

EINGANG 17. MAI 2010



Landgericht Berlin

Im Namen des Volkes

Versäumnisteil- und Schlussurteil

Geschäftsnummer: 16 O 108/09 Kart

verkündet am: 27.04.2010
Baate
Justizobersekretärin

In der Kartellsache

der GASAG
Berliner Gaswerke AG,
vertreten durch den Vorstand
Andreas Prohl und Georges Hoffman,
Voßstraße 20, 10117 Berlin,

Klägerin
und Widerbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte
Helmdach & Ahcin,
Wielandstraße 18, 10629 Berlin -

gegen

Beklagte
und Widerklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Bernhard Schmitt,
Havelberger Straße 13, 10559 Berlin -

hat die Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin in Berlin-Mitte, Littenstraße 12-17, 10179 Berlin,
auf die mündliche Verhandlung vom 02.03.2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht
Dr. Scholz, die Richterin am Landgericht Klinger und den Richter am Landgericht von Bresinsky
für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird die Klägerin an die Beklagte 59,50 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. Oktober 2008 zu zahlen.
3. Die Klägerin trägt vorab die Kosten, die durch die Anrufung des Amtsgerichts Spandau entstanden sind.
Im Übrigen werden die Kosten gegeneinander aufgehoben.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Parteien dürfen die Vollstreckung der anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages zuzüglich 10% abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages zuzüglich 10 % leistet.
5. Die Berufung gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Beklagte verlangt im Wege der Widerklage 59,50 EUR nebst Zinsen von der Klägerin wegen einer Überzahlung für die Lieferung von Gas.

Die Parteien schlossen rückwirkend zum 30.12.2003 einen Gaslieferungsvertrag, aufgrund dessen die Klägerin die Beklagte mit Gas belieferte.

Für die Lieferung von Gas im Zeitraum vom 18.05.2004 bis zum 30.06.2007 berechnete sie der Beklagten abzüglich Zahlungen der Beklagten insgesamt noch 260,03 EUR, wie mit der Rechnung vom 17.10.2008 (Anlage K 6, Bl. 50 ff I d. A.) geschehen, und zwar verlangte sie

für Lieferungen im Zeitraum vom 18.05.2004 bis zum 13.05.2005 noch 73,70 EUR

und

für Lieferungen im Zeitraum vom 14.05.2005 bis zum 30.06.2007 noch 186,33 EUR.

Die Klageforderung von 260,03 EUR ist ein Saldo der Vergütungsansprüche für geliefertes Gas und durch die Beklagte geleisteten Zahlungen. Zuvor hatte die Klägerin bereits die Rechnung vom 18.05.2005 (Anlage K 3) übersandt und am 17.10.2008 zwei weitere berichtigte Rechnungen, mit der die Lieferungen von Gas und die zu den verschiedenen Zeitpunkten geltenden Preise im Einzelnen aufgeschlüsselt wurden. Wegen des Inhalts der Rechnungen im Einzelnen wird auf die Klageschrift (S. 2 ff, Bl. 10 ff. I d. A.) sowie auf die Anlagen K 3, K 4, K 5 und K 6 (Bl. 41 ff. I d. A.) verwiesen.

Dem von der Klägerin ursprünglich wie oben verlangten Betrag lag zunächst, d. h.

ab dem 18.05.2004 ein Arbeitspreis von 0,0330 EUR/kWh,

ab dem 01.12.2004 ein Arbeitspreis von 0,0360 EUR/kWh,

ab dem 01.10.2005 ein Arbeitspreis von 0,041 EUR/kWh,

ab dem 01.01.2006 ein Arbeitspreis von 0,0460 EUR/kWh und

ab dem 01.04.2007 ein Arbeitspreis 0,0435 EUR/kWh

zugrunde.

Die genannten Preisänderungen veröffentlichte die Klägerin in der regionalen Presse, nämlich jeweils am 30.11.2004, 16.09.2005, 27.12.2005 und 16.02.2007 (Anlage KR 18).

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin heißt es unter anderem:

" § 1 Geltungsbereich

1. Die GASAG beliefert jeden Kunden als Tarifikunden, der faktisch Gas aus dem Versorgungsnetz der GASAG entnimmt, ohne zuvor mit der GASAG einen Erdgasversorgungsvertrag zu Sonderkonditionen abgeschlossen zu haben, auf der Grundlage der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden (AVBGasV) (...).

Die Ergänzenden Bestimmungen zur AVBGasV werden in den §§ 4 bis 13 der nachfolgenden AGB definiert.

2. Für den Abschluss eines Erdgasversorgungsvertrags mit Sonderpreiskonditionen gelten die nachfolgenden AGBs vorrangig. Die Vorschriften der AVBGasV gelten, soweit diese AGB nichts anderes vorsehen, für Kunden mit Sonderpreiskonditionen bzgl. der Preisangebote "GASAG-Vario", "GASAG-Fix" und "GASAG-Aktiv" ergänzend.

(...)

§ 3 Preisanpassungen

1. Der Gaspreis folgt den an den internationalen Märkten notierten Ölpreisen. Insofern ist die GASAG berechtigt, die Gaspreise vorbehaltlich der Regelungen in §§ 16 bis 19 dieser AGB [diese betreffen den hier nicht einschlägigen Tarif "GASAG-Fix"] auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten der G. anzupassen. Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein.
2. Die Anpassung des Tarifikundenpreises und der Sonderkundenpreise erfolgt entsprechend § 4 AVBGasV durch öffentliche Bekanntmachung.

(...)

§ 14 Vertragslaufzeit GASAG-Aktiv

1. Abweichend von § 32 Absatz 1 AVBGasV beträgt die Mindestvertragslaufzeit 18 Monate.
2. Soweit der Vertrag nicht von einer der beiden Seiten mit einer Frist von einem Monat auf das Ende der Vertragslaufzeit gekündigt wird, verlängert sich der Vertrag um jeweils 12 Monate.
3. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des § 32 AVBGasV. Der Kunde kann insbesondere das Vertragsverhältnis mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Kalendermonats kündigen, wenn die GASAG die veröffentlichten Bedingungen für GASAG-Aktiv ändert."

Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 01.06.2005 mit, dass sie die Erhöhung der Gaspreise für unbillig halte, und forderte die Klägerin auf, den Nachweis der billigen Preisfestsetzung zu erbringen (Anlage B 3, Bl. 139 I d. A.). Ferner erklärte sie darin, sie behalte sich vor, auch die bisherigen Preise auf ihre Billigkeit gerichtlich überprüfen zu lassen und resultierende Überzahlungen

zurückzufordern. Mit Schreiben vom 01.06.2006 und 25.05.2007 (Anlage B 6 , Bl. 142 I d. A.) widersprach die Beklagte den zwischenzeitlichen Preiserhöhungen erneut.

Die Klägerin behauptet, sie habe ausschließlich Erhöhungen ihrer Bezugskosten mit den Preiserhöhungen an die Kunden weitergegeben.

Sie meint, die letzte vor der streitgegenständlichen Tarifierhöhung liegende Tarifierhöhung datiere vom 01.12.2004, die außer Streit gestellt worden sei.

Die Beklagte sei mit Einwendungen gegen die Rechnungen gemäß § 30 Nr. 1 AVBGasV bzw. § 17 Abs. 1 GasGVV ausgeschlossen, weil kein offensichtlicher Fehler der Rechnungen vorliege.

Die Billigkeit ihrer Preise sei nicht zu prüfen, weil die jeweiligen Preise vereinbart seien bzw. als vereinbart zu gelten hätten. Das Schreiben vom 01.06.2005 sei über sechs Monate nach ihrer Bekanntgabe der Preiserhöhung zum 01.12.2004 eingegangen. Auch das Schreiben vom 01.06.2006 enthalte keine wirksame Beanstandung, ergebe sich schon nicht, welche Preisänderung gemeint sei.

Die Beklagte sei eine Tarifikundin, keine Sonderkundin. Ihr, der Klägerin, Recht zu Preisänderungen ergebe sich daher aus § 4 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV. Die Beklagte sei auf der Grundlage des Tarifs "GASAG vario1" und ab dem 01.01.2007 unwidersprochen auf der Grundlage des Tarifs "GASAG-Komfort" versorgt worden.

Aber auch § 3 ihrer AGB halte einer Kontrolle nach § 307 BGB stand. Die für eine Preisanpassung maßgeblichen Kostenelemente seien klar benannt. Auch die Kostensenkungspflicht sei hinreichend festgelegt.

Im Übrigen sei sie auch aufgrund einer vertraglichen Einbeziehung von § 4 AVBGasV bzw. § 5 GasGVV berechtigt, Preise anzupassen. Die genannten Vorschriften hätten eine Leitbildfunktion. Außerdem richte sich im Falle der Unwirksamkeit einer AGB der Vertrag nach den gesetzlichen Bestimmungen, hier also nach der AVBGasV bzw. der GasGVV, die ein Preisänderungsrecht enthielten.

Selbst wenn man dies anders sehen und außerdem von der Unwirksamkeit von § 3 ihrer AGB ausgehen wollte, so stellte dies für sie eine existenzbedrohende Härte dar, weil ein Großteil der Haushaltskundenverträge betroffen wäre. Jedenfalls müsse eine etwaige Lücke durch eine ergänzende Vertragsanpassung geschlossen werden.

Die Klägerin beruft sich hinsichtlich der Widerklage auf Verjährung.

Nach Verweisung des Rechtsstreits an das Landgericht Berlin und nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung keinen Antrag zur Klage gestellt und die Beklagte ihren ursprünglich angekündigten Widerklageantrag festzustellen, dass alle Preiserhöhungen nach dem Vertragsbeginn am 30.12.2003 unwirksam sind, zurückgenommen hat,

beantragt die Beklagte noch

die Klage durch Versäumnisurteil abzuweisen,

sowie widerklagend,

die Klägerin zu verurteilen an sie 59,50 EUR nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz seit 17.10.2008 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte meint, zwischen den Parteien gelte der Tarif GASAG-Aktiv.

Die Klägerin müsse, damit die Billigkeit geprüft werden könne, eine nachvollziehbare Kalkulation vorlegen; wie sie von ihren Einkaufs- auf ihre Verkaufspreise komme. So seien die Preise für schweres und leichtes Heizöl zwischen Mai 1999 und November 2008 etwa um das Zweieinhalbfache gestiegen; wie sich die Einkaufspreise der Klägerin und die von ihr berechneten Arbeitspreise in diesem Zeitraum geändert hätten, müsse diese darlegen. Das Marktübliche könne kein Billigkeitsmaßstab sein, weil vielerorts kein Wettbewerb herrsche. Zwischen 2004 und 2007 habe die Klägerin bei rückläufigem Gasabsatz ihre Gewinne gesteigert, weshalb es der Preissteigerungen nicht bedurft habe, um die Kosten zu decken und einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften.

Sie, die Beklagte sei nicht Tarifikundin, sondern Sonderkundin im Tarif Gasag-Aktiv, weshalb die AVBGasV bzw. die GasGVV nicht direkt anwendbar seien, sondern nur, wenn sie kraft vertraglicher Abrede gelten sollten. Dann seien sie aber auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterworfen. § 4 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGGV gälten jedenfalls nicht an Stelle einer unwirksamen Preisanpassungsklausel gegenüber Sonderkunden. Die Preisanpassungsklausel, die die Klägerin in § 3 ihrer AGB verwende, sei unwirksam gemäß § 307 BGB.

Hinsichtlich des Vorbringens der Parteien im Übrigen wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage war durch Versäumnisurteil abzuweisen (§§ 330, 333 ZPO).

II.

Auf die Widerklage war die Klägerin, wie aus dem Tenor ersichtlich, zu verurteilen.

Die Beklagte hat in Höhe der Widerklageforderung nämlich einen Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB gegen die Klägerin.

1.

Die Preiserhöhungen, die die Klägerin im Abrechnungszeitraum, der von den Rechnungen erfasst wird, vornahm, sind nämlich unwirksam. Dies betrifft die Erhöhungen zum 01.12.2004, 01.10.2005, 01.01.2006 einschließlich der Preissenkung per 01.04.2007.

a) Diese von der Klägerin einseitig festgesetzten Preise gelten nicht deshalb als vereinbart, weil die Beklagte ihnen nicht in angemessener Zeit widersprochen hätte, wie die Klägerin meint.

Denn hinsichtlich der zum 01.12.2004 erfolgten Preisänderung widersprach die Beklagte mit Schreiben vom 01.06.2005 zwar mehr als sechs Monate später. Dies ist jedoch deshalb unschädlich, da die Klägerin die Beklagte gar nicht individuell über die Preiserhöhung informiert hat. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beklagte von der Preiserhöhung erst aufgrund der Rechnung der Klägerin vom 18.05.2005 erfuhr. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin nach § 4 Abs. 2 AVBGasV ihre Tarife durch bloße Veröffentlichung bekannt machen durfte. Diese Ausnahmeregelung gilt lediglich für Vertragsverhältnisse, in denen die Klägerin aufgrund der wirksamen Vertragsbestimmungen berechtigt ist, einseitig im Rahmen der Billigkeit Preise

festzusetzen. Daraus lässt sich keine allgemeine Fiktion ableiten, dass der Kunde von veröffentlichten Preiserhöhungen Kenntnis erlangt habe.

Die zum 01.12.2004 erfolgte Preisänderung ist daher nicht deshalb als zwischen den Parteien vereinbart anzusehen, weil die Beklagte nicht in angemessener Zeit widersprochen hätte, da sie eben in überschaubarer Zeit nach Kenntnis von der Preiserhöhung mitgeteilt hat, dass sie mit der Erhöhung nicht einverstanden sei.

Dies gilt auch hinsichtlich der weiteren Preisänderungen. Diesen musste die Beklagte nämlich gar nicht mehr explizit widersprechen, weil sich von selbst ergibt, dass, wenn die Beklagte meinte, die Erhöhung auf 0,0360 EUR/kWh sei unbillig, dies aus ihrer Sicht erst recht für die später geltenden Preise von 0,041 EUR/kWh ab dem 01.10.2005 und von 0,0460 EUR/kWh ab dem 01.01.2006 bzw. von 0,0430 EUR/kWh seit dem 01.04.2007 gelten musste.

b) Die Klägerin kann sich für die Wirksamkeit ihrer Preiserhöhungen nicht auf § 4 Abs. 2 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV berufen. Diese Vorschriften gelten für das zwischen den Parteien vereinbarte Lieferverhältnis nämlich nicht unmittelbar, weil die Verordnungen nur auf sogenannte Tarifikunden, nicht aber auf Vertragsverhältnisse mit Sonderkunden anwendbar sind. Für die Beklagte gilt der Tarif "GASAG-Aktiv", wie die Klägerin in ihrem Bestätigungsschreiben vom 19.01.2004 (Bl. 137 R I d. A.) ausdrücklich feststellte. Soweit die Klägerin vertritt, es hätten später andere Tarife wie "GASAG-Komfort" bzw. "GASAG vario1" gegolten, fehlt es an jeglichem Vorbringen, dass, wie und wann zwischen den Parteien eine entsprechende Vereinbarung zustande gekommen sein sollte.

Der Bundesgerichtshof hat zur Abgrenzung von Tarifikunden- und Sonderkundenverträgen, und zwar ebenfalls zu dem Tarif "GASAG-Aktiv" ausgeführt (Urteil vom 15.07.2009, VIII ZR 225/07, NJW 2009, 2662):

"Der Senat hat unter Geltung von § 6 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz - EnWiG) vom 13. Dezember 1935 für die Abgrenzung zwischen Tarifkundenverträgen und Sonderkundenverträgen ausgesprochen, dass unter einem Tarif dasjenige Preisgefüge zu verstehen ist, zu dem sich ein Versorgungsunternehmen öffentlich er bietet, im Rahmen seiner aus § 6 EnWiG folgenden Verpflichtung jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83, WM 1985, 431, unter I 2). Dabei hat er der Veröffentlichung der Vertragsmuster indizielle Bedeutung für den Willen des Versorgungsunternehmens beige messen, die darin enthaltenen Bedingungen der Allgemeinheit und nicht nur einzelnen Abnehmern anzubieten; er hat jedoch offen gelassen, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen veröffentlichte Vertragsmuster letztlich als Tarife behandelt werden müssen (aaO).

a) Die Frage ist dahin zu beantworten, dass es für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um Tarif- bzw. Grundversorgungsverträge mit allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG 2005 handelt, darauf ankommt, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen - aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers - im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet (vgl. Hempel, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: Dezember 2008, § 1 AVBEltV Rdnr. 42 ff.; KG, Urteil vom 28. Oktober 2008 - 21 U 160/06, ZMR 2009, 280, unter II B 2 b (4) - Revision anhängig unter VIII ZR 312/08).

Nach der Bundestarifordnung Gas (aufgehoben mit Wirkung vom 29. April 1998 durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) waren die Versorger zwar verpflichtet und nach der

Bundestarifordnung Elektrizität (aufgehoben mit Wirkung vom 1. Juli 2007 durch Art. 5 Abs. 3 des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970) jedenfalls berechtigt, zur Erfüllung ihrer Versorgungspflicht nach § 6 EnWiG, an dessen Stelle zunächst § 10 EnWG 1998 und nunmehr § 36 EnWG 2005 getreten sind, mehrere Allgemeine Tarife (Kleinverbrauchstarif und Grundpreistarif, Pflichttarif und Wahltarife) anzubieten. Schon vor der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 stand es ihnen jedoch frei, daneben Sonderverträge zu schließen, für deren inhaltliche Ausgestaltung - vorbehaltlich kartellrechtlicher Beschränkungen - der Grundsatz der Vertragsfreiheit galt (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984, aaO, unter I 1). Von dieser Möglichkeit wurde nicht nur gegenüber Industriekunden, sondern auch im Verhältnis zu Haushaltskunden in nicht unerheblichem Umfang Gebrauch gemacht. Der Gesetzgeber hat 1998 die Bundestarifordnung Gas mit der Begründung aufgehoben, sie sei in der Praxis nahezu bedeutungslos geworden, nachdem sich bei der Heizgas- und Gasvollversorgung mehr und mehr Preisvereinbarungen im Rahmen von Sonderverträgen durchgesetzt hätten und der Anteil des Gases im Haushalts- und Kleinabnehmerbereich nur zu Koch- und Warmwasserbereitungszwecken immer weiter zurückgegangen sei. Nicht nur, aber insbesondere im Interesse letzterer blieb gleichwohl die Verpflichtung von Energieversorgungsunternehmen erhalten (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998), für Gemeindegebiete, in denen sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern durchführen, zu öffentlich bekannt zu gebenden Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarife jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (BT-Drs. 13/7274, S. 17). Entsprechend unterscheiden die Übergangsregelungen in § 115 Abs. 2 und 3 EnWG 2005 zwischen Verträgen über die Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie im Rahmen der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht und Verträgen über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht.

An dem Nebeneinander von Tarifverträgen (jetzt Grundversorgungsverträgen) und Sonderverträgen hat sich durch die Einführung der §§ 36 ff. EnWG 2005 und die Aufhebung der Bundestarifordnungen Gas und Elektrizität nichts geändert (de Wyl/Essig in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2008, § 11 Rdnr. 6, 57 ff.). Nach § 36 EnWG 2005 ist nur der Grundversorger im Sinne von Absatz 2 der Vorschrift verpflichtet, Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen. Daneben sieht § 41 EnWG ausdrücklich Verträge mit Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung vor, die sowohl von dem Grundversorger als auch von anderen Versorgungsunternehmen angeboten werden können.

b) Welche Art von Vertrag vorliegt, muss demnach durch Auslegung ermittelt werden. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus § 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten eindeutig, dass es sich bei dem Angebot "G.-Aktiv" nicht um ein Angebot zum Abschluss eines Tarifvertrages im Sinne von § 10 Abs. 1 EnWG 1998 (Grundversorgungsvertrages nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005), sondern um ein (an Haushaltskunden gerichtetes) Angebot zum Abschluss eines Sondervertrages handelt. Nach § 1 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beliefert die Beklagte jeden Kunden als Tarifikunden auf der Grundlage der AVBGasV, "der faktisch Gas aus dem Versorgungsnetz (...) entnimmt, ohne zuvor (...) einen Erdgasversorgungsvertrag zu Sonderkonditionen abgeschlossen zu haben". Demgegenüber gelten gemäß § 1 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Abschluss eines Erdgasversorgungsvertrages mit Sonderpreiskonditionen vorrangig die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der vom Kläger gewählte Tarif "G.-Aktiv" wird ausdrücklich als Preisangebot mit Sonderpreiskonditionen benannt, für das in den §§ 14 und 15 weitere "Besondere Geschäftsbedingungen" formuliert sind."

Die Beklagte war somit ebenfalls Sonderkundin und nicht Tarifikundin, § 4 AVBGasV war daher nicht anwendbar.

b) Die Klägerin kann sich für die Wirksamkeit ihrer Preiserhöhungen aber auch nicht auf § 3 ihrer AGB berufen, weil diese Klausel unwirksam ist. § 3 der AGB der Klägerin ist nicht etwa wortgleich mit den Regelungen in §§ 4 Abs. 2 AVBGasV bzw. 5 Abs. 2 GasGVV. Dann wäre von einem wirksamen vertraglich vereinbarten Preisänderungsrecht auszugehen (BGH a. a. O.). Die von der Klägerin verwendete Klausel genügt den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB jedoch nicht. Dazu hat der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung ausgeführt:

"Die Preisanpassungsklausel in § 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthält indes keine unveränderte Übernahme des Preisänderungsrechts nach § 4 AVBGasV in den Sondervertrag "G.-Aktiv", sondern weicht - jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (BGHZ 176, 244, Tz. 19) - zum Nachteil der Kunden der Beklagten davon ab und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

aa) § 4 AVBGasV ermöglicht die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an Tarifkunden nur insoweit, als die Kostensteigerung nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGHZ 172, 315, Tz. 26; 178, 362, Tz. 39). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Preisanpassungsbefugnis das Äquivalenzverhältnis wahren muss und dem Berechtigten nicht die Möglichkeit geben darf, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (BGH, Urteil vom 21. April 2009, aaO, Tz. 25; Urteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 18; BGHZ 176, 244, Tz. 18; Urteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 21; Urteil vom 21. September 2005, aaO, unter II 2).

Diesen Anforderungen wird die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel nicht gerecht. Sie sieht die uneingeschränkte Weitergabe von Bezugskostensteigerungen vor. Damit ermöglicht sie der Beklagten eine Preiserhöhung wegen gestiegener Gasbezugskosten auch dann, wenn sich ihre Kosten insgesamt nicht erhöht haben, und

ermöglicht damit eine Verschiebung des vertraglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses zum Nachteil der Kunden der Beklagten.

bb) Aus der Bindung des Allgemeinen Tarifs an billiges Ermessen folgt, wie oben bereits ausgeführt, weiter, dass das Preisänderungsrecht des Gasversorgungsunternehmens nach § 4 AVBGasV mit der Rechtspflicht einhergeht, bei einer Tarifierfassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen und den Zeitpunkt einer Tarifieränderung so zu wählen, dass Kostensenkungen nicht nach für den Kunden ungünstigeren Maßstäben Rechnung getragen wird als Kostenerhöhungen. Die gesetzliche Regelung umfasst daher neben dem Recht des Versorgers zur Preisanpassung auch die Pflicht hierzu, wenn die Anpassung dem Kunden günstig ist (BGHZ 176, 244, Tz. 26; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. April 2009, aaO, Tz. 25).

Eine solche Verpflichtung enthält § 3 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht. Nach dem Wortlaut der Preisanpassungsklausel "ist die G. berechtigt, die Gaspreise (...) auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten der G. anzupassen." Diese Formulierung lässt eine Auslegung zu, nach der die Beklagte zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung unabhängig davon vorzunehmen, in welche Richtung sich die Gasbezugskosten seit Vertragsschluss oder seit der letzten Preisanpassung entwickelt haben. Etwas anderes folgt auch nicht aus der anschließenden Formulierung "Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein." Daraus ergibt sich zwar, dass auch Preissenkungen möglich sind. Der Formulierung ist aber nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu entnehmen, dass die Beklagte auch im Falle einer Absenkung der Gasbezugskosten verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen. Mangels anderweitiger vertraglicher Vorgaben hat die Beklagte damit die Möglichkeit, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, und durch die in der Preisanpassungsklausel nicht vorgegebene Wahl des Preisanpassungstermins

erhöhten Gasbezugskosten umgehend, niedrigeren Gasbezugskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung durch eine Preisänderung Rechnung zu tragen (vgl. BGHZ 176, 244, Tz. 20 f.).

Diese Möglichkeit wird ihr entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht dadurch genommen, dass nach § 3 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Anpassung der Sonderkundenpreise "entsprechend § 4 AVBGasV durch öffentliche Bekanntmachung" erfolgt. Damit wird unter Berücksichtigung der Voraussetzungen, die § 3 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für die Preisänderung aufstellt, aus der Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners der Beklagten nur die Form geregelt, in der die Preisanpassung erfolgt (durch öffentliche Bekanntmachung). Nicht aber werden dadurch die Voraussetzungen des § 4 AVBGasV für eine Preisänderung in den Sondervertrag übernommen. Dasselbe gilt, soweit § 1 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten die Vorschriften der AVBGasV für das Preisangebot "G.-Aktiv" für ergänzend anwendbar erklärt. Wegen der Sonderregelung für Preisanpassungen in § 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist für die Vertragspartner der Beklagten jedenfalls unklar, ob die subsidiäre Bezugnahme auf die AVBGasV auch die - ungeschriebenen - Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 23).

c) Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Unangemessenheit von Preisänderungsklauseln durch die dem Kunden eingeräumte Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeglichen werden kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ein Recht des Kunden zur Lösung vom Vertrag vermag jedenfalls nicht stets zu einem angemessenen Interessenausgleich zu führen. Dies hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab. Dabei sind die Art des jeweiligen Vertrags, die typischen Interessen der Vertragschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (Senatsurteil vom

13. Dezember 2006, aaO, Tz. 27; BGH, Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 247/06, NJW 2008, 360, Tz. 13; jeweils m.w.N.).

aa) Ein angemessener Ausgleich einer benachteiligenden Preisanpassungsklausel setzt insbesondere voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preiserhöhung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird (Senatsurteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 30 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Nach der für den Tarif "G.-Aktiv" in § 14 Nr. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten getroffenen Regelung gilt für die Kündigung § 32 AVBGasV entsprechend. Bei einer Änderung der Preise kann der Kunde das Vertragsverhältnis mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Kalendermonats kündigen. Eine rechtzeitige Information des Kunden, die es ihm ermöglicht, vor Wirksamwerden der Preisänderung zu kündigen, ist bei der in § 3 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vorgesehenen Anpassung der Sonderkundenpreise durch öffentliche Bekanntmachung nicht hinreichend sichergestellt. Außerdem kann die Preisanpassung unmittelbar nach der Bekanntmachung wirksam werden, während die Kündigung fristgebunden ist.

Das entspricht zwar den in § 4 Abs. 1 und 2, § 32 Abs. 2 AVBGasV - für den Fall einer Preisanpassung auf gesetzlicher Grundlage - getroffenen Regelungen. Dadurch kann aber die oben (unter b) ausgeführte unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten durch die vertragliche Preisanpassungsklausel nicht kompensiert werden.

bb) Ein angemessener Ausgleich dieser Benachteiligung durch Einräumung eines Sonderkündigungsrechts scheitert hier - wie die Revision zu Recht geltend macht - außerdem daran, dass die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf dem Berliner Markt im streitgegenständlichen Zeitraum eine Monopolstellung innehatte, weil weitere Gasversorgungsunternehmen nicht vorhanden waren. Das Kündigungsrecht stellt deshalb für die Mehrzahl der Kunden der Beklagten, die entweder an die Entscheidung des Vermieters für den Heizenergieträger Gas gebunden sind oder selbst die Entscheidung dafür

getroffen und entsprechende Investitionen getätigt haben, keine echte Alternative dar, weil sie dann nur die Möglichkeit hätten, sich von der Beklagten zu dem (regelmäßig teureren) Allgemeinen Tarif mit Gas beliefern zu lassen."

c) Der Klägerin ist auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht entsprechend § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV zuzubilligen. Denn, so der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung:

"Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen zwar auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung (BGHZ 90, 69, 75 zu der Vorgängerregelung in § 6 Abs. 2 AGBG). Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur dann 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 völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (BGHZ 90, 69, 77 f.; 137, 153, 157). Das ist hier nicht der Fall.

Gemäß § 14 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht der Beklagten das Recht zu, sich jeweils mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit von 18 Monaten und sodann zum Ablauf der um je zwölf Monate verlängerten Vertragslaufzeit vom Vertrag zu lösen. Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, so führt dies nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis (vgl. BGHZ 176, 244, Tz. 33; Senatsurteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 26). Soweit die Beklagte in der Revisionsinstanz geltend macht, eine nicht mehr

hinnehmbare grundlegende Störung des vertraglichen Gleichgewichts ergebe sich daraus, dass sie aus rechtlichen und politischen Gründen massenhafte Rückforderungen anderer Kunden zu gewärtigen habe, in deren Verträgen die unangemessene Preisanpassungsklausel ebenfalls enthalten sei, zeigt sie entsprechenden Sachvortrag in den Instanzen nicht auf, obwohl dazu Anlass bestanden hätte, nachdem bereits das Amtsgericht die Preisanpassungsklausel gemäß § 307 Abs. 1 BGB als unwirksam angesehen hat. Es kann deshalb offen bleiben, ob ein sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleich lautender Verträge ergebender wirtschaftlicher Nachteil überhaupt geeignet sein kann, eine nicht mehr hinnehmbare einseitige Verschiebung des im Individualprozess zu beurteilenden konkreten Vertragsgefüges zulasten des Verwenders zu begründen."

Aus den Preiserhöhungen kann die Klägerin daher keine Rechte ableiten.

2.

Die Beklagte berechnet ihre Widerklageforderung auf der Grundlage eines Arbeitspreises von 0,033 EUR/kWh, wie er zu Beginn des Abrechnungszeitraumes im Mai 2004 galt. Einen höheren Preis kann die Klägerin nicht verlangen (s. o.).

Mit der Rechnung vom 18.05.2005 wurde die Lieferung von Gas mit einem Brennwert von insgesamt 14.457 kWh berechnet, so dass sich insofern bei einem Preis von 0,033 EUR/KWh ein Arbeitspreis von 477,08 EUR ergibt. Bei einem Grundpreis von 142,42 EUR ergibt sich ein Nettogesamtpreis von 619,50 EUR sowie zuzüglich 16% Mehrwertsteuer (99,12 EUR) ein Bruttopreis von 718,62 EUR.

Mit den weiteren drei Rechnungen vom 17.10.2008 wurde Lieferung von Gas mit einem Brennwert von insgesamt 22.679 kWh berechnet, so dass sich insofern ein Arbeitspreis von 748,41 EUR ergibt. Bei einem Grundpreis aus den drei Rechnungen von insgesamt 306,94 EUR ergibt sich ein Nettogesamtpreis von 1.055,35 EUR. Davon entfielen auf die Zeit bis zum 31.12.2006

827,85 EUR (Arbeitspreis 592,32 EUR bei 17.949 kWh bis zu diesem Zeitpunkt, Grundpreis 235,53 EUR), somit eine 16%ige Mehrwertsteuer von 132,46 EUR und auf die Zeit ab dem 01.01.2007 227,50 EUR (Arbeitspreis 156,09 EUR, Grundpreis 71,41 EUR), somit eine 19%ige Mehrwertsteuer von 43,23 EUR. Der Bruttopreis nach den Rechnungen vom 17.10.2008 auf der Grundlage eines Preises von 0,0330 EUR/kWh beträgt somit 1.231,04 EUR.

Aus den Rechnungen vom 18.05.2005 sowie den drei Rechnungen vom 17.10.2008 ergibt sich daher ein Gesamtbruttopreis von 1.949,66 EUR.

Die Beklagte zahlte auf die Rechnungen für den fraglichen Zeitraum, bzw. es wurden ihr darauf angerechnet insgesamt Abschlags- und sonstige Zahlungen von 2.016 EUR. Die Klageforderung ist daher begründet.

Sie ist auch nicht verjährt, da zugunsten der Beklagten davon auszugehen ist, dass sie die Rückzahlung der zuletzt gezahlten Abschlagszahlungen geltend macht. Laut den Rechnungen vom 17.10.2008 (Anlagen K 4, K 5 und K 6, Bl. 44 ff. I d. A.) wurden Abschlagszahlungen bis zu diesem Tag berücksichtigt. Dass diese Abschlagszahlungen sämtlich in verjährter Zeit erfolgten, ist weder von der Klägerin vorgetragen noch ist dies sonst ersichtlich, sondern erscheint vielmehr fernliegend. Verjährt sein könnten nämlich gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB allenfalls Zahlungen aus der Zeit von 2006 und davor.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3, 281 Abs. 3 S. 1 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Die Berufung war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, weil die maßgeblichen Rechtsfragen durch die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshof geklärt

sind, und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts ebenfalls nicht erfordert.

Dr. Scholz

Klinger

von Bresinsky

Ausgefertigt

H
Hirsch
Justizangestellte

