Oberlandesgericht Hamm, 19 U 52/08

Datum:	29.05.2009
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	19. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	19 U 52/08
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2009:0529.19U52.08.00

Vorinstanz:	Landgericht Dortmund, 6 O 341/06
Schlagworte:	Energielieferungsvertrag, Gaslieferungsvertrag, Preisanpassung, Preiserhöhung, Preisanpassungsklausel, Tarifpreise, Tariferhöhung, Tariferhöhungsrecht, Tarifkunde, Sonderkunde, Transparenzgebot
Normen:	§§ 307 BGB, 4 AVBGasV

Leitsätze:

1.

Zur Frage der Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Energieversorgungsverträgen mit Sonderkunden, für die nicht die allgemeinen Energieversorgungstarife gelten.

2.

Die widerspruchslose Hinnahme und Begleichung von Rechnungen mit erhöhten Preisen und der Weiterbezug von Energie führt in Vertragsverhältnissen mit Sonderkunden nicht ohne weiteres zu einer konkludenten Einigung auf die erhöhten Preise.

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18. Januar 2008 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleitung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages ab-wenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

I. 1

Gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen, soweit sich aus dem Nachfolgenden nichts anderes ergibt. 2

Mit der Berufung vertritt die Beklagte weiterhin die Auffassung, dass die vorgenommenen Abtretungen unwirksam seien, da auch Geldforderungen vom Kontrahierungszwang erfasst würden. Zudem werde auch gegen § 32 Abs. 5 AVBGasV verstossen, da das dort normierte Zustimmungserfordernis nicht nur für Verpflichtungen bestehe, so dass auch die Abtretung von Rechten der Zustimmung bedürfe. 3

Die Kunden der Kundengruppen 3 bis 5 seien als Tarifkunden anzusehen, so dass § 4 AVBGasV unmittelbar anwendbar und sie zur Preisanpassung berechtigt sei. Die ursprünglich bestehenden Sonderverträge der Gruppen 3 und 4 seien aufgrund der vereinbarten Durchtarifierung zu Tarifverträgen geworden. Bereits die Betreffzeile der Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Anlage CC 57) verweise darauf, dass eine solche angetragen werde. Dies gelte auch für das Schreiben Anlage CC8 bzw. CC7. Der Preis habe sich nicht geändert, auch die AVBGasV seien bereits vorher vertraglich einbezogen gewesen. Zudem sei der Kunde nicht schutzbedürftig, da er besser gestellt sei. 4

Auf eine Annahmeerklärung durch die Kunden habe sie verzichtet. Die Kunden hätten zudem durch weiteren Gasbezug ihr Einverständnis mit der vorgenommenen Änderung zumindest konkludent erklärt. Es sei weiterhin zu beachten, dass sie auch die für die Tarifkunden zu entrichtende Konzessionsabgabe gezahlt habe 5

Hilfsweise werde geltend gemacht, dass die Sonderverträge von ihr gekündigt worden seien und durch den Weiterbezug von Gas durch die Kunden ein konkludenter Tarifvertrag geschlossen worden sei. Das Kündigungsrecht habe sie durch Übersendung der Schreiben CC7 und CC8 wirksam ausgeübt. 6

Da die Verträge mit den Kunden der Kundengruppe 5 erst nach der vorgenommenen Durchtarifierung abgeschlossen worden seien, seien diese als Tarifkunden anzusehen. Alle Verträge könnten nur als Tarifverträge ausgelegt werden, die Falschbezeichnung der angegebenen Preise als Sonderpreise schade nicht. 7

Auch wenn § 4 AVBGasV nicht unmittelbar anwendbar sei, stünden ihr Preisanpassungsrechte aus einer vertraglichen Einbeziehung des § 4 AVBGasV jedenfalls bei den Kundengruppen 1, 3, 4, und 5 zu. 8

9

Wenn dies für unwirksam gehalten werde, habe sie jedenfalls aufgrund der sonstigen vertraglich vereinbarten Preisanpassungsklauseln ein Anpassungsrecht. Die Verträge der Kunden der Kundengruppe 1 und 3 enthielten ein zu § 4 AVGBasV inhaltsidentisches Preisanpassungsrecht. Gegenüber den Kunden der Kundengruppe 2 und 4 sei sie zu einer Preisanpassung gemäß § 1 Ziffer 2 AVB-SK der X befugt. Bei den Kunden der Kundengruppe 5 bestehe ein Preisanpassungsrecht aus § 1 Abs. 2 AVB-SK S, bei dem Kunden M ergebe sich dies aus Ziffer 2.3. der Bedingungen zu Sonderabkommen über die Lieferung von Gas. Im übrigen kämen die Kunden in den Genuss der Bestabrechnung.

Das Preisanpassungsrecht sei durch öffentliche Bekanntmachung und Veröffentlichung ordnungsgemäß ausgeübt. Eine Änderung der Tarifpreise sei auch erfolgt. Die Änderungen seien den Kunden bekannt gemacht worden. 10

Ein Verstoß gegen § 307 BGB sei weder bei einer vertraglichen Einbeziehung des § 4 AVBGasV noch bei den übrigen Preisanpassungsklauseln anzunehmen. Der BGH habe ausdrücklich entschieden, dass den AVB-Regelungen Leitbildfunktion zukomme. Auch habe der Gesetzgeber eine sachliche Gleichbehandlung von Tarif- und Sondervertragskunden angestrebt. Dies gelte umso mehr angesichts der gesetzlichen Wertungen der §§ 310 Abs. 2, 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Zudem reiche das Gebot, in einer einseitigen Preisänderungsklausel die preisbildenden Faktoren zu konkretisieren, nur so weit, wie der Klauselverwender die Möglichkeit hierzu habe. Treu und Glauben geböten nur, dass die Klausel wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lasse, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Ihr sei es angesichts der zahlreichen zusammenwirkenden Preiskriterien nicht möglich, eine Preisanpassungsklausel im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen zu formulieren, die für den Haushaltskunden zugleich verständlich und vollständig sei. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei die Preisanpassung aufgrund einer Regelung zulässig, die neben der öffentlichen Bekanntgabe keine weiteren Voraussetzungen vorsehe. Eine etwaige Intransparenz dieser Klauseln werde durch die Möglichkeit des Kündigungsrechts kompensiert. Insbesondere bei dem Kunden M bedürfe die Wirksamkeit der vereinbarten Preisanpassungsklausel keiner weiteren Voraussetzungen. Es handele sich um eine sogenannte Spannungsklausel im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 Preisklauselgesetz. 11

Ohnehin komme in allen Fällen die AVBGasV als dispositives Recht gemäß § 306 Abs. 2 BGB zur Anwendung. 12

Wenn man dem nicht folge, müsse eine ergänzende Vertragsauslegung zu einem Prieserhöhungsrecht führen. Denn aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten sei es ihr verwehrt, eine Änderungskündigung zum Zwecke der Preiserhöhung auszusprechen, so dass ein Festhalten am Vertrag unzumutbar sei. Ohne das Recht zur Preisanpassung müssten Gasversorgungsunternehmen die Kunden zum letztgültigen Preis beliefern. Dies könne einzelne Versorgungsunternehmen in bedrohliche Liquiditätsengpässe treiben und deren Bestand gefährden. 13

Die ordentliche Kündigung der Verträge durch sie stelle keine Lösung dar. Die Zeitpunkte des Vertragsschlusses variierten von Kunde zu Kunde und damit auch der nächstmögliche Termin, zu dem eine Kündigung ausgesprochen werden könne. Bezugskosten stiegen unabhängig von möglichen Kündigungsterminen. Eine Kündigung sei auch nur in die Zukunft gerichtet, so dass auf sie Vorfinanzierungskosten zukämen. Hinzu komme, dass sie nur in ganz seltenen Fällen erkennen könne, dass sie den Vertrag überhaupt kündigen müsse. Mit der Kündigung aller Verträge seien Kosten in Höhe von 2 Millionen Euro verbunden. 14

15

Die Rückforderungsansprüche der Klägerin seien jedenfalls wegen konkludenter nachträglicher Preisvereinbarungen ausgeschlossen. Sie habe ihr Verlangen nach einer Preiserhöhung jedem einzelnen Kunden bekannt gegeben. Unabhängig davon, dass alle Kunden sich durch Weiterbezug der Gaslieferungen damit einverstanden erklärt hätten, habe sie einen Anspruch auf Preisanpassung aus § 313 Abs. 1 BGB. Da die Bezugskosten gestiegen seien, sei das Äquivalentverhältnis gestört. Zur Entwicklung der Bezugskosten verweist die Beklagte auf die Wirtschaftsprüferbescheinigung Anlage BK 14. Die betroffenen Kunden hätten dem Anpassungsverlangen nicht widersprochen, sondern dem durch Weiterbezug von Gas und vorbehaltlose Zahlung der Jahresabrechnung zugestimmt. Jedenfalls bezüglich der Kunden, die nach einer Preiserhöhung die Versorgungsverträge abgeschlossen haben, sei die Preiserhöhung wirksam.

Folge man diesen Erwägungen nicht, bestehe ein Preisanpassungsrecht nach §§ 315, 316 BGB im Rahmen faktischer Verträge. Wenn eine Gaspreiserhöhung nicht möglich sei, seien die Konsequenzen für sie so dramatisch, dass ihr ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar sei, so dass der Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB unwirksam sei. Rechtfolge sei, dass ein Gaslieferungsvertrag nach §§ 315, 316 BGB zustande gekommen sei und die Preisbestimmung der Billigkeitsprüfung unterliege. 16

Bedenken gegen die Billigkeit der Gaspreiserhöhungen bestünden nicht. Vorrangig sei das Vergleichsmarktprinzip anzuwenden, im übrigen gebe sie lediglich die Erhöhung ihrer eigenen Vorlieferantenpreise weiter. Die Vorlage der bereits eingereichen Unterlagen seien zum Beleg ausreichend, insbesondere der Geschäftsbericht 2005, Anlage CC 47 sowie die Wirtschaftsprüferbescheinigungen BK 14. Es werde bescheinigt, dass die S AG über den gesamten Zeitraum 1. Oktober 2002 bis 31.Dezember 2006 die in den Gaserlösen enthaltene reale Marge nicht ausgeweitet habe. Es sei zu keinem Zeitpunkt bei der kumulierten Betrachtung eine nachhaltige Ausweitung der Preise über den Anstieg der Beschaffungskosten hinaus zu beobachten. Ergänzend sei anzufügen, dass sie im Rahmen der Preisgestaltung nicht die Möglichkeit gehabt habe, die Bezugskostensteigerungen durch rückläufige Kosten anderer Bestandteile zu kompensieren. Die Kosten- und Gewinnkontrolle halte der Billigkeitsprüfung stand. Die Bezugskostensteigerung sei nicht vorhersehbar gewesen. Hierzu legt die Beklagte eine Wirtschaftsprüferbescheinigung vom 28.04.2009 vor. 17

Die Billigkeitskontrolle unterliege aber auch zeitlichen Restriktionen. Viele Kunden bezögen seit vielen Jahren Gas bei ihr und es habe auch Preisänderungen gegeben, die von den Kunden nicht gerügt wurden. Gegenstand einer Billigkeitskontrolle könnten daher allenfalls die seit dem 1. Januar 2005 erfolgten Preiserhöhungen sein, nicht dagegen der ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarte Preis und die bis zum 31.12.2004 erfolgten Preiserhöhungen. Dieser Preissockel sei von den Kunden akzeptiert. Auch die nachträglichen konkludenten Preisvereinbarungen seien nicht auf Billigkeit zu überprüfen. 18

Hilfsweise macht die Beklagte Rückforderungsansprüche aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 BGB in derselben Höhe wie die eingeklagten Forderungen geltend. 19

Die Beklagte vertritt zudem die Auffassung, Rückforderungsansprüche der Klägerin seien jedenfalls nach §§ 814, 242 BGB oder § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Sie habe darauf vertrauen dürfen, dass durch vorbehaltlose Zahlung der Rechnungen keine Rückforderungen gestellt würden. Selbst die Erklärung eines Vorbehalts bei Zahlung der Jahresendrechnungen stehe der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes nicht entgegen. 20

Auf jeden Fall greife der Einwand der Entreicherung. Wie das vorgelegte Wirtschaftsprüfergutachten belege, habe sie durch die streitigen Preiserhöhungen lediglich 21

ihre gestiegenen Bezugskosten refinanziert.

Vorsorglich erklärt die Beklagte die Hilfsaufrechnung mit Schadenersatzansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Die Kunden hätten ihre bestehende vertragliche Aufklärungspflicht verletzt. Aufgrund der bestehenden Treuepflichten seien sie gehalten gewesen, unverzüglich nach den angekündigten Preisanpassungen mitzuteilen, ob sie widersprechen und eine Billigkeitsprüfung vornehmen wollten. 22

Die Beklagte beantragt, 23

das angefochtene Urteil abzuändern, die Klage abzuweisen und die Revision zuzulassen. 24

Die Klägerin beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen und die Revision zuzulassen. 26

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und macht geltend, der Sonderkundenstatus der Kunden aller Preisgruppen ergebe sich bereits aus dem Verbrauch und der eigenen Einschätzung der Beklagten. Die Anlagen K 30, 33 von Juli und August 2006 seien erst nach der Tarifierung von der Beklagten übersandt worden. Die Schreiben Anlage CC 7 und CC 8 seien nicht verschickt worden oder nicht zugegangen. Die Beklagte lege nur Musterschreiben vor, dagegen nicht die konkreten Schreiben, die an die Kunden verschickt worden seien. Die nicht zugegangenen Schreiben könnten auch nicht als Kündigung interpretiert werden. Aus den Anlagen K 70 und K 92 gehe zudem hervor, dass auch im Jahre 2002 noch zwischen Sonderkunden und Tarifkunden differenziert wurde; die Beklagte biete auch heute noch Sonderverträge an. 27

Die AVBGasV seien bei Abschluss der Verträge nicht übersandt oder ausgehändigt worden. Die öffentliche Bekanntmachung der Tarife werde weiterhin bestritten, ebenso die Zahlung der Konzessionsabgaben. 28

Im übrigen verbleibt die Klägerin bei ihrer Auffassung, dass der Beklagten aus § 4 AVBGasV kein Preisanpassungsrecht zustehe und die AVBGasV nicht wirksam vertraglich einbezogen worden sei. Die vertraglichen Anpassungsklauseln verstießen gegen § 307 BGB und es sei das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion zu beachten. 29

Die Unwirksamkeit der Gaspreisanpassungsklausel erstrecke sich auch auf die Gaslieferungsverträge, die nach einer erfolgten Gaspreiserhöhung abgeschlossen worden seien. Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Betracht. 30

Die Klägerin bestreitet mit Nichtwissen, dass die Gaspreiserhöhung lediglich die tatsächlichen Bezugskostensteigerungen weitergegeben habe und dass Liquiditätsengpässe bei Nichtvornahme der Preisanpassung entstehen. Die Bezugnahme auf Wirtschaftsprüferbescheinigungen und Anlagen sei zur Darlegung nicht ausreichend. Zudem habe die Beklagte die Gaspreiserhöhung weder schriftlich mitgeteilt, noch öffentlich bekannt gemacht. 31

§ 313 BGB sei nicht anwendbar, auch ein Preisanpassungsrecht nach §§ 315, 316 BGB bestehe nicht. Die Kunden hätten einer Preiserhöhung auch nicht konkludent zugestimmt. Die Verträge seien weder nach § 306 Abs. 3 BGB unwirksam, noch entsprächen die erfolgten Gaspreiserhöhungen billigem Ermessen. Rückforderungsansprüche seien nicht nach § 814 BGB oder § 242 BGB ausgeschlossen, Schadensersatzansprüche der Beklagten bestünden nicht. 32

Der Senat hat der Beklagten mit Beschluss vom 06.03.2009 aufgegeben, bezüglich des Kunden M im Hinblick auf die Preiserhöhungsklausel unter Ziffer 2.3 der Bedingungen zum Sonderabkommen über die Lieferung von Gas (gültig ab 01.10.1981) die Änderungen der Grund- und Arbeitspreise der Tarife H II, die zu einer Änderung der Preise des Sonderabkommens HF geführt haben können, sowie deren Bekanntmachung darzulegen und zu belegen. Der Senat hat mit demselben Beschluss weiterhin darauf hingewiesen, dass die bislang vorgelegten Unterlagen, insbesondere die Anlagen CC 11, CC 52, CC 53, CC 54, BK 17, 18 und 19 hierzu nicht ausreichend sind. 33

II. 34

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. 35

Die Klage ist zulässig. Die Abtretung der geltend gemachten Rückzahlungsansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Fall BGB ist nicht nach § 399 BGB ausgeschlossen, da die Geldleistung an die Klägerin keine Veränderung des Leistungsinhalts zur Folge hat. Der Wirksamkeit der Abtretungen stehen weiterhin weder Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG entgegen, noch stellt die Vornahme der Abtretungen einen Kundenwechsel dar, der nach § 32 Abs. 5 AVBGasV zustimmungsbedürftig ist. Auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils wird insoweit Bezug genommen. 36

Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Rückforderungsanspruch aus abgetretenem Recht hinsichtlich der von den Kunden geleisteten Zahlungen auf die Gaspreiserhöhungen für den Zeitraum 2003 bis 2005 in Höhe von 16.128,63 Euro gemäß §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 818, 398 BGB, da die Beklagte die insoweit von den Kunden erbrachten Zahlungen ohne Rechtsgrund erlangt hat. Die zwischen den Parteien geschlossenen Gasbezugsverträge, die als Kaufverträge gemäß § 433 Abs. 1 BGB zu qualifizieren sind, stellen keinen rechtlichen Grund dar, da die streitgegenständlichen Preiserhöhungen von den Parteien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart wurden und die Beklagte auch kein wirksames einseitiges Preiserhöhungsrecht hatte. 37

1. 38

Bei den streitgegenständlichen Beträgen handelt es sich in keinem Fall um den zwischen den Parteien vereinbarten Ausgangspreis. Auch eine Einigung der Parteien auf Preiserhöhungen während der Dauer laufender Verträge kann nicht festgestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob Kunden die erhöhten Preise unter Vorbehalt oder vorbehaltlos gezahlt haben. 39

Allerdings ist in Vertragsverhältnissen mit Tarifkunden eine konkludente Einigung auf erhöhte Tarife anzunehmen, wenn die auf bekannt gegebene Preiserhöhungen basierenden Tarife in den Jahresabrechnungen unbeanstandet hingenommen werden und der Kunde weiter Gas bezogen hat,ohne in angemessener Zeit eine Prüfung der Billigkeit zu verlangen (BGHZ 172, 315; BGH NJW 2009, 502, OLG Hamm MDR 2007, 452). Hier handelt es sich jedoch nicht um Tarifkunden, sondern – hierzu unter 2. – um Kunden, mit denen Sonderverträge geschlossen worden sind, in denen die allgemeinen Tarife nicht vereinbart sind. Ein einseitiges Tariferhöhungsrecht, welches nur der Billigkeitskontrolle unterliegt, gibt es in Sondervertragsverhältnissen grundsätzlich nicht. Wenn nicht rechtswirksame Vertragsklauseln ein einseitiges Erhöhungsrecht des Versorgungsunternehmens vorsehen, bedarf es vielmehr einer Einigung der Vertragsparteien auf die erhöhten Preise. Hierfür gilt nach Aussicht des Senats – wie für andere Vertragsverhältnisse – der Grundsatz, dass Schweigen sowie die widerspruchslose Hinnahme und sogar Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist (BGH NJW-RR 2007, 530). 40

Das Versorgungsunternehmen kann deshalb die Zahlung nicht ohne weiteres als Billigung oder Akzeptanz einer vertragswidrig ohne wirksame Vereinbarung durchgeführten Preiserhöhung verstehen. Zumindest wäre erforderlich, dass der Kunde nicht nur aus öffentlichen Bekanntmachungen die Erhöhung der allgemeinen Tarife entnehmen konnte, sondern dass er ganz konkret und hinreichend klar darauf hingewiesen wurde, ob und wie sich die Erhöhung der allgemeinen Tarife bei der Berechnung der mit ihm vereinbarten Preise ausgewirkt hat. Hierzu hat die Beklagte gegenüber dem ausdrücklichen Bestreiten jeglicher Hinweise duch die Klägerin nichts vorgetragen. 41

Die hier im Streit stehenden Preiserhöhungen wären deshalb nur dann wirksam geworden, wenn der Beklagten zum Zeitpunkt der Erhöhungen ein entsprechendes vertragliches Recht zugestanden hätte, was zu verneinen ist (hierzu unten). Eine nachträgliche Einigung der Vertragsparteien auf ein erhöhtes Entgelt kann nicht festgestellt werden. 42

2. 43

Ein Tariferhöhungsrecht hinsichtlich der Gaspreise, die den Rechnungen zwischen 2003 und 2005 zugrunde liegen, ergibt sich nicht aus § 4 AVBGasV, da diese Vorschrift gemäß § 1 Abs. 2 AVBGasV nur auf Tarifkunden anwendbar ist. Bei den streitgegenständlichen Kundenverträgen handelt es sich jedoch um Sonderverträge. 44

Der Senat ist gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts gebunden, da keine konkreten Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. 45

Unstreitig handelte es sich bei den Kunden U, N und A (im Folgenden Kundengruppe 1), den Kunden T und I2 (im Folgenden Kundengruppe 2), den Kunden C2, I3, L2, I, X, I4, I5, L, L3, C4, F (im Folgenden Kundengruppe 3), und den Kunden N2, T2 und T3 (im Folgenden Kundengruppe 4), ursprünglich um Sondervertragskunden. Es sind im Nachhinein keine wirksamen Vertragsänderungen mit der Folge durchgeführt worden, dass es sich nunmehr um Tarifkunden handelt. 46

Eine einvernehmliche Vertragsänderung oder der Abschluss eines Änderungsvertrages ist nicht erfolgt, da bereits nicht ersichtlich ist, dass ein entsprechendes Angebot der Beklagten vorliegt. Ein solches Angebot kann insbesondere weder dem Wortlaut noch im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB den Schreiben CC7 und CC8, deren Übersendung und Zugang streitig ist, entnommen werden. In den Schreiben wird vielmehr durch die Beklagte die – irrtümliche - Rechtsauffassung zum Ausdruck gebracht, dass eine einseitige Änderung der laufenden Verträge ohne Mitwirkung der Kunden vorgenommen werden kann. Weder konnten die Kunden davon ausgehen, dass sie mit dem Weiterbezug des Gases im rechtsgeschäftlichen Bereich tätig wurden, noch konnte aus Sicht der Beklagten das Verhalten der Kunden als Annahme eines Änderungsangebots ausgelegt werden. 47

Damit ist auch durch den Weiterbezug des Gases nach Übersendung der Schreiben durch die Kunden keine konkludente Vertragsänderung zustande gekommen, zumal zum damaligen Zeitpunkt unstreitig kein anderer Gasversorger vorhanden war. Eine tatsächlich oder rechtliche Grundlage, die die Beklagte zur einseitigen Änderung der laufenden Verträge berechtigt, ist nicht ersichtlich. 48

Die Sonderverträge wurden von der Beklagten nicht durch Übersendung der Schreiben der Anlage CC 7 und CC 8 gekündigt, da weder dem eindeutigen Wortlaut der Schreiben noch im 49

Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ein Hinweis auf eine solche Absicht zu entnehmen ist.

Auch bei den Kunden T4, U, C5, C und T5 (im Folgenden Kundengruppe 5) handelt es sich um Sondervertragskunden. Maßgeblich ist, dass diese Kunden Gas zu einem Preis beziehen, der nach den vertraglichen Bedingungen nur Kunden eingeräumt wird, die eine bestimmte Gasmenge verbrauchen und dass dieser Tarif damit nicht der Allgemeinheit, sondern nur den Kunden zur Verfügung steht, die die genannte Wärmebezugsmenge erreichen. Denn der Begriff des Sonder- bzw. Tarifabnehmers richtet sich danach, ob das Energieversorgungsunternehmen eine bestimmte Preisgestaltung öffentlich für jedermann anbietet oder nur für einzelne Abnehmer bzw. Abnehmergruppen (BGH WM 1985, 431). Hinzu kommt, dass in den entsprechenden Preisblättern die für die genannten Kunden maßgeblichen Preise als Sonderpreise bzw. Sondertarife bezeichnet werden und dass nach dem Vertragswortlaut für Kunden, für die die Sondertarife bestehen, auch die AVB-SK und nicht die AVBGasV anwendbar sind. 50

Es kann dahinstehen, ob die Kunden C und T5 ursprünglich aufgrund des Zustandekommens eines faktischen Vertrages durch Gasbezug Tarifkunden waren, da bereits vor dem streitgegenständlichen Zeitraum mit den Kunden einvernehmlich Gaslieferungsverträge abgeschlossen wurden, in denen die für den Sonderkundenstatus maßgeblichen Vertragsbedingungen vereinbart worden sind. 51

3. 52

Ein Preisanpassungsrecht hat die Beklagte allenfalls mit dem Kunden M rechtswirksam vereinbart. Die mit den anderen Kunden vereinbarten Klauseln verstoßen gegen § 307 BGB. Gemäß Art. 229 Abs. 5 S. 2 EGBGB ist ab dem 01.01.2003 auf Dauerschuldverhältnisse, zu denen auch die hier vorliegenden Sukzessivlieferungsverträge gehören, das BGB in der ab 01.01.2002 geltenden Fassung anwendbar. 53

Dabei kann dahinstehen, ob bei den Kunden in den Gruppen 1 und 3 auf die AVBGasV oder auf die AVB-VEW, die nach dem Vortrag der Beklagten ein § 4 AVBGasV gleichlautendes Anpassungsrecht enthalten soll, Bezug genommen wird. Es handelt sich um allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 BGB, die wegen § 310 Absatz 2 BGB nicht der Inhaltskontrolle der §§ 308, 309 BGB, aber des § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen. 54

Die Anwendung von § 307 Abs. 1 BGB ist nicht gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB ausgeschlossen. Denn Voraussetzung wäre, dass die Rechtsvorschrift, mit der die streitgegenständliche Klausel übereinstimmt, auf den konkreten Vertrag anwendbar wäre, wenn man sich die vertragliche Klausel wegdenkt. Die AVBGasV findet jedoch auf die streitgegenständlichen Sonderverträge gerade keine Anwendung. 55

Die Preisanpassungsklauseln sind nicht hinreichend klar und verständlich und benachteiligten die Kunden unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), weil diese die Berechtigung einer Preisveränderung nicht zuverlässig nachprüfen können. Der Beklagten wird es ermöglicht, das in dem ursprünglich vereinbarten Gaspreis zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern (dazu auch BGH, NJW-RR 2005, 1717; NJW 2007, 1054 ff.; NJW 2009, 321 ff.). Nach dem Wortlaut ändern sich die Gaspreise, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise eintritt. Damit regelt die Klausel zwar die Voraussetzung für eine Preisänderung, nicht hinreichend klar geregelt ist aber, wie sich die Gaspreise bei Vorliegen der Voraussetzung ändern sollen. Unklar ist insbesondere, ob die Änderungen in einem bestimmten Verhältnis zur Änderung 56

der allgemeinen Tarifpreise erfolgen und welches Verhältnis dies sein soll. Die Bestimmung ist in diesem Punkt objektiv mehrdeutig (BGH NJW 2009, 321 ff.).

Diese Unklarheit kann auch durch eine Auslegung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht beseitigt werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und ihrem typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der beteiligten Kreise verstanden werden. Zu prüfen ist, wie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom angesprochenen Kundenkreis richtigerweise aufgefasst werden durften, wobei von den Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Kunden auszugehen ist. Maßgeblich ist in erster Linie der Wortlaut, daneben der Sinn und Zweck und die systematische Stellung der fraglichen Klausel (BGHZ 77, 116 ff., 167, 64 ff.; NJW 2009, 321 ff.). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der maßgeblichen Regelung hier zwar zu entnehmen, dass die Gaspreise sich jeweils in der gleichen Richtung wie die Tarifpreise ändern sollen, dass also bei einer Senkung der allgemeinen Tarifpreise nur eine Senkung, nicht aber eine Erhöhung des Gaspreises in Betracht kommt und umgekehrt. Mit der Auslegung lässt sich aber die Frage nach dem Umfang der jeweiligen Erhöhung oder Senkung nicht hinreichend klären, da mehrere Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen. So kann eine Änderung der Tarifpreise nominal oder prozentual auf die Sonderkundenpreise übertragen werden, oder es ist auch die Möglichkeit denkbar, dass bei einer Änderung der Tarifpreise ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten besteht, die Preise für Sonderkunden zu erhöhen oder zu senken, ohne dass eine feste rechnerische Bindung an die Änderung der Tarifpreise besteht (BGH, NJW 2009, 321 ff.). 57

Auch die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB führt nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, denn es lässt sich schon nicht feststellen, welche Auslegungsvariante am kundenfreundlichsten ist. So wäre ausgehend von der Annahme, dass der Sonderkundenpreis niedriger als der Tarifpreis ist, bei einer Preiserhöhung die prozentuale Anpassung, bei einer Preissenkung aber die nominale Anpassung für den Kunden günstiger. 58

Es führt zu keinem anderen Ergebnis, dass grundsätzlich bei längerfristigen Vertragsverhältnissen wie den Gaslieferverträgen das Interesse des Verwenders anzuerkennen ist, die bei Vertragsschluss zugrundegelegte Relation von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten und Kostensteigerungen nachträglich auf den Kunden abwälzen zu können. Denn in Verträgen mit Verbrauchern sind an die Ausgewogenheit und Klarheit einer Änderungsklausel hohe Anforderungen zu stellen. Klauseln, die dem Verwender eine Preiserhöhung nach freiem Belieben gestatten, sind unwirksam. Die Klausel muss Grund und Umfang der Erhöhung konkret festlegen, so dass der Kunde erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen sich die Preise ändern und nach welchen Kriterien der neue Preis berechnet wird. Außerdem muss verhindert werden, dass der Verwender nachträglich seinen im vereinbarten Preis enthaltenen Gewinnanteil erhöht und damit das Äquivalenzprinzip verletzt wird (BGH NJW-RR 2005, 1717; BGH, NJW 2007, 1054 = sog. Flüssiggasentscheidungen.). 59

Dieser Beurteilung lässt sich nicht der nach § 307 Absatz 3 Satz 1 BGB einzubeziehende Rechtsgedanke entgegenhalten, die Preisanpassungsklausel entspreche dem gesetzlichen Leitbild der §§ 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV. 60

Zwar hat die AVBGasV für die Versorgung von Tarifkunden eine "Leitbildfunktion im weiteren Sinne" und verkörpert eine Wertentscheidung, die der Verordnungsgeber in dem Tarifkundenbereich getroffen hat mit der Folge, dass sie einen gewichtigen Hinweis darauf enthält, was auch im Vertragsverhältnis mit Sonderabnehmern zu beachten ist (BGH, NJW 61

2009, 321 ff.). Ob deswegen eine entsprechend den Regelungen in §§ 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV gestaltete Preisanpassungsklausel, damit auch eine vertragliche Einbeziehung von § 4 AVBGasV, einer Prüfung gem. § 307 BGB Stand hielte, hat der BGH bisher nicht entschieden (BGH a.a.O., Rz. 21). Die "Leitbildfunktion" kann jedoch aus Sicht des Senats nur für die Bewertung von Preisanpassungsklauseln von Bedeutung sein, die in Bezug auf Maßstab, Anlass und Umfang einer Preisänderung eine klare und transparente Regelung enthalten. Für die hier entscheidungserhebliche Frage, unter welchen Voraussetzungen, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Preise gegenüber Sonderkunden erhöht werden dürfen oder auch wieder gesenkt werden müssen, gibt das Leitbild keine Antwort.

Es verbleibt deshalb bei dem Nachteil des Sondervertragskunden, dass die Beklagte die jeweils für sie günstigste Auslegungsvariante hinsichtlich einer Preisanpassung wählen kann und dass für ihn undurchschaubar ist, ob er sich gegen eine Preiserhöhung wehren kann oder nicht. 62

Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Ein angemessener Ausgleich setzt voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preiserhöhung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird (BGH NJW 2007, 1054ff.; BGH NJW 2009, 321ff.). Im übrigen bestand im streitgegenständlichen Zeitraum für die Kunden aufgrund der Feststellungen des Landgerichts keine Möglichkeit, den Gasversorger zu wechseln. Ein Ausweichen auf einen anderen Energieträger wäre nur mit erheblichem Kostenaufwand möglich und für Mieter ohnehin unmöglich gewesen. Aufgrund dieser Nachteile ist bei der Beurteilung nicht auf den gesamten Energiemarkt abzustellen. 63

Weiterhin besteht zwar entsprechend § 32 Abs. 2 AVBGasV eine Kündigungsmöglichkeit, wenn sich die allgemeinen Tarife ändern. Hier ist jedoch unklar im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, ob diese Regelung entsprechend § 32 Abs. 2 AVBGasV im Falle einer Preisänderung, die nicht in einer Änderung der öffentlichen Tarife liegt, einschlägig ist (so auch BGH NJW 2009, 321 ff.). 64

Der Gasbezugsvertrag ist nicht nach § 306 Abs. 3 BGB insgesamt unwirksam. Es kann nicht festgestellt werden, dass ein Festhalten am Vertrag bei Unwirksamkeit der Preisanpassungsklauseln für die Beklagte eine unzumutbare Härte darstellt. Eine unzumutbare Härte ist bereits deshalb nicht gegeben, weil ein Kündigungsrecht vereinbart wurde, das auch von der Beklagten ausgeübt werden kann. Die Beklagte hat keine Umstände dargetan, die eine andere Beurteilung gebieten. Mögliche praktische Schwierigkeiten, die darin liegen, dass die Zeitpunkte des Vertragsschlusses von Kunde zu Kunde variieren, sind nicht ausreichend, ebensowenig, dass die Kündigung nur in die Zukunft gerichtet ist und Vorfinanzierungskosten entstehen können. Es führt zu keiner anderen Beurteilung, dass die Beklagten möglicherweise aus kartellrechtlichen Gründen gehindert ist, eine Änderungskündigung auszusprechen, da sie in einem solchen Fall eine ordentliche Kündigung aussprechen könnte und die Verträge dann als Tarifkundenverträge zu allgemeinen Tarifen, die von der Beklagten im Rahmen der Billigkeit erhöht werden können, fortgesetzt werden müssten. 65

4. 66

Ein wirksames Preiserhöhungsrecht ergibt sich auch nicht gegenüber Kunden, mit denen die Geltung der AVB-SK der X bzw. der AVB-SK des S vereinbart worden ist. 67

68

In § 1 Nr. 2 der AVB-SK des S und der AVB-SK der X ist folgende Preisanpassungsklausel enthalten:

"Ändern sich die allgemeinen veröffentlichten Tarifpreise (Haushalt und Gewerbe) der S Gas (X), so ist S Gas (X) berechtigt, die Vertragspreise angemessen zu ändern. Die Änderungen werden wirksam mit der öffentlichen Bekanntgabe der geänderten Preise ab dem in der Bekanntgabe angegebenen Zeitpunkt...." 69

Hinsichtlich der Kunden der Kundengruppe 2 ist bereits fraglich, ob das danach vereinbarte Anpassungsrecht wirksam ausgeübt wurde, da unstreitig ab Mitte 2001 die vorgesehene Mitteilung des geänderten Preisblattes nicht mehr vorgenommen wurde. Weiterhin ist bei den Kunden der Kundengruppe 4 nicht schlüssig dargelegt worden, bei welchem Kunden die AVB-SK und bei welchem Kunden die AVBGasV einbezogen worden sind. Dies kann jedoch dahinstehen, da die Vertragsklauseln in beiden Fällen gegen AGB-Recht verstoßen. 70

Sie sind ebenfalls nicht hinreichend klar und verständlich und benachteiligen die Kunden unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), weil diese die Berechtigung und ggf. die Pflicht zu einer Preisveränderung nicht zuverlässig nachprüfen können. Der Beklagten wird es ermöglicht, das in dem ursprünglich vereinbarten Gaspreis zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern (BGH, WM 2005, 2335 ff.; NJW 2007, 1054 ff.; NJW 2009, 321 ff.).Nach dem Wortlaut ist die Beklagte berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise eintritt. Hieraus ist u. a. nicht eindeutig zu entnehmen, ob die Beklagte im Falle der Senkung des allgemeinen Tarifs zur Senkung des Sondertarifs verpflichtet ist oder ob ihr ein Entscheidungsspielraum zusteht und welche Kriterien hierfür maßgeblich sein sollen. Ferner regelt die Klausel nicht hinreichend klar, wie sich die Gaspreise bei Vorliegen der Voraussetzung ändern sollen. Unklar ist insbesondere, ob die Änderungen in einem bestimmten Verhältnis zur Änderung der allgemeinen Tarifpreise erfolgen und welches Verhältnis dies sein soll. Die Bestimmungen sind in diesem Punkt objektiv mehrdeutig (BGH NJW 2009, Seite 321 ff.). 71

Im Übrigen gelten die unter Ziff. 3 dargestellten rechtlichen Erwägungen. 72

5. 73

§ 4 AVBGasV ist nicht aufgrund § 306 Abs. 2 BGB als dispositives Recht heranzuziehen, weil er nur auf den Tarifkundenbereich, und nicht auf den Sonderkundenbereich anwendbar ist. Hinzu kommt, dass es für den Kunden überraschend im Sinne von § 305 c BGB wäre, wenn durch eine Verweisungskette an die Stelle einer unwirksamen Preisanpassungsklausel ein einseitiges Preisgestaltungsrecht der Beklagten treten würde. 74

6. 75

Anstelle der unwirksamen Preisanpassungsklauseln tritt auch kein Preisänderungsrecht in entsprechender Anwendung von § 4 AVBGasV. Die Verordnung gibt dem Versorger kein allgemeines Preisanpassungsrecht, sondern das Recht zur Bestimmung und Änderung der allgemeinen Tarife und Bedingungungen. Da die Kunden keine Tarif-, sondern Sondervertragskunden sind, ergibt sich der Preis, den sie zu zahlen haben nicht aus den allgemeinen, für jedermann geltenden Tarifen der Beklagten, sondern aus vertraglicher Vereinbarung. Auf einen solchen vereinbarten Preis findet das Tarifbestimmungsrecht des Versorgers weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung (BGHZ 176, 244ff.). 76

77

7.

Der Beklagten steht kein auf § 315 BGB gegründetes Preisanpassungsrecht zu. Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, da die Parteien keine wirksame Befugnis zur einseitigen Leistungsbestimmung vereinbart haben und ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten sich auch nicht kraft Gesetzes ergibt. 78

8. 79

Ein Preisanpassungsrecht steht der Beklagten nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB zu. 80

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt (BGHZ 90, 69 ff.; BGHZ 137, 153 ff.; BGH NJW 2009, 321 ff.). Dies ist hier jedoch nicht der Fall, so dass dahinstehen kann, ob im Vertrag ausreichende Anhaltspunkte für einen objektiv zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen gegeben sind, der nur eine ernsthafte Gestaltungsmöglichkeit zulässt. 81

Es ist aus den bereits unter 3. dargelegten Gründen bereits nicht feststellbar, dass der Wegfall der streitgegenständlichen Erhöhungsklausel zu einem unzumutbaren Ergebnis führt. Die Beklagte hat keine Umstände dargetan, die eine andere Beurteilung gebieten. Mögliche praktische Schwierigkeiten, die darin liegen, dass die Zeitpunkte des Vertragsschlusses von Kunde zu Kunde variieren, sind nicht ausreichend, ebensowenig, dass die Kündigung nur in der Zukunft gerichtet ist und Vorfinanzierungskosten entstehen können, da das Risiko einer Änderung einer flexiblen Kalkulationsgrundlage jedem Vertrag inneliegt. Es führt auch zu keiner anderen Beurteilung, dass die Beklagten möglicherweise aus kartellrechtlichen Gründen gehindert ist, eine Änderungskündigung auszusprechen, da sie jedenfalls nicht gehindert ist, eine ordentlichen Kündigung auszusprechen und die Kunden dann, da im streitgegenständlichen Zeitraum kein anderer Gasanbieter zur Verfügung stand, als Tarifkunden zu allgemeinen Tarifen die von der Beklagten im Rahmen der Billigkeit bestimmt werden können, beliefert werden müssten. 82

9. 83

Ein Preisanpassungsrecht der Beklagten kann nicht aus den Grundsätzen der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Absatz 1 BGB hergeleitet werden. Bereits die Störung der Geschäftsgrundlage ist nicht erkennbar. Zur Geschäftsgrundlage gehören alle nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien sowie einseitige, dem anderen erkennbare Vorstellungen einer Vertragspartei vom Fortbestand oder Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille auf dieser Vorstellung aufbaut. Einen Wegfall oder eine maßgebliche Änderung solcher Umstände hat die Beklagte nicht dargetan. Weiterhin ist Voraussetzung eines auf § 313 Absatz 1 BGB beruhenden Anpassungsrechts, dass der Berechtigte sich erfolglos um eine Anpassung bemüht hat (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 313 BGB, Rdn. 41). Hier wurden die Erhöhungen jedoch von der Beklagten einseitig vorgegeben und es ist kein Anpassungsbemühen erkennbar. 84

10. 85

86

Hinsichtlich des Kunden M sind die vertraglich vereinbarten Voraussetzungen einer Preisanpassung nicht erfüllt, da keine öffentliche Bekanntgabe der maßgeblichen Tarife festgestellt werden kann. Der Vertrag des Kunden M vom 16.10.1981 enthält in den Bedingungen zum Sonderabkommen über die Lieferung von Gas vom 1. Oktober 1981 unter Ziffer 2.3. folgende Regelung: "Die Preise des Sonderabkokmmens HS sind an den Tarif H II, die Preise des Sonderabkommens GS an den Tarif G II der ab 1. Oktober 1981 gültigen allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Gas der VEW gebunden. Ändern sich die Grundpreise dieser Tarife, so ändern sich auch die Grundpreise der Sondernabkommen im gleichen Verhältnis; ändern sich die Arbeitspreise dieser Tarife, so ändern sich die Arbeitspreise der Sonderabkommen um den gleichen Betrag." Unter 2.4. ist geregelt: "Die VEW ist nicht verpflichtet, dem Kunden eine besondere Mitteilung über eine sich ergebende Gaspreisänderung zu machen. Die Bekanntgabe von Preisänderungen erfolgt jeweils mit der öffentlichen Bekanntgabe neuer allgemeiner Tarife für Gas."

Der Senat neigt zu der Auffassung, dass diese Klauseln einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB standhalten, weil ihnen Anlass, Zeitpunkt und Umfang der Änderung sowohl der Grundpreise als auch der Arbeitspreise hinreichend klar zu entnehmen sind. 87

Es kann jedoch letztlich dahinstehen, ob es sich hierbei um ein wirksam vereinbartes Preisanpassungsrecht handelt, da nach allen in Betracht kommenden Erhöhungsrechten der Beklagten eine öffentliche Bekanntmachung erforderlich ist, die nicht festgestellt werden kann. Die Beklagte ist ihrer Erklärungspflicht gemäß § 138 Absatz 1, Absatz 2 ZPO nicht hinreichend nachgekommen. Zwar ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig hinsichtlich der Voraussetzungen des geltend gemachten Bereichungsanspruchs, soweit sie vorbehaltlos gezahlte Gasentgelte zurückfordert. Hier hat die Beklagte jedoch bezüglich der Bekanntmachungen eine erweiterte Behauptungslast (sekundäre Darlegungslast), da die darlegungspflichtige Partei, auch unter Berücksichtigung der Kenntnisse der Kunden, außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen besitzt, während die Beklagte über ein derartiges Wissen verfügt und ihr nähere Angaben zumutbar sind. Sie hat zwar Texte öffentlicher Bekanntmachungen und Bekanntgaben (Anlagen CC 11 und CC 54) und Pressemitteilungen (Anlage CC 52) vorgelegt, aus denen sich eine Änderung der Gaspreise ergibt. Weiterhin hat sie Listen vorgelegt (Anlagen BK 17, BK 18, BK 19), aus denen sich ergibt, dass zu bestimmten Zeitpunkten Anzeigen in verschiedenen Zeitungen unter Angabe der Größe und des Preises getätigt wurden. Daraus ist jedoch nicht ersichtlich, zu welchen konkreten Zeitpunkten, in welchen Ausgaben und in welchen Gebietsbereichen hier eine Bekanntmachung der maßgeblichen Tatsachen vorgenommen wurde. Ebensowenig ergibt sich aus den von der Beklagten vorgelegten Zeitungsartikeln (Anlage CC 53), die sich allgemein mit der Erhöhung von Gaspreisen durch die Beklagte befassen, welche konkrete Änderung der für den Kunden M maßgeblichen Tarife erfolgt ist. Hierauf ist die Beklagte nach mündlichem Hinweis in der Sitzung im Rahmen der Erörterungen durch Beschluss des Senats vom 6. März 2009 erneut schriftlich hingewiesen worden. Darauf hat sie vorgetragen, dass sie zunächst die Veröffentlichungen und Tarifumbenennungen recherchieren müsse und im folgenden Schriftsatz vom 30.04.2009 auch die für den Kunden M maßgeblichen Umbenennungen der Preise dargelegt. Zur Bekanntmachung der maßgeblichen Tarife ist dann jedoch kein weiterer Vortrag erfolgt, sondern die Beklagte hat darauf verwiesen, dass sich unter Berücksichtigung der aufgezeigten Umbenennungen nun auch anhand der bereits als Anlage CC 12, CC 53, CC 54 sowie BK 17, BK 18 und BK 19 vorgelegten Preisblätter, Bekanntmachungstexte und Rechnungen nachvollziehen lasse, dass die Anpassungen der Arbeitspreise des Sonderabkommens zu denselben Zeitpunkten und im selben Umfang wie die öffentlich bekanntgemachten Anpassungen der Arbeitspreise des maßgeblichen 88

allgemeinen Tarife erfolgten und sich aus den öffentlichen Bekanntmachungen und Preisblättern zudem ergebe, dass die Grundpreise unverändert geblieben seien. Dies ist zur Darlegung der öffentlichen Bekanntmachung nicht ausreichend, da sich auch aufgrund dieser Ausführungen nicht nachvollziehen lässt, zu welchen Zeitpunkten, in welchen Ausgaben und in welchen Gebietsbereichen eine Bekanntmachung der maßgeblichen Tatsachen erfolgte. Ein erneuter Hinweis war nicht erforderlich, da davon auszugehen ist, dass die Beklagte den Hinweis vom 6. März 2009 nicht dahingehend mißverstanden hat, dass nur die für den Kunden M maßgeblichen Tarife und Preisänderungen, nicht auch die Bekanntmachung der maßgeblichen Änderungen darzulegen ist. Im Schriftsatz vom 31.03.2009 verweist sie selbst darauf, dass sie aufgrund des Hinweisbeschlusses des Senats nicht nur darzulegen habe, dass die vorgelegten Veröffentlichungen auch für den Kunden M gelten, sondern dass sie derzeit recherchiere, ob und welche Agenturen mit der öffentlichen Bekanntgabe der Tarife im streitgegenständlichen Zeitraum beauftragt wurden. Auch im Schriftsatz vom 30.04.2009 führt sie aus, dass sie aufgrund des Hinweisbeschlusses des Senats sowohl zu den Änderungen der Tarife H II, die zu einer Änderung der Preise des Sonderabkommens HS geführt haben können, sowie zu deren Bekanntmachung vorzutragen habe. Gegen ein solches Mißverständnis spricht weiterhin bereits der Wortlaut des Hinweis- und Auflagenbeschlusses sowie die Erörterung in der Sitzung zur Darlegungspflicht hinsichtlich der für den Kunden M, aber auch der für die anderen Kunden maßgeblichen Bekanntmachungen.

11. 89

In Bezug auf das Rechtsverhältnis zu den anderen Kunden hat der Senat auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung, dass die Preisanpassungsklauseln unwirksam sind, keinen schriftlichen Hinweis und keine Auflage zur Frage der Bekanntmachung maßgeblicher Tarife erteilt. Da sich aus dem Vorbringen der Beklagten mit Schriftsatz vom 30.04.2009 nunmehr ergibt, dass für diese Kunden dieselben Tarifänderungen wie für den Kunden M maßgeblich sein sollen, gelten die vorstehenden Erwägungen auch für diese Kunden. Es ist also davon auszugehen, dsas auch hier das Vorbringen zur öffentlichen Bekanntgabe der Allgemeintarife nicht ausreichend ist. 90

12. 91

§ 242 BGB steht dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsrecht der Klägerin nicht entgegen. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts wird insoweit Bezug genommen. 92

13. 93

Die Rückforderungsansprüche der Klägerin sind nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen. Die erforderliche positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung, also der Zahlung durch die Kunden, ist nicht gegeben. Dabei genügt die Kenntnis der Tatsachen allein nicht, der Leistende muss auch die zutreffenden rechtlichen Folgerungen ziehen. Da die Rechtslage hier nicht eindeutig höchstrichterlich entschieden war, konnten die Kunden auch keine positive Kenntnis davon haben, dass weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Preiserhöhungsrecht der Beklagten besteht. 94

14. 95

Eine Entreicherung der Beklagten gemäß § 818 Abs. 3 BGB kann nicht festgestellt werden, denn es fehlt bereits an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem Empfang der 96

rechtsgrundlosen Leistung und einem Vermögensverlust bei der Beklagten. Die Beklagte hätte den behaupteten Vermögensverlust (die Zahlung der höheren Bezugskosten) auch erlitten, wenn die Kunden nur die vertraglich geschuldeten und nicht die erhöhten Entgelte gezahlt hätten. Die Bezugspreise sind bereits erhöht worden, bevor eine Preisanpassung durch die Beklagte erfolgt ist und die Kunden die gestellten Jahresabrechnungen beglichen haben, wobei die Beklagte verpflichtet war, an die Kunden zu den vereinbarten Preisen zu liefern. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die Saldierung nach §§ 812, 818 BGB keinen positiven Saldo zugunsten der Klägerin ergebe, da zu marktüblichen Preisen geliefert worden sei. Es ist nicht auf marktübliche Preise abzustellen, sondern bei einer unwirksamen Preisanpassung ist zu den zuvor geltenden tatsächlichen Preisen abzurechnen.

15. 97

Gegen die Höhe des vom Landgericht zugesprochenen Betrages werden keine Einwendungen erhoben. 98

Der zugesprochene Zinsanspruch wird nicht angegriffen und ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB. 99

Die von der Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz erklärte Hilfsaufrechnung ist unbegründet. Der Beklagten steht kein Schadenersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB zu. Der Anspruch wird auf die Verletzung der Aufklärungspflicht der Kunden gestützt, da diese nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt haben sollen, dass sie den Preiserhöhungen widersprechen. Ein solches Verhalten stellt jedoch keine Pflichtverletzung im Sinne der genannten Vorschriften dar, da bereits keine dahingehende Vertragspflicht der Kunden festgestellt werden kann. 100

Der Senat hat der Klägerin den Schriftsatz der Beklagten vom 30.04.2009 und die beigefügten Anlagen entsprechend dem Wunsch der Beklagten nicht vollständig bzw. in bereinigter Fassung zugeleitet. Da es auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Senats für die Entscheidung auf den entsprechenden Tatsachenvortrag nicht ankommt, brauchte nicht darüber entschieden zu werden, ob die Auffassung der Beklagten, dass es sich um Betriebsgeheimnisse handelt, zutrifft, wie im Fall der Entscheidungserheblichkeit zu verfahren gewesen wäre und ob Grundsätze des Zivilprozessrechts einer Verwertung von Vorbringen entgegenstehen, welches nach dem Willen einer Prozesspartei der Gegenpartei nicht zugänglich gemacht werden soll. 101

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Absatz 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO. 102

Die Revision hat der Senat gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. 103

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE