

# Oberlandesgericht Oldenburg



## Beschluss

**12 U 49/07**

9 O 403/06 Landgericht Oldenburg

Verkündet am 14.12.2010

Schmidt, Justizsekretärin  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1.

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Berghaus pp.,  
Julianenburger Straße 31, 26603 Aurich,

gegen

EWE AG,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Kramer und Partner, Gartenstraße 18, 26122 Oldenburg,  
Rechtsanwälte Scholz und Dr. Tüngler,

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den  
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Gerken, die Richterin am  
Amtsgericht Dr. Scharp und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Lesting auf  
die mündliche Verhandlung vom 2. November 2010 beschlossen:

**1. Das Verfahren wird ausgesetzt.**

**2. Die Sache wird gemäß Artikel 234 EGV dem Gerichtshof der Europäischen Union vorgelegt, und zwar mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung über folgende Fragen:**

**a) Ist Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen dahin auszulegen, dass Rechtsvorschriften auch dann nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie unterliegen, wenn ein Gewerbetreibender in seinen Vertragsbedingungen auf Rechtsvorschriften verweist, die für eine andere Verbrauchergruppe und einen anderen Vertragstyp erlassen worden sind? Erstreckt sich bei einer Nichtanwendbarkeit der Richtlinie der Anwendungsausschluss auch auf das in Artikel 5 enthaltene Gebot der Klarheit und Verständlichkeit?**

**b) Sind Artikel 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und Artikel 3 Absatz 3 Satz 3 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt dahin auszulegen, dass eine "klare und verständliche Klausel" nicht vorliegt beziehungsweise "ein hoher Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der allgemeinen Vertragsbedingungen" nicht gewährleistet ist, wenn ein Gewerbetreibender ein einseitiges Preisänderungsrecht damit begründen will, dass er in seinen allgemeinen Vertragsbedingungen pauschal auf eine Verordnung Bezug nimmt, die für eine andere Verbrauchergruppe und einen anderen Vertragstyp erlassen worden ist und bei der zudem die maßgebliche Norm für das Preisänderungsrecht nicht dem Transparenzgebot genügt?**

# Gründe

## I. Sachverhalt

- 1 Die Beklagte versorgt Endverbraucher mit Gas. Die Kläger sind Kunden der Beklagten. Die Beklagte hat seit dem 1. September 2004 in mehreren Schritten ihre Preise einseitig erhöht. Die Kläger begehren die Feststellung, dass einzelne Erhöhungen unwirksam sind.
  
- 2 Der Senat hat mit Urteil vom 5. September 2008 (ZNR 2008, 385 = RdE 2009, 25) für die Mehrzahl der Kläger der Klage stattgegeben. Er hat ausgeführt, die Kläger seien Sondervertragskunden. Ein einseitiges Recht zur Preiserhöhung stehe der Beklagten daher nur dann zu, wenn dies wirksam vertraglich vereinbart worden sei. Dies sei nicht der Fall, weil die allgemeinen Vertragsbedingungen, aus denen die Beklagte ihr Preisänderungsrecht ableite, nicht wirksam seien. Die Revision der Beklagten gegen dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof am 14. Juli 2010 zurückgewiesen, soweit es um die Preiserhöhungen ab April 2007 geht. Wegen der Preiserhöhungen zwischen dem 1. September 2004 und dem 31. März 2007 hat er die Sache an den Senat zurückverwiesen.
  
- 3 Der Bundesgerichtshof führt in seinem Urteil vom 14. Juli 2010 (Band VIII Bl. 152 ff = MDR 2010, 1096) aus, für die Zeit vor April 2007 seien die allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten grundsätzlich geeignet, ein Preisänderungsrecht zu begründen. In diesen Vertragsbedingungen nimmt die Beklagte pauschal auf die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden vom 21. Juni 1979 (AVBGasV, BGBl. I 1979, 676) Bezug, und zwar unter anderem mit folgender beispielhafter Formulierung:

„Es wird die Versorgung mit Erdgas zum Sondertarif der EWE beantragt.

...

Der Auftrag erfolgt aufgrund der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Elektrizitäts- und Gasversorgung von Tarifkunden

(AVBEltV/AVBGasV) vom 21. Juli 1979 einschließlich der Ergänzenden Bestimmungen der EWE Aktiengesellschaft in jeweils gültiger Fassung“.

- 4 Das Preisänderungsrecht leitet die Beklagte aus § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV ab. Dieser lautet:

"§ 4 Art der Versorgung

(1) Das Gasversorgungsunternehmen stellt zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung. Der Brennwert mit der sich aus den Erzeugungs- und Benutzungsverhältnissen des Unternehmens ergebenden Schwankungsbreite sowie der für die Versorgung des Kunden maßgebende Ruhedruck des Gases bestimmen sich nach allgemeinen Tarifen.

(2) Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam."

- 5 Der Bundesgerichtshof stellt fest, dass eine § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel nicht den Anforderungen genügt, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stelle (Rdn. 33). Gleichwohl begründe die unveränderte Übernahme dieser Bestimmung in einen Sonderkundenvertrag keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Absatz 1 BGB.

§ 307 BGB Absatz 1 hat folgenden Wortlaut:

"1Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. 2Eine unangemessene Benachteiligung kann sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist."

Der Bundesgerichtshof führt weiter aus, den Bestimmungen der AVBGasV komme für Sonderkundenverträge "Leitbildfunktion im weiteren Sinne" zu (Rdn. 34). Der Gesetzgeber habe mit § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV den Maßstab

gesetzt, nach dem zu beurteilen sei, ob Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel unangemessen benachteiligt werden (Rdn. 35). Im Sonderkundenbereich seien auch unter dem Gesichtspunkt der Transparenz keine höheren Anforderungen an die Bestimmtheit und Konkretisierung einer Preisanpassungsregelung zu stellen, als sie im Tarifikundenbereich durch § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV erfüllt würden (Rdn. 36).

- 6 Offen gelassen hat der Bundesgerichtshof, ob es zu einer wirksamen Einbeziehung von § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV in die jeweiligen Vertragsverhältnisse gekommen ist (Rdn. 31, 60, 63). In diesem Punkt hat er die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## **II. Gründe für die Vorlage**

- 7 Der Bundesgerichtshof hat dahin entschieden, dass die unveränderte Übernahme von § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV in einen formularmäßigen Gassondervertrag keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Absatz 1 Satz 1 oder 2 BGB darstellt. Diese Rechtsauffassung ist vom Senat zugrunde zu legen. Nicht entschieden worden ist über die Frage, ob es zu einer wirksamen Übernahme dieser Bestimmung in die Verträge gekommen ist.
- 8 Die Übernahme von allgemeinen Vertragsbedingungen in einen Vertrag richtet sich nach § 305 BGB Absatz 2 BGB, und zwar gemäß Artikel 229 § 5 EGBGB auch bei den Verträgen, die vor dem 1. Januar 2003 geschlossen worden sind.

§ 305 BGB Absatz 2 BGB lautet:

"Allgemeine Geschäftsbedingungen werden nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn der Verwender bei Vertragsschluss

1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf sie hinweist und

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise, die auch eine für den Verwender erkennbare körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei angemessen berücksichtigt, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen."

§ 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB erfordert, dass Allgemeine Vertragsbedingungen für den Kunden verständlich sein müssen. Die Vorschrift enthält damit ein Transparenzgebot (OLG Schleswig NJW 1995, 2858). Die Einbeziehung einer Klausel, die in ihrem Kernbereich unklar oder für den Durchschnittskunden unverständlich ist, scheidet bereits an § 305 Absatz 2 Nr. 2 BGB (KG NJW-RR 1999, 1659; OLG Hamburg NJW-RR 1986, 1440; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 786, 787; OLG Schleswig NJW 1995, 2858, 2859).

- 9 Auf europäischer Ebene ist das Transparenzgebot in Artikel 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 niedergelegt, wonach schriftliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen stets klar und verständlich abgefasst sein müssen. Für den Bereich der Gasversorgung bestimmt Artikel 3 Absatz 3 Satz 3 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt ergänzend, dass insbesondere in Bezug auf die Transparenz ein hoher Verbraucherschutz gewährleistet sein muss. Im Anhang A dieser Richtlinie heißt es zur Erläuterung unter d): "Die allgemeinen Vertragsbedingungen müssen fair und transparent sein. Sie müssen klar und verständlich abgefasst sein. Die Kunden müssen gegen unfaire oder irreführende Verkaufsmethoden geschützt sein." Gemäß Anhang A c) müssen die Vertragsbedingungen "transparente Informationen über geltende Preise und Tarife" enthalten.

Zur Vorlagefrage a):

- 10 Zu Artikel 5 der Richtlinie 93/13 EWG des Rates vom 5. April 1993 stellt sich zunächst die Frage der Anwendbarkeit. Gemäß Artikel 1 Absatz 2 unterliegen Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen, nicht den Bestimmungen dieser Richtlinie. Bei § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV handelt es sich zwar um eine bindende Rechtsvorschrift. Diese Bindung besteht aber nur im Tarifikunden- und nicht im Sonderkundenbereich. Der Sonderkundenbereich

unterliegt nicht den Vorgaben der AVBGasV. Die Vertragspartner können die Bedingungen im Sonderkundenbereich frei aushandeln. Die AVBGasV kann nur dadurch Vertragsbestandteil werden, dass ihre Geltung ausdrücklich vereinbart wird.

- 11 Der Senat bittet daher um Beantwortung der Frage, ob die Anwendung der Richtlinie auch dann ausgeschlossen ist, wenn in allgemeinen Vertragsbedingungen auf eine Rechtsvorschrift verwiesen wird, die für eine andere Verbrauchergruppe beziehungsweise für einen anderen Vertragstyp erlassen worden und für den Vertrag, den die Parteien schließen, nicht bindend ist und daher auch durch eine andere Regelung ersetzt werden könnte. Ferner ist von Bedeutung, ob ein etwaiger Anwendungsausschluss auch für das in Artikel 5 der Richtlinie niedergelegte Gebot der Klarheit und Verständlichkeit gilt.
  
- 12 Nach Ansicht des Senats handelt es sich im Fall der vertraglichen Einbeziehung einer Norm nicht um eine "bindende Rechtsvorschrift" im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993. Einen Vertrag, für den die Rechtsvorschrift nicht erlassen worden ist, können die Vertragsschließenden frei aushandeln. Daher kann eine Rechtsvorschrift nicht dadurch "bindend" im Sinne der Richtlinie werden, dass in diesem Vertrag pauschal auf sie verwiesen wird. In diesem Fall gilt die Rechtsvorschrift nur aufgrund der Verweisung und nicht kraft ihrer Bindung. Wollte man dies anders sehen, könnte der Verwender von allgemeinen Vertragsbedingungen den mit der Richtlinie gewährleisteten Verbraucherschutz umgehen und mit Hilfe einer pauschalen Verweisung Teile seiner Vertragsbedingungen der nötigen rechtlichen Kontrolle entziehen. Im Übrigen dürfte auch kein durchgreifender Grund bestehen, einen Verwender von allgemeinen Vertragsbedingungen von dem Risiko der Unwirksamkeit freizustellen, wenn er auf eine gesetzliche Bestimmung zurückgreift, die für die betroffene Verbrauchergruppe und den herangezogenen Vertragsbereich nicht erlassen worden ist. Ist diese Bestimmung unklar und genügt sie nicht dem Verbraucherschutz, kann der Verwender nicht besser stehen als derjenige, der in Anbetracht der Unklarheit der gesetzlichen Regelung selbst eine Klausel für ein einseitiges

Preisänderungsrecht formuliert und diese in seinen allgemeinen Vertragsbedingungen niederlegt.

- 13 Sollte Artikel 1 Absatz 2 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 die Anwendung der Richtlinie auch auf solche Vorschriften ausschließen, die für den vertraglich maßgeblichen Bereich nicht erlassen worden sind und die lediglich im Wege einer vertraglichen Verweisung Geltung erlangen können, stellt sich die weitere Frage, ob der Anwendungsausschluss auch für das in Artikel 5 der Richtlinie niedergelegte Transparenzgebot gilt. Beim Transparenzgebot handelt es sich um ein zentrales Instrument des Verbraucherschutzes. Man könnte daher im Wege einer am Sinn und Zweck der Richtlinie orientierten Auslegung zu dem Ergebnis gelangen, dass in diesem Kernbereich der Anwendungsausschluss nicht eingreift.

Zur Vorlagefrage b):

- 14 Bei einer Anwendbarkeit der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 und unter Heranziehung der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt erwägt der Senat, § 305 Absatz 2 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass eine pauschale Verweisung auf eine für eine andere Verbrauchergruppe erlassene Verordnung nicht geeignet ist, ein einseitiges Preisänderungsrecht zu Gunsten eines Gasversorgers zu begründen, sofern in dieser Verordnung das Preisänderungsrecht nicht in einer transparenten Weise geregelt ist. Er versteht Artikel 5 Satz 1 der Richtlinie 93/13 EWG DES RATES vom 5. April 1993 und Artikel 3 Absatz 3 Satz 3 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt dahin, dass der nötige hohe Verbraucherschutz in diesem Fall nicht gewährleistet ist. Der Verbraucherschutz erfordert es zumindest, dass der Gewerbetreibende die Rechtsvorschriften, aus denen er Rechte herleiten will, unmittelbar in seine Vertragsbedingungen aufnimmt und dort abdruckt. Sind die Rechtsvorschriften unklar, weil sie die erforderlichen Tatbestandsmerkmale nicht enthalten,



müssen sie mit einem klarstellenden Zusatz dazu versehen werden, was hiermit vereinbart werden soll.

Der Senat bittet den Gerichtshof der Europäischen Union um Klärung, ob dieses Verständnis richtig ist.

15     Sofern dies der Fall sein sollte, wäre der Klage insgesamt stattzugeben. Eine § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel genügt - wie vom Bundesgerichtshof entschieden worden ist - nicht den Anforderungen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts in allgemeinen Vertragsbedingungen stellt (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. Juni 2010, Rdn. 33 a.a.O.). Zwar hat der Bundesgerichtshof weiter entschieden, dass § 4 AVBGasV Absatz 1 und 2 eine "Leitbildfunktion im weiteren Sinne" zukommt und daher in Sonderkundenverträgen hierauf Bezug genommen werden kann. Damit ist aber nicht entschieden, in welcher Weise diese Vorschrift in die allgemeinen Vertragsbedingungen Eingang finden muss, damit hierdurch ein Preisänderungsrecht begründet wird, welches dem Transparenzgebot genügt.

16     Die in Rede stehende Vorschrift ist Teil einer umfangreichen Verordnung, die 37 - teils umfangreiche Einzelvorschriften - enthält. Bei Durchsicht der AVBGasV, auf die von der Beklagten pauschal verwiesen worden ist, erschließt es sich selbst für den juristisch vorgebildeten Verbraucher nicht ohne weiteres, dass hierin ein Preisänderungsrecht geregelt ist. Überschrift und unmittelbarer Wortlaut von § 4 AVBGasV offenbaren nicht, dass der Ordnungsgeber hiermit ein Preisanpassungsrecht für den Tarifikundenbereich schaffen wollte. Die Vorschrift trägt die Überschrift "Art der Versorgung". Die Art der Versorgung hat mit der Anpassung von Tarifen nichts zu tun. Auch der Wortlaut der Regelung selbst legt nicht nahe, dass es sich hierbei um eine tarifrechtliche Regelung handelt. Nach § 4 Absatz 1 Satz 1 AVBGasV stellt das Gasversorgungsunternehmen zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung. Hiermit wird eine Pflicht (und nicht ein Recht)

begründet, jedermann zu allgemeinen Tarifen zu versorgen. § 4 Absatz 2 AVBGasV macht die Änderung von Tarifen davon abhängig, dass zuvor eine öffentliche Bekanntmachung stattfindet. Auch hierdurch wird nicht ein Recht, sondern eine Pflicht geschaffen, nämlich die Pflicht zur Veröffentlichung von Tarifänderungen als Wirksamkeitsvoraussetzung. Zudem enthält § 4 AVBGasV keine tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts. Der Verbraucher kann daher der Regelung nicht entnehmen, unter welchen Voraussetzungen sich der Preis ändern soll. Weiter bleibt er im Unklaren darüber, ob und welche Rechte er hat, wenn er mit der Preisänderung nicht einverstanden ist. Zwar sieht § 32 Absatz 2 AVBGasV ein Kündigungsrecht des Verbrauchers vor, wenn sich die allgemeinen Tarife ändern. Diese Regelung steht aber nicht in unmittelbarem Bezug zu der Bestimmung, aus der das Preisänderungsrecht folgen soll.

Diese Gesichtspunkte sprechen dafür, dass eine pauschale Verweisung auf die AVBGasV in allgemeinen Vertragsbedingungen nicht zu einer wirksamen Begründung eines Preisänderungsrechts führen kann.

Gerken

Dr. Scharp

Dr. Lesting