



OBERLANDESGERICHT HAMM

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I- 19 U 52/08 OLG Hamm
6 O 341/06 LG Dortmund

Verkündet am 29. Mai 2009
Heckmann, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle des Oberlandesgerichts

In dem Rechtsstreit

der Firma RWE Westfalen Weser Ems AG, vertr. d. d. Vorstand, Freistuhl 7, 44137
Dortmund,

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft,
Königsallee 59, 40215 Düsseldorf -

g e g e n

Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertr. d. d. Vorstand Herrn Klaus Müller, Mintropstr. 27, 40215 Düsseldorf,

Kläger und Berufungsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Haase und Lieberknecht, Schäferstr. 1,
40479 Düsseldorf -

hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Schenkel, den Richter am Oberlandesgericht Rüter sowie die Richterin am Landgericht Dr. Hesshaus

für R e c h t erkannt:

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 abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

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.

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.

Die Kunden der Kundengruppen 3 bis 5 seien als Tarifikunden 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 Durchtarifizierung 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.

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 Tarifikunden zu entrichtende Konzessionsabgabe gezahlt habe. 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.

Da die Verträge mit den Kunden der Kundengruppe 5 erst nach der vorgenommenen Durchtarifizierung 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.

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.

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 AVBGasV inhaltlich identisches Preisanpassungsrecht. Gegenüber den Kunden der Kundengruppe 2 und 4 sei sie zu einer Preisanpassung gemäß § 1 Ziffer 2 AVB-SK der WFG befugt. Bei den Kunden der Kundengruppe 5 bestehe ein Preisanpassungsrecht aus § 1 Abs. 2 AVB-SK RWE, bei dem Kunden ██████ 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.

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 [REDACTED] 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.

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

Wenn man dem nicht folge, müsse eine ergänzende Vertragsauslegung zu einem Preiserhöhungsrecht 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.

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.

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. Rechtsfolge sei, dass ein Gaslieferungsvertrag nach §§ 315, 316 BGB zustande gekommen sei und die Preisbestimmung der Billigkeitsprüfung unterliege.

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 eingereichten Unterlagen seien zum Beleg ausreichend, insbesondere der Geschäftsbericht 2005, Anlage CC 47 sowie die Wirtschaftsprüferbescheinigungen BK 14. Es werde bescheinigt, dass die RWE Westfalen-Weser-Ems-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.

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.

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

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.

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

Die Beklagte beantragt,

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

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Revision zuzulassen.

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 Tarifikunden differenziert wurde; die Beklagte biete auch heute noch Sonderverträge an.

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.

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.

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.

Die Klägerin bestreitet mit Nichtwissen, dass die Gaspreiserhöhung lediglich die tatsächlichen Bezugskostensteigerungen weitergegeben habe und dass Liquiditätseng-

pässe 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.

§ 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.

Der Senat hat der Beklagten mit Beschluss vom 06.03.2009 aufgegeben, bezüglich des Kunden [REDACTED] 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.

II.

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

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.

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.

1.

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.

Allerdings ist in Vertragsverhältnissen mit Tarifikunden 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 Tarifikunden, 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 so-

wie die widerspruchslose Hinnahme und sogar Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist (BGH NJW-RR 2007, 530).

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 durch die Klägerin nichts vorgetragen.

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.

2.

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.

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.

Unstreitig handelte es sich bei den Kunden [REDACTED] und [REDACTED] (im Folgenden Kundengruppe 1), den Kunden [REDACTED] und [REDACTED] (im Folgenden

Kundengruppe 2), den Kunden [REDACTED] (im Folgenden Kundengruppe 3), und den Kunden [REDACTED] (im Folgenden Kundengruppe 4), ursprünglich um Sondervertragskunden. Es sind im Nachhinein keine wirksamen Vertragsänderungen mit der Folge durchgeführt worden, dass es sich nunmehr um Tarifikunden handelt.

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.

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.

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

Auch bei den Kunden [REDACTED] (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.

Es kann dahinstehen, ob die Kunden [REDACTED] und [REDACTED] 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.

3.

Ein Preisanpassungsrecht hat die Beklagte allenfalls mit dem Kunden [REDACTED] 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.

Dabei kann dahinstehen, ob bei den Kunden in den Gruppen 1 und 3 auf die AVB-GasV 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.

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.

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 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 dürfen, 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.).

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.

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.).

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.

Zwar hat die AVBGasV für die Versorgung von Tarifkunden eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ und verkörpert eine Wertentscheidung, die der Ordnungsgeber 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 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.

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.