangenen Klausel zu einer Unkündbarkeit des Stromlieferungsvertrages für mehr als 24 bzw. 36 Monate führen können, stellen Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB dar, die in die nach Anbahnung über das Internet durch Übersendung des ausgedruckten Vertragsformulars und Annahme dieses Antrags durch die Beklagte zustande gekommenen Verträge einbezogen wurden.

Bei dem von Interessenten über das Internet auszufüllenden und anschließend auszudruckenden und an die Beklagte zu versendenden Formular, in dem eine Auswahlmöglichkeit hinsichtlich dreier von der Beklagten vorgegebener Laufzeitmodalitäten eröffnet ist, handelt es sich um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne des § 305 Absatz 1 Satz 1 BGB, die den Kunden von der Beklagten gestellt wurden. Die Beklagte hat diese Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen verwendet, jedenfalls aber für die Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen vorgesehen. Zu

Recht ist das Landgericht insoweit davon ausgegangen, dass die aufgrund der genannten Internetseiten geschlossenen Vereinbarungen über die Laufzeit des Stromlieferungsvertrags nicht als Individualvereinbarungen gelten können. Insbesondere wurden die über die auf den Internetseiten aufrufbaren Formulare zustande gekommenen Laufzeitvereinbarungen nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgehandelt.

(i) Ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB liegt nur vor, wenn der Verwender den gesetzesfremden Kern der Klausel ernsthaft zur Disposition des Kunden stellt und diesem tatsächlich die Möglichkeit gibt, den Inhalt der Klausel zu beeinflussen (Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 Rn. 48, m.w.N.). Hiervon ausgehend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Vertragsklausel regelmäßig auch dann als Allgemeine Geschäftsbedingung und nicht als ausgehandelte Individualvereinbarung einzuordnen, wenn dem Kunden nur die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen eröffnet ist (vgl. BGH, Urteil vom 07.02.1996 - IV ZR 16/95 - juris Rn. 17, m.w.N.; BGH NJW-RR 2006, 758, 760). Allerdings ist bei Formularen, die Ergänzungen vorsehen, danach zu unterscheiden, ob bereits der Formulartext die zu beanstandende Regelung enthält oder ob sich die Unangemessenheit einer Regelung gerade aus den Ergänzungen ergibt. Während im ersten Fall durch unselbständige Ergänzungen, die nur den Vertragsgegenstand im Einzelfall konkretisieren, der Charakter einer Klausel als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht in Frage gestellt wird (vgl. BGH, a.a.O.; BGH, Urteil vom 13.11.1997 - X ZR 135/95 - juris Rn. 27, m.w.N.; BGH, Urteil vom 05.03.1991 - XI ZR 75/90 - juris Rn. 14, m.w.N.), bedarf es im zweiten Fall besonderer Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB gegeben sind; im Einzelfall kann es sich im zweiten Fall nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs um eine Individualvereinbarung handeln, die der AGB-Kontrolle entzogen ist (BGH, Urteil vom 07.02.1996 - IV ZR 16/95 - juris Rn. 17, m.w.N.). Enthält das Formular lediglich eine offene Stelle, die vom Vertragspartner nach seiner freien Entscheidung als selbständige Ergänzung auszufüllen ist, ohne dass vom Verwender vorformulierte Entscheidungsvorschläge hinzugefügt wurden, so stellt dieser Formularteil in der Regel keine Allgemeine Geschäftsbedingung dar (BGH, Urteil vom 13.11.1997 - X ZR 135/95 - juris Rn. 28). Denn dem Vertragspartner wird in diesem Falle nicht nur rein formal, sondern tatsächlich und unbeeinflusst durch Vorformulie-

lungen die freie Wahl einer ihm richtig erscheinenden Vertragsausgestaltung gelassen; der Verwender des Formulars macht hier nicht einseitig von seiner Gestaltungsmacht Gebrauch (BGH, a.a.O., Rn. 29, m.w.N.).

Demgegenüber liegt ein „Aushandeln“ im Sinne von § 305 Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht bereits deshalb vor, weil dem Kunden die Wahl zwischen bestimmten, vom Verwender vorgegebenen Alternativen eröffnet wird (vgl. BGH, Urteil vom 03.12.1991 - XI ZR 77/91 - juris Rn. 15, m.w.N.; BGH, Urteil vom 07.02.1996 - IV ZR 16/95 - juris Rn. 17, m.w.N.; BGH, NJW-RR 2006, 758, 760; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Dammann, AGB-Recht, 5. Auflage, § 305 BGB Rn. 42 und § 309 Nr. 9 BGB Rn. 53 - 59, m.w.N.; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Habersack, a.a.O., Rn. 53 und 56, m.w.N.).

Nichts anderes ergibt sich letztlich aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 06.12.2002 (V ZR 220/02 - juris). Zwar ist diese Entscheidung geeignet, gewisse Zweifel aufzuwerfen, ob und inwieweit der Bundesgerichtshof an seiner bisherigen Linie, wonach bereits dann kein Aushandeln angenommen werden kann, wenn der Verwender verschiedene vorgegebene Vertragsoptionen zur Wahl stellt, dem Kunden aber keine echte eigene Gestaltungsmöglichkeit bleibt, festhalten wollte. Diese Zweifel sind aber durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 01.12.2005 - I ZR 103/04 - (NJW-RR 2006, 758, 760) ausgeräumt, weil der Bundesgerichtshof darin wiederum eindeutig und unmissverständlich klargestellt hat, dass es für ein Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht ausreicht, dass der Verwender dem Kunden die Möglichkeit gibt, zwischen bestimmten, von ihm vorgegebenen Alternativen zu wählen.

Von einem Aushandeln im Sinne des § 305 Abs. 1 Nr. 3 BGB und damit einer individuellen Vereinbarung ist nach alledem nur dann auszugehen, wenn das Vertragsformular die Laufzeit jedenfalls im Rahmen der als gleichwertig angebotenen Alternativen offen lässt und dem Kunden daher nicht nur rein formal, sondern tatsächlich und unbeeinflusst durch Vorformulierungen die freie Wahl einer ihm richtig erscheinenden Dauer der vertraglichen Verpflichtung lässt (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1997 - X ZR 135/95 - juris Rn. 29; BGH, NJW-RR 2006, 758, 760, m.w.N.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer-Dammann, a.a.O., § 309 Nr. 9 BGB Rn. 53 - 59; Ulmer/Brandner/Hensen-Christensen, a.a.O., § 309 Nr. 9 BGB Rn. 13).

(ii) Das vorliegend von der Beklagten zur Vertragsanbahnung verwendete Formular auf den von ihr geschalteten Internetseiten ist hiernach, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, hinsichtlich der Vertragslaufzeit ohne Weiteres als Allgemeine Geschäftsbedingung einzuordnen. Insbesondere nimmt der Umstand, dass die Beklagte dem Interessenten auf ihrer Internetseite die Möglichkeit eingeräumt hat, neben der voreingestellten Vertragslaufzeit von 36 Monaten eine Laufzeit von 12 oder 24 Monaten zu wählen, der Klausel nicht den Charakter einer Vertragsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die dem Interessenten mit der Klausel formal eingeräumte Möglichkeit, den Vertragsinhalt hinsichtlich der Vertragsdauer durch eigene Erklärung zu bestimmen, reicht schon wegen der durch die Vorgabe dreier vorbestimmter Vertragsmodalitäten beschränkte Gestaltungsmöglichkeit des Kunden für ein „Aushandeln“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht aus. Nichts anderes gilt in Anbetracht des Umstands, dass der Kunde von der Beklagten in Fettdruck ausdrücklich dazu aufgefordert wird, die gewünschten Optionen zu wählen. Denn die dem Kunden eröffnete Wahlmöglichkeit bezieht sich auch insoweit nur auf die von der Beklagten zur Wahl gestellten drei Laufzeitoptionen.

(b) Auch die auf den Internetseiten www.stromistbillig.de und www.preisvergleich.de vorgesehenen Formulare sind demnach an der Vorschrift des § 309 BGB zu messen.

Die Voraussetzungen des § 309 Nr. 9a BGB liegen hinsichtlich der genannten Internetformulare und der hiermit untrennbar verbundenen streitbefangenen Klausel vor.

(i) Insbesondere handelt es sich bei den über das Internet angebahnten Sonderkundenverträgen der Beklagten um Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren. Denn der Begriff der Waren im Sinne des § 309 Nr. 9a BGB umfasst nach zutreffender Auffassung alle Arten von Waren, soweit diese nicht aus anderem Grund von der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, wie dies bei Elektrizität nach § 310 Abs. 2 BGB der Fall sein kann (jurisPK-Lapp/Salomon, BGB, 6. Aufl., § 309 Rn. 160), aber vorliegend nicht ist.

(ii) Bei einer entsprechend der Voreinstellung in den Internetmasken vereinbarten Mindestlaufzeit von 24 und 36 Monaten ist der Vertragspartner der Beklagten durch

die streitbefangene Klausel unter Verstoß gegen § 309 Nr. 9a BGB auch länger als zwei Jahre an den Vertrag gebunden. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Laufzeit des Vertrages im Sinne des § 309 Nr. 9a BGB mit dem Abschluss des Vertrages beginnt (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 309 Rn. 91, m.w.N.; jurisPK-Lapp/Salomon, a.a.O., Rn. 169 m.w.N.), während die Lieferzeit unstreitig stets erst nach dem Vertragsbeginn einsetzt. Auch eine vereinbarte Mindestlaufzeit von 24 Monaten führt damit zu einer - durch § 309 Nr. 9a BGB verbotenen - Bindung des Kunden für mehr als zwei Jahre. Dabei kommt es auf das Argument der Beklagten nicht an, das Auseinanderfallen von Vertragsbeginn und Beginn der Lieferzeit sei gesetzlichen Bestimmungen geschuldet. Denn für einen Verstoß gegen § 309 Nr. 9a BGB ist es unerheblich, aus welchen Gründen eine Bindung des Vertragspartners an ein Dauerschuldverhältnis für länger als für zwei Jahre formularmäßig vereinbart wurde oder werden soll. Der Beklagten stand und steht es frei, die Vertragslaufzeiten unter Berücksichtigung des Auseinanderfallens von Vertrags- und Lieferzeitbeginn so zu vereinbaren, dass die von § 309 Nr. 9a BGB gesetzte absolute Obergrenze gewahrt wird.

(iii) Die streitbefangene Klausel ist daher in Verbindung mit den im Internet aufrufbaren Formularen wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 9a BGB unwirksam, ohne dass es auf das Argument der Beklagten ankäme, dass eine längere Vertragslaufzeit wirtschaftliche Vorteile für den Kunden biete und die wechselseitigen Interessen in einen angemessenen Ausgleich bringe. Denn die in § 309 BGB geregelten Klauselverbote lassen keinen Raum für eine Wertung (Palandt-Grüneberg, a.a.O., Rn. 1).

e) Ob die streitbefangene Klausel daneben auch wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam ist, weil sie den Kunden erheblich länger an den Stromlieferungsvertrag bindet, als dies in § 20 StromGVV für Grundversorgungsverträge geregelt ist, kann danach dahin gestellt bleiben. Ungeachtet der Frage, ob der Regelung in § 20 StromGVV eine Leitbildfunktion zukommt (vgl. insoweit BGH, Urteil vom 17.12.2008 - VIII 274/06 - juris Rn. 20) und ungeachtet des Umstands, dass der Gesetzgeber den Stromversorgungsunternehmen ausweislich der Gesetzesbegründung (vgl. BR.-Drs. 306/06, S. 40 f. zu § 20 StromGVV) durch § 20 StromGVV nicht die Möglichkeit nehmen wollte, längerfristige Sonderverträge abzuschließen, spricht insoweit allerdings für eine unangemessene

Benachteiligung des Vertragspartners, dass der Stromkunde entgegen dem grundlegenden Anliegen des Gesetzgebers, den Wettbewerb im Strommarkt zu stärken, über einen recht langen Zeitraum an den Vertrag gebunden ist. Dass der Stromkunde von einer längeren Laufzeit des Vertrags wirtschaftlich profitieren könnte, führt zu keiner anderen Betrachtung. Denn der mit einer langen Laufzeit verbundene Nachteil des Kunden, dass er auf eine Änderung seiner Lebensverhältnisse nicht zeitnah reagieren kann, hat demgegenüber größeres Gewicht.

f) Nachdem die streitbefangene Klausel bereits wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 9a BGB unwirksam ist, kann offen bleiben, ob sie darüber hinaus auch wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) unwirksam ist.

g) Unbestritten hat die Beklagte die streitgegenständliche Klausel in der Zeit bis 07.12.2010 verwendet. Dies indiziert die Wiederholungsgefahr (BGH, NJW 2004, 1035 ff., m.w.N.). Von der Möglichkeit, die Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung zu beseitigen, hat die Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Sie hat im Gegenteil erklärt, dass sie beabsichtige, ihren Kunden auch weiterhin Verträge mit einer Laufzeit von 36 Monaten (formularmäßig) anzubieten.

3. Eine Konkretisierung des Tenors der angefochtenen Entscheidung dahingehend, dass die Beklagte zu der streitigen Unterlassung nur verpflichtet ist, soweit sie die Klausel in Verbindung mit einer dem Vertragspartner zur Wahl gestellten Auswahl bestimmter, vorformulierter Laufzeioptionen nutzt, ist nicht geboten. Dass nämlich der Beklagten die Verwendung der streitbefangenen Klausel nur in Verbindung mit einem (Internet-)Formular der hier streitigen Art untersagt ist, ergibt sich bereits hinreichend aus den Gründen der Entscheidung.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 543, 708 Nr. 10, 713 ZPO.
