
Datum: 19.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 143/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:0219.19U143.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 90 O 50/09

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 16.09.2009 verkündete Urteil der 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 90 O 50/09 - teilweise abge-ändert und die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 1.062,78 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.05.2009 zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung werden der Klägerin auferlegt. Von den übrigen Kosten des Rechtsstreits haben die Klägerin 82 % und die Beklagte 18 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

- Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Rückzahlung eines Betrags von 5.819,26 EUR, den letztere auf Grund von Anpassungen des Gas-Arbeitspreises in der Zeit zwischen Januar 2006 und März 2009 unberechtigt vereinnahmt haben soll. 3
- Die Beklagte ist ein regionales Gasversorgungsunternehmen. Sie schloss mit der Klägerin als Sonderkundin im April 2002 einen von ihr vorformulierten Vertrag über die Belieferung der Verbrauchsstelle ...20 in Gummersbach mit Erdgas. Dieser Vertrag enthält in § 2 Nr. 2 folgende Regelung: 4
- "Der Gaspreis ändert sich, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarife der Gasgesellschaft eintritt." 5
- Auf der Grundlage jener Klausel hob die Beklagte zum 01.10.2005 den Arbeitspreis auf 4,20 Cent netto pro Kilowattstunde (Ct/kWh) und demgemäß auch den von der Klägerin monatlich zu zahlenden Abschlag an. Unbeschadet dessen leistete die Klägerin ab Oktober 2005 monatliche Abschlagszahlungen in der zuvor festgelegten niedrigeren Höhe. Mit Schreiben vom 30.12.2005 unterrichtete die Beklagte die Klägerin darüber, dass sich der Arbeitspreis ab dem 01.01.2006 auf 4,57 Ct/kWh netto und demnach auch der monatliche Abschlag weiter erhöhen werde. 6
- Wie in zweiter Instanz erstmals vorgetragen worden und unstreitig ist, zahlte die Klägerin auch in der Zeit von Januar bis März 2006 die bis September 2005 festgesetzten niedrigeren Abschläge weiter. Zudem widersprach sie mit Schreiben vom 16.02. 2006 zumindest der Preisanhebung zum 01.01.2006 unter Rüge der Unbilligkeit. Die Beklagte bestätigte mit – von der Klägerin in zweiter Instanz vorgelegtem - Schreiben vom 24.03.2006 unter dem Betreff "Gaspreiserhöhungen" und der Kundennummer der Klägerin den Eingang des Schreibens vom 16.02.2006 und teilte der Klägerin mit, dass sie sich nicht verpflichtet sehe, zum Nachweis der Billigkeit eines Gaspreises ihre Kostenkalkulation offen zu legen. Zugleich stellte sie der Klägerin anheim, zur Prozessvermeidung künftig die verlangten Zahlungen unter Vorbehalt zu leisten, und sicherte zu, im Fall einer höchstrichterlichen Entscheidung alle Gaskunden gleich zu behandeln. Die Klägerin entrichtete daraufhin ab April 2006 die von der Beklagten auf der Grundlage eines Nettoarbeitspreises von 4,57 Ct/kWh verlangten Monatsabschläge. 7
- Unter dem 02.06.2006 erstellte die Beklagte die Jahresabrechnung über ihre von Mai 2005 bis April 2006 erfolgten Gaslieferungen. Diese wies eine von der Klägerin nachzuzahlende Summe von 4.011,77 EUR aus. Die Klägerin überwies den danach noch offenen Rechnungsbetrag am 19.06.2006 – wie im Berufungsverfahren unwidersprochen vorgetragen worden ist - unter Vorbehalt. 8
- Auch in den Folgemonaten leistete die Klägerin Abschläge in Höhe des von der Beklagten auf der Basis eines Arbeitspreises von 4,57 Ct/kWh festgesetzten Betrags. Allerdings zahlte sie jedenfalls die Abschläge für Juni, Juli und September 2006 nach dem unstreitigen Vorbringen der Parteien im Berufungsverfahren unter Vorbehalt. 9
- Im Verlauf des Jahres 2006 informierte die Beklagte die Klägerin schriftlich darüber, dass sich der Arbeitspreis zum 01.10.2006 auf 4,80 Ct/kWh netto und dementsprechend auch der monatlich zu leistende Abschlag erhöhe. Die Klägerin zahlte daraufhin entsprechende Abschläge, wobei sie die Zahlung für Oktober 2006 - wie in zweiter Instanz unstreitig ist – am 26.10.2006 unter Vorbehalt leistete. 10

Im Jahr 2007 senkte die Beklagte unter Verweis auf die gefallenen Ölpreise den Arbeitspreis gemäß schriftlicher Mitteilung vom 17.11.2006 zum 01.01.2007 auf 4,63 Ct/kWh netto sowie laut Ankündigungsschreiben vom 15.02.2007 zum 01.04.2007 weiter auf 4,23 Ct/kWh netto. Die Jahresabrechnung der Beklagten vom 01.06.2007 für die Zeit von Mai 2006 bis April 2007 schloss in Folge dessen mit einem Guthaben der Klägerin in Höhe von 2.091,48 EUR, das letztere nachfolgend vereinnahmte.

Mit – von der Klägerin im Berufungsverfahren vorgelegtem - Schreiben an die Klägerin vom 20.07.2007 informierte die Beklagte unter Bezugnahme darauf, dass man den letzten Gaspreiserhöhungen widersprochen und die Rechnungen bzw. Teilbeträge unter Vorbehalt oder nur gekürzt gezahlt habe, über das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13.06.2007 (VIII ZR 36/06) zur Billigkeitskontrolle von Gaspreiserhöhungen. Die Beklagte verwies unter Auflistung ihrer seit dem 4. Quartal 2004 veränderten Bezugspreise darauf, dass nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Weitergabe von Bezugskostensteigerungen an die Kunden zulässig sei. Im Hinblick darauf teilte sie mit, dass sie sich durch diese Entscheidung in der Angemessenheit und Billigkeit ihrer Preiserhöhungen bestätigt sehe und den Widerspruch gegen ihren Gaspreis als gegenstandslos betrachte. Abschließend bat sie um Ausgleich eventuell gekürzter Beträge bis zum 10.08.2007. 12

In der Folgezeit teilte die Beklagte der Klägerin jeweils schriftlich mit, dass sich der Arbeitspreis wegen gestiegener Heizölpreise zum 01.10.2007 auf 4,41 Ct/kWh netto (Schreiben vom 17.08.2007), zum 01.01.2008 auf 4,72 Ct/kWh netto (Schreiben vom 12.11.2007) und zum 01.04.2008 auf 5,07 Ct/kWh netto (Schreiben vom 15.02.2008) erhöhe. Dabei hob die Beklagte mit den ersten beiden Preiserhöhungen auch die von der Klägerin monatlich zu zahlenden Abschläge an. Diese entrichtete die Klägerin nachfolgend in der verlangten Höhe. Die Jahresabrechnung vom 02.06.2008 für Mai 2007 bis April 2008 wies einen nachzuzahlenden Betrag von 4.884,14 EUR aus, den die Klägerin am 13.06.2008 beglich. 13

Mit Schreiben vom 15.08.2008 unterrichtete die Beklagte die Klägerin darüber, dass sich der Arbeitspreis auf Grund gestiegener Ölpreise zum 01.10.2008 auf 6,05 Ct/kWh netto und demnach auch der monatliche Abschlagsbetrag erhöhe. Demgegenüber sank der Arbeitspreis laut späterem Schreiben der Beklagten vom 14.11. 2008 wegen der Ölpreisentwicklung zum 01.01.2009 auf 5,55 Ct/kWh netto, so dass sich auch der monatlich zu leistende Abschlagsbetrag ermäßigte. Die Klägerin passte ihre monatlichen Abschlagszahlungen jeweils entsprechend an. 14

Mit Schreiben vom 15.04.2009 forderte die Klägerin die Beklagte erfolglos auf, ihr bis zum 01.05.2009 eine Bruttosumme von 5.819,26 EUR zu erstatten, die sie auf Grund der Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel in der Zeit vom 01.01.2006 bis zum 31.03.2009 angeblich zu viel bezahlt habe. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 18.04.2009 ab. 15

Ebenfalls am 18.04.2009 erstellte die Beklagte die Jahresabrechnung für den Zeitraum von Mai 2008 bis April 2009, die einen noch offenen Betrag von 122,84 EUR auswies. Die Klägerin überwies jene Summe am 30.04.2009. 16

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagte sei ihr auf Grund der Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel zur Erstattung der von ihr zwischen Januar 2006 und März 2009 geleisteten Zahlungen verpflichtet, soweit diese auf einem höheren als dem bis zum 31.12.2005 geltenden Arbeitspreis von 4,20 Ct/kWh basiert hätten. Mit den von der Beklagten danach verlangten erhöhten Arbeitspreisen habe sie sich nicht dadurch einverstanden erklärt, dass sie von der Beklagten weiter Gas bezogen habe. Da dem Vertrag der Parteien keine 17

gültige Preisänderungsklausel zu Grunde gelegen habe, habe sie den von der Beklagten vorgenommenen – von vornherein unwirksamen – Festlegungen modifizierter Arbeitspreise nicht widersprechen müssen.

Die Klägerin hat beantragt,

18

die Beklagte zu verurteilen, an sie 5.819,26 EUR nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.05.2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

20

die Klage abzuweisen.

21

Sie hat gemeint, die Klägerin habe den geänderten Gaspreisen durch den fortdauernden Bezug von Gas in Kenntnis der mitgeteilten Preisänderungen, der Bezahlung der auf der Basis der jeweils aktuell verlangten Preise festgesetzten Abschläge und der mangelnden Beanstandung der darauf basierenden Jahresabrechnungen stillschweigend zugestimmt. Soweit die Klägerin die Preiserhöhungen erstmals mit Schreiben vom 15.04.2009 beanstandet habe, habe der verspätete Widerspruch die vorangegangenen Preisvereinbarungen nicht aufheben können. Im Übrigen sei sie, da sie die von der Klägerin vereinnahmten Beträge zur Beschaffung und Belieferung ihrer Kunden mit Gas aufgewendet habe, entreichert. Jedenfalls aber stelle es für sie auf Grund der in den letzten Jahren erheblich angestiegenen Kosten zur Beschaffung von Erdgas eine unzumutbare Härte dar, die Klägerin weiter zu dem vor 2006 geltenden Arbeitspreis mit Gas zu beliefern.

22

Mit Urteil vom 16.09.2009 – 90 O 50/09 - hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Anspruch auf Erstattung der auf Grund erhöhter Arbeitspreise geleisteten Zahlungen zu, da diese auf der Basis von vertraglichen Vereinbarungen erfolgt seien. Auch wenn die vertragliche Preisänderungsklausel nach höchstrichterlicher Rechtsprechung unwirksam sei, habe die Klägerin die Preisanpassungen bis zu ihrem Schreiben vom 15.04.2009 widerspruchsfrei hingenommen und damit als verbindlich anerkannt. Sofern der Bundesgerichtshof angenommen habe, ungeachtet der etwaigen Unbilligkeit einer einseitigen Preisänderung liege eine verbindliche vertragliche Preisabrede vor, wenn der Kunde diese hingenommen und insbesondere die auf den erhöhten Preisen basierende Jahresabrechnung nicht in angemessener Zeit beanstandet habe, gälten diese Erwägungen für den Fall einer unwirksamen Preisanpassungsklausel gleichermaßen. So liege in der schriftlichen Mitteilung der Änderung, spätestens jedoch in der schriftlichen Abrechnung auf der Grundlage der geänderten Preise ein auf eine entsprechende Preisanpassung gerichtetes Verlangen des Versorgers, auf das sich der Kunde durch den unbeanstandeten Weiterbezug von Gas einlasse.

23

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe im angefochtenen Urteil verwiesen.

24

Gegen dieses ihr am 21.09.2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit einem am 12.10.2009 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und das Rechtsmittel mit am 02.11.2009 beim Oberlandesgericht eingegangenem Schriftsatz begründet.

25

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihren erstinstanzlichen Zahlungsantrag weiter. Sie macht geltend, entgegen der Auffassung des Landgerichts könne angesichts der Unwirksamkeit der Preiserhöhungsklausel schon vom Ansatz her nicht davon ausgegangen

26

werden, dass die seit 2006 modifizierten Arbeitspreise zwischen der Beklagten und ihr als Sonderkundin bei widerspruchslloser Hinnahme der Preisanhebungen verbindlich vereinbart worden seien. Anders als in den vom Bundesgerichtshof zu Tarfkundenverträgen entschiedenen Fällen habe die Beklagte nicht ein ihr grundsätzlich zustehendes Tarifierhöhungsrecht im Einzelfall unbillig ausgeübt, sondern sei diese von vornherein zu keinen Preisabänderungen berechtigt gewesen. Im Übrigen sei ihrem – der Klägerin - Schweigen auf die Preiserhöhungsansinnen der Beklagten ebenso wie der Begleichung von Rechnungen kein besonderer Erklärungswert zugekommen.

Überdies sei das Landgericht von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen, da sie, 27
die Klägerin, den Gaspreiserhöhungen der Beklagten sehr wohl widersprochen habe. Hierzu behauptet die Klägerin, sie habe in ihrem Schreiben vom 16.02. 2006 – wie die Beklagte am 14.03.2006 und 20.07.2007 schriftlich bestätigt habe - Widerspruch nicht nur gegen die Preiserhöhung zum 01.01.2006, sondern ausdrücklich auch gegen spätere Preiserhöhungen erhoben. Dementsprechend seien sämtliche nachfolgenden Zahlungen explizit mit dem schriftlichen Zusatz "unter Vorbehalt" versehen worden. Dieses neue Vorbringen sei – so macht die Klägerin geltend - in der Berufungsinstanz zu berücksichtigen, da es bislang allein auf Grund eines Verfahrensfehlers des Landgerichts unterblieben sei. Sie sei für das erstinstanzliche Gericht ersichtlich davon ausgegangen, dass ihre Klage unbeschadet einer etwaigen widerspruchsllosen Hinnahme der Preiserhöhungen begründet sei. Auf seine davon abweichende Rechtsauffassung hätte das Landgericht sie deshalb schriftlich hinweisen und ihr Gelegenheit zum ergänzenden Sachvortrag geben müssen.

Die Klägerin beantragt, 28

das Urteil des Landgerichts Köln vom 16.09.2009 – 90 O 50/09 – aufzuheben und die 29
Beklagte zu verurteilen, an sie 5.819,26 EUR nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.05.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen, 31

hilfsweise, 32

den Rechtsstreit an das Landgericht Köln zur erneuten Verhandlung und Entscheidung 33
zurückzuverweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Sie vertritt die Ansicht, die nur vereinzelt 34
Widersprüche der Klägerin seien schon deshalb unbeachtlich, weil sich diese auf die Unbilligkeit der jeweiligen Preiserhöhung und nicht die Unwirksamkeit der Preisanpassung bezogen hätten.

Zudem habe die Klägerin den Preisanpassungen allenfalls vereinzelt widersprochen. So habe 35
sich deren Schreiben vom 16.02.2006 ausschließlich auf die Preiserhöhung zum 01.01.2006 bezogen. Etwas anderes ergebe sich weder aus ihrem (der Beklagten) Schreiben vom 14.03.2006 noch aus ihrem Schreiben vom 20.07.2007, bei welchem es sich um ein an alle in der Vergangenheit widersprechenden Kunden gerichtetes Musterschreiben gehandelt habe. Auch Zahlungen unter Vorbehalt habe die Klägerin – abgesehen von derjenigen auf die Jahresabrechnung vom 02.06.2006 und den Abschlägen für Juni, Juli, September und Oktober 2006 – nicht geleistet.

Soweit die Klägerin danach Beanstandungen gegen die Preisgestaltung erhoben habe, seien diese nicht rechtzeitig nach der jeweils vorangegangenen Preiserhöhung erfolgt. Zudem hätten sich etwaige Widersprüche der Klägerin durch die vorbehaltlose Begleichung eines Solls oder die Vereinnahmung eines Habens aus der nachfolgenden Jahresabrechnung überholt. Im Übrigen habe die Klägerin einen Rückzahlungsanspruch auf Grund der jahrelangen Zahlung von ungekürzten Abschlägen und der Hinnahme der Jahresabrechnungen, welche sie – die Beklagte - als Aufgabe des Widerspruchs gewertet habe, verwirkt.	
Jedenfalls aber sei sie zur Rückzahlung gegebenenfalls zu Unrecht erhaltener Zahlungen allenfalls in geringem Umfang verpflichtet. Sie habe im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Preiserhöhungsklausel von einer Kündigung des Gaslieferungsvertrags abgesehen und (erhöhte) Aufwendungen zum Zweck der weiteren Belieferung der Klägerin mit Gas getätigt, die ihren Gesamterlös aus dem mit dieser geschlossenen Gaslieferungsvertrag gemindert hätten. In Folge dessen hätten die Preiserhöhungen – so behauptet die Beklagte - im Jahr 2006 keinen Überschuss ergeben sowie in den Jahren 2007 und 2008 zu solchen nur von 116,97 EUR und 648,14 EUR geführt.	37
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf das erstinstanzliche Urteil sowie auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	38
II.	39
Die zulässige, unter Einhaltung der Frist- und Formerfordernisse der §§ 517, 519 ZPO eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung ist auf Grund des ergänzenden Tatsachenvorbringens der Parteien in zweiter Instanz in Höhe von 1.062,78 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 02.05.2009 begründet. Im Übrigen hat das Rechtsmittel der Klägerin keinen Erfolg.	40
Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB einen Anspruch auf Erstattung eines Teilbetrags von 1.062,78 EUR. Soweit die Klägerin für die Zeit zwischen dem 01.01.2006 und dem 31.12.2006 an die Beklagte Entgelte geleistet hat, die auf einem Arbeitspreis von mehr als (bis zum 31.12.2005 verlangten) 4,20 Ct/kWh basierten, sind die Zahlungen mangels wirksamer vertraglicher Grundlage ohne Rechtsgrund erfolgt. Demgegenüber beruhten die zwischen dem 01.01. 2007 und dem 31.03.2009 geleisteten Zahlungen der Klägerin auf einer Übereinkunft der Parteien über die von der Beklagten jeweils veranschlagten Arbeitspreise, auf Grund derer letztere die eingenommenen Beträge behalten darf.	41
Als Basis für die von der Beklagten abgerechneten Arbeitspreise kann allerdings nicht ein einseitiges Preisänderungsrecht der Beklagten, sondern allein eine jeweils individuelle Vereinbarung der Parteien herangezogen werden.	42
Aus der in den Sondervertrag mit der Klägerin unter § 2 Nr. 2 aufgenommenen Preisanpassungsregelung kann die Beklagte eine Berechtigung zur Erhöhung der Arbeitspreise und zur Vereinnahmung der entsprechenden Zahlungen der Klägerin nicht herleiten. Bei jener Formularvertragsklausel handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB unterliegt. Als solche ist sie gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, da sie nicht hinreichend klar und verständlich ist und die Kunden der Beklagten deshalb unangemessen benachteiligt. Denn der Preisanpassungsklausel lässt sich auch im Wege der Auslegung	43

nicht entnehmen, in welchem Umfang der Gaspreis bei einer Änderung der allgemeinen Tarife erhöht oder gesenkt wird (vgl. BGH vom 17.12. 2008 – VIII ZR 274/06 -, NJW 2009, 578, 578 f.).

Die demnach bestehende Vertragslücke kann gemäß § 306 Abs. 2 BGB nicht dergestalt geschlossen werden, dass die Beklagte auf Grund von gesetzlichen Vorschriften zur einseitigen Änderung des Arbeitspreises berechtigt ist. Eine Anwendung des § 316 BGB scheidet wegen der vertraglichen Festlegung eines bestimmten (nach § 2 Nr. 2 des Vertrags nur nachträglich abänderbaren) Arbeitspreises aus. Ebenso wenig kann der Beklagten nach den §§ 157, 133 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein einseitiges Preisanpassungsrecht zugebilligt werden. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt (vgl. BGH vom 28.10.2009 – VIII ZR 320/07 – Rn. 44, zitiert nach juris; NJW 2009, 2662, 2666; 2009, 578, 580). Von einem solch unzumutbaren Ergebnis kann jedoch nicht ausgegangen werden, wenn sich der Gasversorger nach Ablauf der Mindestvertragslaufzeit innerhalb von zwölf Monaten vom Erdgasvertrag lösen kann (vgl. BGH NJW 2009, 2662, 2667; vom 28.10.2009 – VIII ZR 320/07 – Rn. 45). Dass ihr dies nach den Regelungen des Sondervertrags mit der Klägerin nicht möglich ist, hat auch die Beklagte nicht geltend gemacht. 44

Hinsichtlich der für das Jahr 2006 vereinnahmten, über einem Betrag von 4,20 Ct/kWh liegenden Arbeitspreise liegt auch keine individuelle Verständigung der Parteien auf die von der Beklagten angesetzten erhöhten Entgelte vor, welche letztere zum Behalten der eingenommenen Erhöhungen berechtigen könnte. Demgegenüber ist eine individualvertragliche Absprache über die modifizierten Arbeitspreise für die Zeit von Januar 2007 bis März 2009 dadurch zu Stande gekommen, dass die Klägerin ungeachtet der ihr von der Beklagten seit dem 17.11.2006 bekannt gegebenen Preiserhöhungen weiter Gas bezogen und die veränderten Tarife nicht in angemessener Zeit beanstandet hat. 45

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird ein vom Gasversorger veröffentlichter und auf der Basis des früheren § 4 AVBGasV generell zulässiger, aber im Einzelfall gegebenenfalls unbillig erhöhter Tarif zum vereinbarten Preis, wenn der Kunde die auf dem erhöhten Tarif basierende Jahresabrechnung des Versorgers akzeptiert hat, indem er weiter Gas von diesem bezieht, ohne die Tarifierhöhung in angemessener Zeit als unbillig zu beanstanden (vgl. BGH NJW 2009, 502, 503; 2007, 2540, 2543 f.). Diese Kriterien sind nach der zutreffenden Ansicht des Landgerichts auch auf Preisänderungen gegenüber einem Sonderkunden auf Grund einer unwirksamen Preisanpassungsklausel, wie im vorliegenden Fall, anwendbar. 46

Unabhängig davon, ob die vom Gasversorger vorgenommene einseitige Preiserhöhung im Einzelfall unbillig oder generell unwirksam ist, bringt diese doch den tatsächlichen Willen des Gasversorgers zum Ausdruck, ab einem bestimmten Zeitpunkt ein modifiziertes Entgelt abrechnen zu wollen. Ein entsprechendes Ansinnen des Gaslieferanten ist deshalb jedenfalls dann, wenn der Kunde – wie vorliegend die Klägerin mit den schriftlichen Preisanpassungsankündigungen der Beklagten - auf die anstehenden Preisanhebungen und die damit einher gehenden Folgen für das Vertragsverhältnis individuell hingewiesen wird, als Antrag auf Modifikation der Entgeltabsprache auszulegen (für diesen Fall auch OLG Hamm vom 29.05.2009 – (I) 19 U 52/08 - Rn. 38, zitiert nach juris). Auch wenn auf Grund der Unwirksamkeit der vertraglichen Preisänderungsklausel keine automatische Preisanpassung 47

erfolgt, ist das entsprechende Schreiben des Gasversorgers doch als Offerte auf Abänderung der getroffenen Preisabsprache wirksam, da dieser nach den (gemäß § 306 Abs. 2 BGB anwendbaren) allgemeinen Regeln der §§ 145 ff. BGB erst die Annahme seitens des Kunden zur Gültigkeit verhilft.

Einem solchen Antrag des Gasversorgers auf Vereinbarung eines erhöhten Arbeitspreises nimmt auch der Sonderkunde stillschweigend an, wenn er in Kenntnis dieses Ansinnens weiter Gas bezieht und damit die Leistungen seines Vertragspartners in Anspruch nimmt, ohne in angemessener Zeit zum Ausdruck zu bringen, dass er das vom Gasversorger im Gegenzug gewünschte Entgelt nicht entrichten möchte. Einem solchen Verhalten kann entgegen der Bedenken des OLG Hamm (a.a.O. Rn. 37) der objektive Erklärungswert einer konkludenten Zustimmung zur Preisänderung beigemessen werden. Denn das Verhalten des Sonderkunden erschöpft sich nicht in einem schlichten Nichtstun oder in der einmaligen Handlung einer Rechnungsbegleichung, sondern beinhaltet mit der Gasentnahme ein aktives gleichbleibendes Tun über einen längeren Zeitraum, ohne den positiven Aussagegehalt dieser Handlung durch anderweitige Aktionen zu entkräften (so auch OLG Frankfurt vom 13.10.2009 – 11 U 28/09 - Rn. 54, zitiert nach juris). 48

In diesem Zusammenhang hat das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass bei der Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen eines Unternehmens der Daseinsvorsorge grundsätzlich schon die faktische Aneignung der Leistung als sozialtypisches Annahmeverhalten gewertet wird (vgl. dazu Ellenberger in: Palandt, BGB, 69. Auflage, Einf v § 145 Rn. 27). Auf dieses (im früheren § 2 Abs. 2 AVBGasV aufgegriffene) Rechtsverständnis hat ansatzweise auch der Bundesgerichtshof bei der Bewertung des fortdauernden unbeanstandeten Gasbezugs als Akzeptanz der Preiserhöhung zurückgegriffen (vgl. BGH NJW 2007, 2540, 2543 f.). Im Hinblick darauf sowie angesichts dessen, dass es sich bei der Gasversorgung um ein Massengeschäft handelt, sprechen nicht zuletzt auch praktische Aspekte für die Anwendbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur stillschweigenden Preisvereinbarung. Die Rückabwicklung geleisteter Zahlungen in vielen Einzelfällen nach Ablauf einer längeren Zeit zieht bereits als solche einen erheblichen Aufwand nach sich, der zusätzliche Kosten verursacht und sich letztlich in Preiserhöhungen in den folgenden Rechnungsperioden niederschlagen wird (vgl. OLG Frankfurt a.a.O. Rn. 54). 49

Dann aber kann es für die rechtliche Bewertung des Verhaltens des Abnehmers keinen Unterschied machen, ob dieser die Leistungen des Gasversorgers nach dessen unwirksamer Preiserhöhungsmitteilung als Tarifikunde auf der Basis eines vertraglich vorgesehenen, aber im Einzelfall unbillig und damit unverbindlich ausgeübten einseitigen Leistungsbestimmungsrechts oder als Sonderkunde auf der Grundlage eines vertraglich fest vereinbarten, um eine unwirksame Preisanpassungsklausel ergänzten Anfangsentgelts weiter in Anspruch nimmt (so auch OLG Frankfurt a.a.O. Rn. 52 ff.; OLG Koblenz vom 12.02.2009 – U 781/02 Kart - Rn. 60 ff.; OLG Oldenburg vom 05.09.2008 – 12 U 49/07 - Rn. 94; OLG Düsseldorf vom 20.07.2007 – (I) 22 U 46/07 - Rn. 54; jeweils zitiert nach juris). 50

Gegen diese Bewertung spricht nicht, dass der Bundesgerichtshof im Fall einer unwirksamen Preisanpassungsklausel eine ergänzende Vertragsauslegung für unzulässig erachtet. Jene Bewertung beruht darauf, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nur dann in Betracht kommt, wenn die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende, nicht durch dispositives Gesetzesrecht zu füllende Lücke das Vertragsgefüge einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt. Ein solch unzumutbares Ergebnis hält der BGH angesichts der für das Gasversorgungsunternehmen bestehenden Kündigungsmöglichkeiten nicht für gegeben (vgl. BGH vom 13.01.2010 – VIII ZR 81/08 -, s. Pressemitteilung Nr. 8/2010, sowie BGH vom 51

28.10.2009 – VIII ZR 320/07 - Rn. 43 ff., zitiert nach juris). Die Einschätzung, dass das Verhalten eines Kunden, der in Kenntnis einer über einen gewissen Zeitraum beanstandungslos hingenommenen Preisanpassung des Gasversorgers weiter Erdgas bezieht, aus Sicht des Letzteren als Zustimmung zu werten ist und deshalb auf der Grundlage der tatsächlichen Gegebenheiten eine Absprache über die modifizierten Arbeitspreise zu Stande kommt, wird davon nicht berührt.

Die Beklagte hat gegenüber der Klägerin nicht auf das Erfordernis eines Widerspruchs gegen die mitgeteilten Preisanpassungen verzichtet. Soweit sie ihr mit Schreiben vom 14.03.2006 zugesichert hat, im Fall einer höchstrichterlichen Entscheidung zur (Un-)Billigkeit von Gaspreiserhöhungen alle ihre Gaskunden gleich zu behandeln, beinhaltet diese Erklärung aus Sicht der Klägerin keine verbindliche Zusage, auf jeden Fall nach einem entsprechenden Urteil gegebenenfalls überhöhte Zahlungen zu erstatten. Vielmehr hat die Beklagte der Klägerin unbeschadet der mit Schreiben vom 16.02.2006 geäußerten Bedenken nahe gelegt, die veranschlagten erhöhten Abschlagszahlungen sowie eine etwaige Nachzahlung auf die an Hand der erhöhten Gaspreise zu erstellende Jahresrechnung unter Vorbehalt zu leisten. Für diesen Fall hat sie ihr bei einer höchstrichterlichen Entscheidung zum Nachteil der Gasversorger die Erstattung überhöhter Zahlungen versprochen. Die Klägerin hat das Schreiben der Beklagten vom 14.03.2006 auch nicht als Verzicht auf das Erfordernis eines Widerspruchs aufgefasst. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie in der Folgezeit nicht etwa sämtliche Überweisungen einschränkungslos vorgenommen hat. Vielmehr hat sie ihre Zahlungen jedenfalls hinsichtlich des Solls aus der Jahresabrechnung vom 02.06.2006 sowie der Abschlagszahlungen für Juni, Juli, September und Oktober 2006 unter einen Vorbehalt gestellt. Folgerichtig hat die Klägerin dem Schreiben der Beklagten vom 14.03.2006 auch im vorliegenden Rechtsstreit nicht den Bedeutungsgehalt einer Zusicherung, auf Grund von nachträglichen Preiserhöhungen vereinnahmte Gasentgelte bei Unwirksamkeit der einseitigen Anpassung auch ohne Widerspruch der Klägerin zu erstatten, zugemessen. 52

Soweit die Beklagte der Klägerin Preisanpassungen für die Zeit ab Januar 2006 angetragen hat, hat die Klägerin lediglich die ersten beiden Preiserhöhungen in angemessener Zeit beanstandet. Insoweit stellten schon die jeweiligen schriftlichen Hinweise der Beklagten auf anstehende Preisanpassungen ein Angebot auf Abschluss einer modifizierten Preisvereinbarung dar. Diese offenbarten für die Klägerin erkennbar die Absicht der Beklagten, den Arbeitspreis ab einem mitgeteilten Datum abzuändern. Der Bundesgerichtshof und verschiedene Obergerichte haben insoweit zwar auf die unbeanstandete Hinnahme der Jahresabrechnung des Gasversorgers abgestellt (vgl. BGH NJW 2009, 502, 503; 2007, 2540, 2543 f.; OLG Frankfurt a.a.O. Rn. 54; OLG Koblenz a.a.O. Rn. 61 f.; OLG Oldenburg a.a.O. Rn. 95; OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 54). Diesem Ansatz lag aber zu Grunde, dass angesichts der ausschließlich öffentlichen Bekanntmachungen der Preiserhöhungen eine frühere Kenntnis des Kunden von den Anpassungen nicht konkret ersichtlich war (vgl. OLG Frankfurt a.a.O. Rn. 54). Demgegenüber konnte die Klägerin vorliegend bereits aus den ihr übersandten Preisänderungsmitteilungen den Wunsch der Beklagten ersehen, den Arbeitspreis in Zukunft zu modifizieren (so auch LG Dresden vom 11.09.2008 – 6 O 1981/07 – Rn. 25 f.; tendenziell auch LG Köln vom 29.04.2009 – 84 O 156/06 - Rn. 38 und vom 01.04.2009 – 90 O 90/08 - Rn. 33; jeweils zitiert nach juris, sowie das angefochtene Urteil). 53

In angemessener Zeit danach hat die Klägerin nach dem unstreitigen und deshalb jedenfalls zu berücksichtigenden (vgl. BGH NJW 2005, 291, 292 f.) Parteivorbringen im Berufungsverfahren nur den angekündigten Preisanpassungen zum 01.01.2006 und zum 01.10.2006 widersprochen. 54

Von der beabsichtigten Preiserhöhung zum 01.01.2006 ist die Klägerin mit Schreiben der Beklagten vom 30.12.2005 in Kenntnis gesetzt worden. Ungeachtet dessen hat sie ihre monatlichen Abschlagszahlungen bis März 2006 nicht entsprechend angehoben, sondern diese weiterhin auf der Basis des bis zum 30.09.2005 geltenden Arbeitspreises vorgenommen. Zudem hat sie mit Schreiben vom 16.02.2006 der Preisanhebung zu Januar 2006 widersprochen. Hierdurch hat sie zeitnah und für die Beklagte erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass sie trotz des weiteren Gasbezugs mit dem von der Beklagten ab Januar 2006 verlangten Arbeitspreis von 4,57 Ct/kWh nicht einverstanden sei. 55

Unerheblich ist insoweit, dass sich die Einwände der Klägerin nicht auf die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel, sondern auf die Unbilligkeit der Preiserhöhung bezogen. Unbeschadet der für den Widerspruch herangezogenen Begründung hat die Klägerin durch die Fortzahlung des auf dem früheren niedrigeren Arbeitspreis kalkulierten Abschlags und die schriftliche Beanstandung des zum 01.01.2006 veranschlagten höheren Arbeitspreises zum Ausdruck gebracht, dass sie sich - gleich aus welchem Grund - gegen eine Tarifierhebung wende. 56

Auch wenn die Klägerin ihre Abschlagszahlungen im Anschluss an das Schreiben der Beklagten vom 14.03.2006 entsprechend dem Verlangen der Beklagten erhöht hat, machte dies ihren einmal geäußerten Widerspruch gegen die zum 01.01.2006 erfolgte Preisanhebung aus Sicht der Beklagten nicht hinfällig. Dass die Klägerin ihre Einstellung zu dem ihrer Ansicht nach unangemessen hohen Arbeitspreis zwischenzeitlich geändert hatte, konnte die Beklagte daraus nicht zwingend ableiten. Zudem hat die Klägerin die folgenden Abschlagszahlungen jedenfalls teilweise unter Vorbehalt entrichtet und damit – entsprechend dem schriftlichen Vorschlag der Beklagten vom 14.03.2006 – die Vorläufigkeit ihrer Zahlungen im Hinblick auf den erhobenen Widerspruch weiter verdeutlicht. 57

Ebenso wenig hat die Klägerin ihren Widerspruch gegen die Preiserhöhung zum 01. 01.2006 konkludent dadurch aufgegeben, dass sie die – jeweils für einen Teilzeitraum auf dem zum 01.01.2006 angehobenen Arbeitspreis basierenden - Jahresabrechnungen vom 02.06.2006 und 01.06.2007 ohne ausdrückliche Beanstandung hingenommen hat. Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die Begleichung einer Rechnung nach Erhebung eines Widerspruchs als nachträgliches Einverständnis mit einer Preiserhöhung gewertet werden kann (verneinend OLG Oldenburg a.a.O. Rn. 95; OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 56). Jedenfalls hat die Klägerin den laut Abrechnung vom 02.06.2006 offen stehenden Betrag ebenfalls nur unter Vorbehalt überwiesen. Die Jahresabrechnung vom 01.06.2007 wies demgegenüber ein Guthaben zu Gunsten der Klägerin aus. Dass die Klägerin daraufhin keine weitere Nachforderung erhoben hat, sondern insoweit untätig geblieben ist, kann nicht ohne Weiteres als Verzicht auf den einmal erklärten Widerspruch ausgelegt werden (vgl. BGH NJW 2008, 283, 284 zur Hinnahme von – teilweise mit einem Guthaben endenden - Betriebskostenabrechnungen). Soweit die Rechtsprechung die beanstandungslose Hinnahme von Jahresabrechnungen als stillschweigendes Einverständnis mit den darin eingestellten modifizierten Arbeitspreisen gewertet hat, lagen dem regelmäßig Rechnungen zu Grunde, die auf Grund von Preiserhöhungen ein vom Kunden nachzuzahlendes Soll auswiesen. Abgesehen davon können die Kriterien für ein erstmaliges stillschweigendes Einverständnis mit einer Preiserhöhung nicht ohne Weiteres mit denjenigen für einen konkludenten Verzicht auf einen bereits erhobenen Widerspruch gleich gesetzt werden. 58

Auch der weiteren Erhöhung des Arbeitspreises zum 01.10.2006 hat die Klägerin in angemessener Zeit widersprochen. Wann die Beklagte die entsprechende Ankündigung übersandt hat, hat diese weder vorgetragen, noch hat sie das zugehörige Schreiben 59

vorgelegt. Selbst wenn man nach der Erläuterung der Beklagten in der Berufungsverhandlung und den Vorgaben des § 5 Abs. 2 GasGVV von einem Vorlauf von etwa sechs Wochen ausgeht, hat die Klägerin zeitnah kenntlich gemacht, dass sie mit der weiteren Preisanhebung zum 01.10.2006 nicht einverstanden ist. So hat sie schon die erste erhöhte Abschlagszahlung für Oktober 2006 am 26.10.2006 unter Vorbehalt geleistet. Damit hat sie für die Beklagte ersichtlich und zeitnah zum Ausdruck gebracht, dass sie die weitere Preisanhebung nicht für verbindlich erachte und deshalb nur vorläufig erbringe. Jener konkludente Widerspruch ist rechtzeitig erfolgt. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte mit Schreiben vom 14.03.2006 der Klägerin selbst angeraten hatte, zur Verdeutlichung relevanter Einwände gegen Gaspreiserhöhungen Zahlungen unter Vorbehalt zu leisten.

Dass die Klägerin eine solche Beanstandung nicht auch in ihre nachfolgenden, im November und Dezember 2006 geleisteten Abschlagszahlungen aufgenommen hat, machte ihren Widerspruch nicht gegenstandslos. Mangels Anhaltspunkten dafür, dass die Klägerin ihre ablehnende Haltung zu dem abermals angehobenen Arbeitspreis geändert hatte, entfaltete ihr im Oktober 2006 erhobener Widerspruch Fortwirkung für die gesamte Zeit bis Ende Dezember 2006, in der die Beklagte einen Arbeitspreis von 4,80 Ct/kWh veranschlagt hat. Auch soweit dieser Zeitraum in die Jahresabrechnung vom 01.06.2007 Eingang gefunden hat, beinhaltet die beanstandungslose Hinnahme der – ein Guthaben der Klägerin ausweisenden - Rechnung seitens der Klägerin, wie ausgeführt, keinen nachträglichen Verzicht auf den erhobenen Widerspruch. 60

Die Beklagte konnte auch nicht davon ausgehen, dass die Klägerin im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 – (NJW 2007, 2540) zur Billigkeitskontrolle von Gaspreiserhöhungen und an das Schreiben der Beklagten vom 20.07.2007 nicht mehr an ihren Widersprüchen gegen die Preiserhöhungen zum 01.01.2006 und zum 01.10.2006 festhalten werde. Allerdings hat die Beklagte in ihrem Schreiben vom 20.07.2007 darauf hingewiesen, dass sie ihre Preiserhöhungen durch die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt sehe und in Anbetracht dessen den auf die Unbilligkeit der Preiserhöhung gestützten Widerspruch als gegenstandslos betrachte. In der fraglichen Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof die Billigkeitskontrolle indes an den im konkreten Fall unstreitig gestiegenen Bezugskosten des dortigen Gasversorgers einerseits und dem ebenfalls unstreitigen mangelnden Ausgleich durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen orientiert (BGH NJW 2007, 2540, 2542 (Rn. 21, 26)). Auf Grund dessen durfte die Beklagte nicht ohne Weiteres annehmen, dass die Klägerin allein auf Grund der quartalsweisen Auflistung von Bezugspreisänderungen ihren Widerspruch aufgeben würde. Dann aber kann der mangelnden Reaktion der Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 20.07.2007 - als schlichtem Schweigen - nicht die Bedeutung der Abstandnahme von den erklärten Widersprüchen beigemessen werden. Einen solchen Erklärungswert konnte die Beklagte folglich auch nicht, wie im Schreiben vom 20.07.2007 geschehen, einseitig vorgeben. 61

Hinsichtlich der Preisanpassungen ab dem 01.01.2007 hat die Klägerin den entsprechenden Mitteilungen der Beklagten demgegenüber nicht in angemessener Zeit widersprochen. Ihr Schreiben vom 16.02.2006 bezog sich nach dem Vorbringen der Beklagten allein und konkret auf die Preiserhöhung zum 01.01.2006. Dabei ist mangels Vorlage jenes Schreibens und/oder Mitteilung der konkreten Begründung für den Widerspruch nicht gesichert, dass die Klägerin in ihrem Schreiben vom 16.02.2006 die Berechtigung der Beklagten zur Geltendmachung von Arbeitspreisen über 4,20 Ct/kWh generell in Zweifel gezogen hat. Soweit die Klägerin in zweiter Instanz erstmals behauptet, ihr Schreiben vom 16.02.2006 62

habe sich ausdrücklich auf sämtliche künftigen Preisanpassungen erstreckt, ist ihr Vorbringen gemäß den § 529 Abs. 1 Nr. 2, § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert.

In erster Instanz ist die Klägerin dem Vorbringen der Beklagten, dass sie den Preisanpassungen erstmals mit Schreiben vom 15.04.2009 widersprochen habe, nicht entgegen getreten. Folglich handelt es sich bei den davon abweichenden Behauptungen der Klägerin im Berufungsverfahren um neue Angriffsmittel im Sinne des § 531 Abs. 2 ZPO. 63

Dass die Klägerin derartige Behauptungen nicht schon in erster Instanz aufgestellt hat, beruht nicht auf einem Verfahrensfehler des Landgerichts (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO). 64

Das Landgericht war schon nicht gehalten, die Klägerin vor der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2009 darauf hinzuweisen, dass bei mangelndem Widerspruch gegen die Preisanpassungen von einer konkludenten diesbezüglichen Vereinbarung auszugehen sei. Ein gerichtlicher Hinweis ist entbehrlich, wenn die Partei von der Gegenseite die gebotene Unterrichtung erhalten hat (vgl. BGH NJW-RR 2008, 581, 582; Greger in: Zöller, ZPO, 28. Auflage, § 139 Rn. 6a). Die Beklagte hatte sich bereits in der Klageerwidern auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu konkludenten Preisvereinbarungen bei unbilligen Preisanpassungen des Gasversorgers berufen und ergänzend angeführt, durch den unbeanstandeten Weiterbezug von Gas im Anschluss an die jeweiligen Preisanpassungsmittelungen und entsprechenden Abrechnungen hätten sich die Parteien stillschweigend auf die zu Grunde liegenden Arbeitspreise verständigt. Zum Beleg ihrer Ansicht hatte die Beklagte unter anderem auf das Urteil des LG Köln vom 01.04.2009 – 90 O 90/08 – verwiesen. Demnach war für die Klägerin offenkundig, dass die angerufene 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln eine entsprechende Rechtsauffassung vertrat. Dann aber war sie schon durch die Klageerwidern auch ohne einen entsprechenden Hinweis der zur Entscheidung berufenen 10. Kammer für Handelssachen über deren Rechtsansicht ausreichend informiert. 65

Im Übrigen hat das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 26.08.2009 den Hinweis erteilt, dass es einen Widerspruch der Klägerin gegen die Preisanpassungen der Beklagten für erforderlich halte. In das Sitzungsprotokoll ist dieser Hinweis zwar nicht konkret aufgenommen, sondern nur die Erörterung der Sach- und Rechtslage vermerkt worden. Nach dem übereinstimmenden schriftsätzlichen Vortrag der Parteien hat das Landgericht in der mündlichen Verhandlung aber mündlich darauf hingewiesen, dass es nach seiner Rechtsansicht maßgeblich auf einen Widerspruch der Klägerin gegen die Gaspreismodifikationen ankomme. Dann aber ist die Erteilung eines Hinweises auch im Hinblick auf das Dokumentationserfordernis des § 139 Abs. 4 S. 1 ZPO hinreichend belegt (vgl. BGH FamRZ 2005, 1555, 1556; Greger a.a.O. § 139 Rn. 13). 66

Erteilt das Gericht einen Hinweis erst in der mündlichen Verhandlung, muss es der betroffenen Partei allerdings genügend Gelegenheit zur Reaktion hierauf geben. Kann das Gericht eine sofortige Äußerung nach den konkreten Umständen und den Anforderungen des § 282 Abs. 1 ZPO nicht erwarten, so darf es die mündliche Verhandlung nicht ohne Weiteres schließen, sondern muss diese gegebenenfalls vertagen (vgl. BGH NJW-RR 2007, 412, 412 f.). Die Beklagte hat indessen unwidersprochen vorgetragen, auch nach einer etwa zehnminütigen Sitzungsunterbrechung hätten sich weder der anwesende Geschäftsführer noch die Prozessbevollmächtigte der Klägerin auf eine Beanstandung der jeweiligen Preisanpassungen berufen. Ebenso wenig ist im Hinblick auf den gerichtlichen Hinweis die Einräumung einer Schriftsatzfrist zum ergänzenden Tatsachenvortrag gemäß § 139 Abs. 5 ZPO beantragt worden. Dann aber konnte das Landgericht mangels anderweitiger Anhaltspunkte davon ausgehen, dass die Klägerin den streitgegenständlichen 67

Preisanpassungen vor ihrem Schreiben vom 15.04.2009 nicht widersprochen hatte.

Eine Zulassung der neuen Behauptung der Klägerin, sie habe mit Schreiben vom 16.02.2006 sämtlichen künftigen Preiserhöhungen widersprochen, kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt in Betracht, dass dessen mangelnde Geltendmachung im ersten Rechtszug nicht auf Nachlässigkeit beruhte (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO). Für die Klägerin war auf Grund des Vorbringens der Beklagten in der Klageerwiderung ohne Weiteres erkennbar, dass die Beklagte – wie auch die 10. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln und das von der Klägerin selbst angeführte OLG Koblenz – die Ansicht vertrat, die Klägerin hätte der Preiserhöhung, um sie nicht verbindlich werden zu lassen, in angemessener Zeit widersprechen müssen. Dann aber gebot es die allgemeine Prozessförderungspflicht der Klägerin, auf einen rechtzeitigen Widerspruch hindeutende Sachverhaltsumstände schon vor der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung, jedenfalls aber in einem auf Antrag nachzulassenden Schriftsatz darzulegen. 68

Dass die Klägerin mit Schreiben vom 16.02.2006 generell Widerspruch gegen die Anhebung des Arbeitspreises auf einen Betrag über 4,20 Ct/kWh und damit auch gegen die Preismodifikationen ab dem 01.01.2007 erhoben hat, lässt sich der nachfolgenden Stellungnahme der Beklagten vom 14.03.2006 nicht hinreichend entnehmen. Auch wenn jenes Schreiben als Betreff "Gaspreiserhöhungen" anführt, belegt dies ebenso wenig wie die Erläuterungen der Beklagten zur Billigkeit des Gaspreises zwingend, dass sich das Schreiben der Klägerin vom 16.02.2006 ausdrücklich auch auf künftige Anpassungen bezogen hat. Ebenso wenig lassen die im Schreiben der Beklagten vom 14.03.2006 enthaltenen Erläuterungen zur Billigkeit des veranschlagten Gaspreises ohne Weiteres darauf schließen, dass sich der schriftliche Widerspruch der Klägerin vom 16.02.2006 – sei es explizit, sei es konkludent wegen der darin enthaltenen Begründung - auf alle künftigen Gaspreisanpassungen bezogen hat. Insbesondere erschließt sich daraus nicht ohne Weiteres, dass die Klägerin jegliche Preisanpassung – unabhängig von deren Höhe, Zeitpunkt und/oder Anlass - für unzulässig erachtet hat. Diese Unsicherheit geht zu Lasten der Klägerin, die für das Fehlen eines Rechtsgrunds für die geleisteten Zahlungen darlegungs- und beweispflichtig ist. 69

Einen Widerspruch gegen die ab dem 01.01.2007 erfolgten Preisanpassungen hat die Klägerin auch nicht anderweitig zu erkennen gegeben. Die Klägerin hat im Berufungsverfahren zwar vorgetragen, sie habe auf den Überweisungsträgern einen Vorbehalt zu den monatlichen Abschlagszahlungen und/oder zu der Nachzahlung auf die Jahresabrechnung vom 02.06.2008 vermerkt. Jenen Sachvortrag hat die Beklagte, soweit Abschlagszahlungen und Zahlungen auf Abrechnungen für die Zeit ab dem Jahr 2007 betroffen sind, aber durchweg bestritten. Auch insoweit kann die Klägerin deshalb nach den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO mit ihren neuen Behauptungen im Berufungsverfahren nicht mehr gehört werden. 70

Dem Schreiben der Beklagten vom 20.07.2007 lässt sich ebenfalls nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen, dass die Klägerin sämtliche bis dahin stattgefundene Preisanpassungen – sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend durch Zahlungen unter Vorbehalt – beanstandet hat. In diesem Schreiben findet sich zwar eingangs der Hinweis, dass den letzten Gaspreiserhöhungen widersprochen und die Rechnungen beziehungsweise Teilbeträge unter Vorbehalt oder nur gekürzt gezahlt worden seien. Gerade letztere Wendung lässt indes darauf schließen, dass es sich, wie von der Beklagten behauptet, um ein - inhaltlich in einer Vielzahl von Fällen verwendetes und nicht auf den Einzelfall angepasstes - Formularschreiben handelte. So behauptet auch die Klägerin nicht, dass sie vorangegangene 71

Jahresabrechnungen der Beklagten nur gekürzt beglichen habe. Dementsprechend hat die Beklagte am Ende ihres Schreibens vom 20.07.2007 auch nur generell um den Ausgleich "evtl." gekürzter Beträge gebeten, was zusätzlich die mangelnde Individualität des Schreibens belegt.

Eine konkludente Ablehnung weiterer Preisanpassungen ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin bereits den vorangegangenen Preiserhöhungen zum 01.01. 2006 und zum 01.10.2006 widersprochen hatte. Jene Beanstandungen bezogen sich jeweils auf die konkreten Arbeitspreise von 4,57 Ct/kWh und 4,80 Ct/kWh, ohne dass sich die Klägerin dafür für die Beklagte ersichtlich auf generelle Gründe - unabhängig von der Höhe des jeweiligen Arbeitspreises, dem Umfang, Zeitpunkt, Anlass und/ oder der (mangelnden) Begründung der Preisänderung - gestützt hat. Dann aber kann unbeschadet dessen, dass die von der Beklagten nachfolgend verlangten Arbeitspreise (bis auf das von April bis September 2007 angesetzte Entgelt von 4,23 Ct/ kWh) über dem zuvor beanstandeten Preis von 4,57 Ct/kWh lagen, nicht von einem Widerspruch der Klägerin gegen die Preisanhebungen ausgegangen werden. 72

Allerdings hat die Klägerin von der Beklagten mit Schreiben vom 15.04.2009 die Rückzahlung zwischen Januar 2006 und März 2009 auf Grund von überhöhten Gaspreisen angeblich zu viel gezahlten Entgelts verlangt und damit den in dieser Zeit erfolgten Preisanpassungen nachträglich widersprochen. Die letzte Preismodifikation zum 01.01.2009 – die im Übrigen eine Senkung des von der Beklagten bis Ende 2008 veranschlagten Arbeitspreises beinhaltete - lag zu dieser Zeit indessen bereits dreieinhalb Monate zurück und war der Klägerin überdies schon etwa fünf Monate vorher mit Schreiben vom 14.11.2008 angekündigt worden. Unter diesen Umständen stellt sich der Widerspruch der Klägerin als nicht mehr in angemessener Zeit erhoben und damit als verspätet dar. Die Beklagte durfte im April 2009 angesichts dessen, dass die von der Arbeitspreiserhöhung zu Januar 2009 frühzeitig in Kenntnis gesetzte Klägerin bereits Monate lang Gas ohne Beanstandung des verlangten Entgelts bezogen hatte, davon ausgehen, dass diese mit der erfolgten Anpassung des Gaspreises einverstanden war. Für eine solche Sichtweise sprach um so mehr, als die Klägerin in der Vergangenheit erhöhten Preisen jeweils zeitnah nach dem vorgesehenen Gültigkeitsbeginn widersprochen hatte. 73

Hat die Klägerin demnach allein den von der Beklagten für das Jahr 2006 veranschlagten erhöhten Preisen rechtzeitig widersprochen, so kam ihrem fortdauernden Gasbezug ab Januar 2007 der Erklärungsgehalt einer konkludenten Einwilligung in die Preismodifikationen zu. Die Beklagte ist zur Rückgewähr der von der Klägerin geleisteten Zahlungen deshalb lediglich verpflichtet, soweit diese in der Zeit zwischen dem 01.01.2006 und dem 31.12.2006 über einem Arbeitspreis von 4,20 Ct/ kWh gelegen haben. Jener Anteil beläuft sich nach der insoweit unbeanstandeten Berechnung der Klägerin auf 916,19 EUR netto, mithin (bei einem damaligen Mehrwertsteuersatz von 16 %) auf 1.062,78 EUR brutto. Dass die Klägerin vorsteuerabzugsberechtigt ist, mindert ihren Erstattungsanspruch nicht, da sie der Beklagten Bruttobeträge hat zukommen lassen und letztere daher in entsprechendem Umfang bereichert worden ist. 74

Der Erstattungsanspruch der Klägerin ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagten im Hinblick auf die mit der Belieferung der Klägerin einher gehenden Unkosten im Jahr 2006 gegebenenfalls kein Reingewinn verblieben ist. Die Beklagte kann sich nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf eine Entreicherung unter Hinweis darauf berufen, dass sie im Zusammenhang mit der Belieferung der Klägerin mit Erdgas erhöhte Aufwendungen getätigt habe. 75

Allerdings kann sich die Bereicherung grundsätzlich mindern, wenn und soweit der gutgläubig Bereicherte im Vertrauen auf die Beständigkeit des Erwerbs Aufwendungen getätigt oder in seinem Vermögen sonstige Nachteile erlitten hat, die mit dem Bereicherungsvorgang in adäquatem Zusammenhang stehen, so dass die spätere Rückgewähr dazu führen würde, dass eine Minderung über den Betrag der wirklichen (bestehen gebliebenen) Bereicherung hinaus einträte (vgl. BGH NJW 1996, 3409, 3412; Lorenz in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2007, § 818 Rn. 38; Sprau in: Palandt a.a.O. § 818 Rn. 30, 40). Die Bezugskosten der Beklagten haben sich indessen schon gesteigert, bevor diese die Arbeitspreise gegenüber der Klägerin angepasst und diese ein erhöhtes Entgelt für die Gasentnahme entrichtet hat. In einem solchen Fall fehlt es regelmäßig an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem Empfang der rechtsgrundlosen Leistung auf Seiten des Gasversorgers und dem – schon vorangegangenen - Vermögensverlust bei dem Gaskunden (vgl. OLG Hamm a.a.O. Rn. 80). 76

Die Beklagte vermag sich auch nicht darauf zu berufen, sie habe im Vertrauen auf die (von den Instanzgerichten zunächst angenommene) Rechtsbeständigkeit selbst unter Widerspruch geleisteter Zahlungen von der Möglichkeit zur vorzeitigen Beendigung des Sondervertrags mit der Klägerin abgesehen. Insofern erscheint bereits ein schutzwürdiges Vertrauen der Beklagten zweifelhaft. Der zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – (NJW 2009, 578) führende Rechtsstreit um die Unwirksamkeit der auch von der Beklagten verwendeten Preisänderungsklausel hatte schon im Jahr 2006 begonnen. Aus dem Umstand, dass das Amtsgericht Euskirchen und das Landgericht Bonn mit Urteilen vom 05.08.2005 – 17 C 260/05 – (BeckRS 2006, 1251) und vom 07.09.2006 – 8 S 146/05 – (BeckRS 2006, 10998) die Klausel zunächst für wirksam erachtet hatten, konnte die Beklagte, auch in Anbetracht der jeweils eingelegten Rechtsmittel, nicht ohne Weiteres auf die Rechtsbeständigkeit der von ihr verwendeten Klausel schließen. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass eine solche Vorstellung die Beklagte dazu veranlasst hat, von der Kündigung des Sondervertrags mit der Klägerin abzusehen. Dagegen spricht, dass die Beklagte den mit der Klägerin eingegangenen Sondervertrag offenkundig auch im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – (NJW 2009, 578) nicht umgehend gekündigt hat. Schließlich lässt sich in Folge der weiteren Durchführung des Gaslieferungsvertrags mit der Klägerin auch keine adäquat-kausale Vermögensminderung der Beklagten feststellen. Diese hätte im Fall einer Vertragskündigung erst recht Vermögenseinbußen dergestalt erlitten, dass sie aus dem Vertrag mit der Klägerin keine Gewinne mehr (wie jedenfalls in den Jahren 2007 und 2008) erzielt hätte. Dass sich die Durchführung des Vertrags mit der Klägerin ab dem Jahr 2006 insgesamt als Verlustgeschäft darstellte, hat auch die Beklagte nicht behauptet. 77

Unabhängig davon ist es der Beklagten aus Rechtsgründen verwehrt, dem Bereicherungsanspruch der Klägerin gestiegene Material- und Vertriebsaufwendungen entgegen zu halten. Inwieweit der Bereicherungsschuldner Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erlangung des Bereicherungsgegenstands mindernd geltend machen kann, hängt maßgeblich davon ab, wer nach den Vorschriften des fehlgeschlagenen Geschäfts oder nach dem Willen der Vertragschließenden das Entreicherungsrisiko zu tragen hat (vgl. BGH NJW 1998, 2529, 2530; 1992, 1037, 1038). Der Bundesgerichtshof hält den Gasversorger im Fall einer unwirksamen Preisanpassungsklausel aber selbst bei gestiegenen Gasbezugskosten oder sonstigen mit der Vertragsabwicklung einher gehenden Aufwendungen generell an die ursprünglichen Preise gebunden, falls dieser sich nach der Mindestvertragslaufzeit innerhalb von zwölf Monaten vom Gasversorgungsvertrag lösen kann (vgl. BGH vom 28.10.2009 – VIII ZR 320/07 - Rn. 45, zitiert nach juris; NJW 2009, 2662, 2667). Dieses Ergebnis würde konterkariert, wenn der Gasversorger dem Verlangen seines 78

Kunden, ihm auf Grund der unwirksamen Klausel überhöhte Entgeltzahlungen für einen einjährigen Zeitraum zu erstatten, die gestiegenen Aufwendungen – die ihn zur Anhebung des Gaspreises gegenüber seinen Kunden veranlasst haben – auf diesem Wege doch wieder entgegen halten könnte. Dann aber können die erhöhten Aufwendungen der Beklagten, die in Anbetracht der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in ihren alleinigen Risikobereich fallen, nicht zu einer Verringerung des der Klägerin deshalb zu erstattenden Betrags führen.

Die Klägerin hat ihren Anspruch auf Rückzahlung der im Jahr 2006 gezahlten, in Höhe eines Betrags von 1.062,78 EUR überhöhten Arbeitspreise nicht gemäß § 242 BGB verwirkt. 79

Es erscheint bereits fraglich, ob die Klägerin mit der Geltendmachung ihres Rückzahlungsanspruchs ungebührlich lange zugewartet hat. Diese hat ihren Widerspruch gegen die Preisanhebung vom 16.02.2006 auf eine angebliche Unbilligkeit gestützt. Zu diesem Aspekt ist am 13.06.2007 das Weg weisende Urteil des Bundesgerichtshofs - VIII ZR 36/06 – (NJW 2007, 2540) ergangen, auf das die Beklagte sodann mit Schreiben vom 20.07.2007 hingewiesen und ihr Vorgehen danach als nicht beanstandenswert eingestuft hat. In der Folgezeit hat die Klägerin etwa vier Monate, nachdem der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – (NJW 2009, 578) eine nahezu gleich lautende Preisanpassungsklausel als unwirksam bewertet hat, mit Schreiben vom 15.04.2009 die Erstattung angeblich überhöhter Zahlungen unter anderem im Jahr 2006 unter Verweis auf die Unwirksamkeit von § 2 Nr. 2 des Gaslieferungsvertrags verlangt. Die vormals erhobenen Widersprüche hat sie dabei mit der Berufungsbegründungsschrift vom 28.10.2009 und damit etwa 2 ¼ Jahre, nachdem eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der (sie damals zum Widerspruch veranlassenden) Unbilligkeit von Gaspreiserhöhungen ergangen ist, sowie etwa 10 ½ Monate nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit einer § 2 Nr. 2 vergleichbaren Preisanpassungsklausel herangezogen. Ob ein solcher Zeitraum im Hinblick auf die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist für die Annahme einer Verwirkung ausreicht, erscheint zweifelhaft (ablehnend OLG Koblenz a.a.O. Rn. 51). 80

Doch selbst wenn man von einem schutzwürdigen Vertrauen der Beklagten, dass die Klägerin aus ihren im Jahr 2006 erhobenen Widersprüchen keine Rechte mehr herleiten werde, ausgeht, erscheint die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs nicht als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte. Erhebliche Vermögensdispositionen der Beklagten im Vertrauen darauf, dass die Klägerin für das Jahr 2006 keine Entgeltrückzahlung mehr verlangen werde, sind nicht ersichtlich. Auch wenn die Beklagte insoweit keine Rückstellungen gebildet hat, wird sie durch die Erstattung eines überschaubaren Betrags von 1.062,78 EUR in ihrer finanziellen Dispositionsfreiheit nicht eingeschränkt. 81

Der der Klägerin demnach zu erstattende Betrag von 1.062,78 EUR ist gemäß den § 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 S. 1 BGB mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.05.2009 zu verzinsen. Mit dem Ausgleich dieser Geldsumme ist die Beklagte auf Grund des Rückzahlungsverlangens der Klägerin vom 15.04.2009 mit Ablauf des 04.05.2009 in Verzug geraten. Da der letzte Tag der von der Klägerin gesetzten Rückzahlungsfrist der 01.05.2009 und damit ein Feiertag war sowie der 02.05.2009 ein Sonnabend und der 03.05.2009 ein Sonntag waren, endete die Frist gemäß §§ 187, 193 BGB erst mit Ablauf des 04.05.2009. Einen Verzugseintritt vor Ablauf der gesetzten Frist hat die Klägerin nicht dargetan. Dass es sich bei dem eine Rückzahlung ablehnenden Schreiben der Beklagten vom 18.04.2009 um eine endgültige Erfüllungsverweigerung im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB gehandelt hat, ist nicht ersichtlich. Da es sich beim dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nicht um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB 82

handelt (vgl. Heinrichs in: Palandt a.a.O. § 286 Rn. 27), beläuft sich der gesetzliche Verzugszinssatz gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB nicht auf acht, sondern auf fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingegangenen Schriftsätze der Klägerin vom 03.02.2010 und der Beklagten vom 05.02.2010 haben zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung keinen Anlass gegeben. 83

Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 03.02.2010 einen Zeitungsbericht vom 09.11. 2005 in der Oberbergischen Volkszeitung – und nicht, wie im Schriftsatz angegeben, ein Zeitungsinsert - vorgelegt hat, nach dem der damalige Geschäftsführer T der Beklagten deutlich gemacht habe, dass "die Kunden, die keine Rechtsmittel gegen die Preiserhöhungen einlegen, keinen Rechtsanspruch verlieren", begründet dies keinen Wiedereröffnungsgrund im Sinne der §§ 525 S. 1, 156 Abs. 2 Nr. 2, 580 Nr. 7 b) ZPO. Es kann dahinstehen, ob sich die Berufung der Beklagten auf einen mangelnden Widerspruch der Klägerin, auch wenn im Zeitungsartikel eine Äußerung des Geschäftsführers gegenüber einem Journalisten wiedergegeben und die Klägerin durch jene Verlautbarung, nach eigenem Vorbringen mangels Kenntnis hiervon, nicht von einem Widerspruch abgehalten worden ist, als rechtsmissbräuchlich darstellt. Jedenfalls hat die Klägerin weder substantiiert dargelegt noch, wie nach § 156 Abs. 2 Nr. 2 ZPO geboten, glaubhaft gemacht, dass sie an der Vorlage des Zeitungsartikels erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung kein Verschulden trifft (§ 582 ZPO). Dass weder sie noch ihre Prozessbevollmächtigte (deren Verhalten sich die Klägerin nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss, vgl. OLG Köln NJW-RR 1999, 363; Musielak, ZPO, 7. Auflage, § 580 Rn. 22) schuldlos über die Existenz des Zeitungsartikels in Unkenntnis geblieben sind, lässt sich dem Verweis der Klägerin auf eine externe Quelle nicht entnehmen. 84

Von der Möglichkeit einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach den §§ 525 S. 1, 156 Abs. 1 ZPO hat der Senat ebenfalls keinen Gebrauch gemacht. Dabei hat er berücksichtigt, dass die Klägerin in erster und zweiter Instanz ausreichend Gelegenheit hatte, zu dem Erfordernis und/oder der Entbehrlichkeit eines Widerspruchs vorzutragen. Dass diese zu einer früheren Vorlage des Zeitungsberichts schuldlos außer Stande war, ist mangels näherer Darlegungen der zum Besitz des Artikels führenden Umstände nicht ersichtlich. Auch im Hinblick auf die Präklusionsvorschriften der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2, 530, 525 S. 1, 296 ZPO war eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung deshalb nicht angezeigt. 85

Der Schriftsatz der Beklagten vom 05.02.2010 enthält im Wesentlichen rechtliche Erörterungen zur Frage der Entreicherung, welche an die Ausführungen ihres Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung anknüpfen und nicht zu einer Einschätzung des Senats abweichend von der im Termin geäußerten Rechtsansicht geführt haben. 86

III. 87

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1 ZPO. Unbeschadet des Teilerfolgs ihres Rechtsmittels hat die Klägerin die Kosten der Berufung in vollem Umfang zu tragen, da ihr Teilobsiegen auf neuem Sachvortrag zum Widerspruch gegen die Preiserhöhungen der Beklagten beruht, den sie bereits in erster Instanz vorzutragen im Stande war. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO. 88

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision sind nicht erfüllt. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung weder von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs ab noch hat die Sache über die Rechtsanwendung auf den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 ZPO). Der zur Entscheidung anstehende Sachverhalt war an Hand allgemeiner Rechtsgrundsätze zum Zustandekommen von vertraglichen Absprachen sowie zur Entreicherung unter Einbeziehung individueller Einzelfallumstände zu beurteilen.

Streitwert: 5.819,26 EUR

90