



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

Beschluss

Geschäftszeichen:

13 U 211/09

301 O 32/05

In dem Rechtsstreit

1.

- Kläger und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigter zu 1-54): Rechtsanwalt Joachim Bluhm ,
Poppenbütteler Bogen 62, 22399 Hamburg

g e g e n

E.ON Hanse Vertrieb GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Roman Kaak und Matthias Wendel,
Kühnehöfe 1-5, 22761 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Engels, Haese, Mathias, Regenhardt,
Hoffmann,
Kaiser-Wilhelm-Straße 115, 20355 Hamburg, GK 600

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **13. Zivilsenat**, am 12. Oktober 2010
durch die Richter

Panten, zur Verth, Dr. Büßer:

Der Senat weist darauf hin, dass nach dem Stand der Vorberatung und vorbehaltlich weiteren Vorbringens der Parteien sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung bei vorläufiger Bewertung des Sach- und Streitstandes Berufung und Anschlussberufung keine Aussicht auf Erfolg haben dürften.

1. Die Preisanpassungs-Klausel gem. Ziffer 4 der Verträge Anl. B 10 und B 11 dürfte intransparent im Sinne des 307 Abs. 1 S. 2 BGB und damit wegen unangemessener Benachteiligung der Kläger gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nichtig sein.

Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die überzeugende Argumentation des Landgerichts auf S. 13 und 14 der angefochtenen Entscheidung, die vollständig mit der Rechtsprechung des

BGH (insbesondere KZR 2/07 vom 29.04.2008; VIII ZR 274/06 vom 17.12.2008 und auch VIII ZR 246/08 vom 14.07.2010) im Einklang steht.

In der Tat kann der Kunde dieser Klausel weder entnehmen, welche konkreten Parameter der Preisanpassung zu Grunde gelegt werden sollen, noch mit welcher Gewichtung welche Faktoren in Neuberechnung einfließen werden.

Dass die gesetzliche Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV bzw. nunmehr § 5 Abs. 2 GasGVV um nichts bestimmter bzw. sogar unbestimmter ist, als die von der Beklagten verwandte Klausel, vermag an dieser Bewertung nach der Rechtsprechung des BGH nichts zu ändern, da diesen Regelungen gerade keine Leitbildfunktion für die vertraglich vereinbarten Regelungen zukommt (vgl. BGH KZR 2/07; Rz. 26, zitiert nach juris)

2. Auch eine ergänzende Vertragsauslegung, die u.U. zur Annahme eines dann der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegenden Preisänderungsrechts der Beklagten führen könnte, dürfte im vorliegenden Sachverhalt schon nicht eröffnet sein.

Der Senat wird voraussichtlich der nun schon ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (KZR 2/07, Tz. 32, 33; VIII ZR 274/06, Tz. 26; VIII ZR 246/08, Tz. 50 – 52 – zitiert jeweils nach juris) folgen, wonach trotz Nichtigkeit einer Preisanpassungsklausel der Weg zur ergänzenden Vertragsauslegung versperrt ist, sofern das Versorgungsunternehmen durch Ausübung eines ihm zustehenden Kündigungsrechts eine untragbare Verschiebung des Vertragsgefüges zu seinen Lasten hätte abwenden können.

Unstreitig bestand für die Beklagte die Möglichkeit, die mit ihr bestehenden Lieferverträge kurzfristig zu kündigen.

Hinsichtlich der hier auftretenden Kläger bestand auch durchaus Anlass hierzu, da diese sämtlich den Preiserhöhungen ab dem 01.10.2004 widersprochen und im April 2005 sogar den Klageweg beschritten hatten. Spätestens nachdem die Kammer, also ein Kollegialgericht, in der ersten mündlichen Verhandlung am 15.09.2005 (S. 4 unten des Sitzungsprotokolls) mitgeteilt hatte, dass die Preisänderungsklausel gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sein dürfte, konnte die Beklagte auch nicht mehr darauf vertrauen, dass die von ihr bzw. ihrer Rechtsvorgängerin über geraume Zeit verwandte Klausel einer Inhaltskontrolle standhalten würde. Spätestens ab diesem Zeitpunkt bestand für sie Anlass, sich von den Verträgen in dieser Form zu lösen.

Ob – was allerdings sehr naheliegen dürfte und vom BGH ausdrücklich offen gelassen wurde (BGH VIII ZR 246/08, Tz. 52 – zitiert nach juris) – die Sachlage bei solchen Kunden anders zu beurteilen wäre, die den Preiserhöhungen nicht widersprochen haben, womit für die Beklagte kein Anlass zu einer Kündigung bestand, und die nunmehr „rückwirkend“ zu viel gezahltes Entgelt zurückfordern, muss hier nicht entschieden werden: Allerdings hatte die Beklagte unstreitig den Gaspreis – bezogen auf den 01.10.2004 – zwischenzeitlich bis zu 94% erhöht, womit zumindest schlüssig dargelegt sein dürfte, dass eine fortlaufende Belieferung zum Preis per 01.10.2004 wohl zumindest zeitweise unter dem Gestehungspreis erfolgen dürfte, was der Beklagten im Sinne einer grundlegenden vertraglichen Austauschgerechtigkeit wohl tatsächlich nicht mehr zuzumuten sein dürfte.

Bis zum 15.09.2005, also dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte nach Auffassung des Senats spätestens Anlass hatte, die Verträge mit den Klägern zu kündigen, hatte sich das Preisgefüge jedoch auch nach dem Vortrag der Beklagten noch nicht derart verändert, dass es unzumutbar erscheinen würde, die Beklagte für diesen begrenzten Zeitraum an einer Lieferung zum per 01.10.2004 gültigen Preis festzuhalten. Denn per 01.10.2004 hatte die Beklagte den Grundpreis um 15,83%, den Arbeitspreis um 9,94% erhöht, per 01.02.2005 wurde der Arbeitspreis um 2,79%, per 01.08.2005 um weitere 15,75% erhöht – insoweit ergibt sich, auch mit Rücksicht auf den eher kurzen betroffenen Zeitraum, keine untragbare Benachteiligung der Beklagten bezogen nur und gerade auf die Lieferbeziehungen zu den Klägern.

Soweit die Beklagte darauf abstellen möchte, dass sie sich – soweit die vereinbarte Erhöhungsklausel für nichtig erklärt und zugleich eine Erhöhung auch nicht über eine ergänzende Vertragsauslegung eröffnet werden sollte – insgesamt Rückforderungen in Höhe von € 749.000.000,- gegenübersehen könnte, ist dieser Vortrag nach Auffassung des Senats im vorliegenden Verfahren irrelevant, weshalb auch nicht zu klären ist, ob der zu diesem Punkt bislang sehr pauschale Vortrag der Beklagten (insbesondere S. 19 des Schriftsatzes der Beklagten vom 11.09.2009) noch weiter substantiiert werden müsste.

Streitgegenstand sind hier – anders als im Verfahren nach dem UKlaG – ausschließlich die mit den Klägern abgeschlossenen Lieferverträge, zu prüfen – und zu verneinen – ist daher nur die Frage, ob der Wegfall eines Preisänderungsrechts die Beklagte bezogen auf eben diese Verträge unzumutbar belastet.

Ob dies auch bei Rückforderungsklagen von Kunden gilt, die den Preiserhöhungen durch die Beklagte nicht widersprochen haben und daher u.U. – würde man auch für sie am Preis per 01.10.2004 festhalten – von der Beklagten möglicherweise über längere Zeit unter Einstandspreis beliefert worden wären, wäre in diesen Verfahren zu klären.

Die allgemeinen Risiken aus der Verwendung unwirksamer AGB sind nach der Konzeption der §§ 305 ff. BGB vom Verwender zu tragen.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann die Befugnis zur Änderung der Preise auch nicht für die Zeit ab dem 01.06.2007 auf § 5 Abs. 2 GasGVV gestützt werden.

Es kann dahinstehen, ob die Einbeziehung der GasGVV in die Sonderverträge der Kläger grundsätzlich dadurch erfolgen konnte, dass den Klägern – wobei der Zugang im Einzelnen ebenfalls streitig ist – das Informationsschreiben vom 10.04.2007 (Anl. B 166) übersandt wurde.

Jedenfalls wird durch diese Schreiben – sofern man sie wie die Beklagte als Angebot auf Vertragsänderung verstehen will – nicht hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass die „alte“ Preisänderungsklausel gem. Ziffer 4 der Verträge Anl. B 10 und B 11 vollständig und umfassend durch § 5 Abs. 2 GasGVV ersetzt werden sollte.

Zwar wird ausdrücklich erwähnt, dass Änderungen der Preise nunmehr § 5 Abs. 2 GasGVV folgen, es wird jedoch nicht klargestellt, dass damit die in den einzelnen Verträgen enthaltene Preisänderungsklausel nunmehr keinerlei Bedeutung mehr hätte: So wird auf S. 2, 2. und 3. Absatz des Schreibens Anl. B 166 an Hand von Beispielen lediglich verdeutlicht, dass die Änderung das Procedere der Preisänderung betreffe, zu den heranzuziehenden Parametern findet sich nichts. Insbesondere aber wird erklärt (aaO., S. 1 unten), dass bislang die AVBGasV mit ihren „Ergänzenden Bestimmungen“ Vertragsbestandteil gewesen seien und „diese hiermit durch die GasGVV und die zugehörigen Ergänzenden Bedingungen der E.ON Hanse AG ersetzt“ würden (aaO., S. 2 oben). Dem ist nicht klar und eindeutig zu entnehmen, dass die hier streitige Ziffer 4 der Verträge nunmehr ersatzlos gestrichen sein sollte, im Gegenteil wird eher die Annahme nahe gelegt, dass auch die GasGVV nunmehr wie zuvor die AVBGasV ergänzend und im Rang nach den ausdrücklichen Bestimmungen der einzelnen Verträge gelten sollten.

Damit aber dürfte die Rechtslage hier ähnlich zu beurteilen sein, wie in dem der Entscheidung BGH VIII ZR 248/06 zu Grunde liegenden Sachverhalt – es ist auch nach dem 01.06.2007 weiterhin die unwirksame Preisanpassungsklausel gem. Ziffer 4 der Verträge Anl. B 10 und B11 der Beurteilung zu Grunde zu legen und bei deren Nichtigkeit gerade nicht auf § 5 Abs. 2 GasGVV zurückzufallen.

4. Auch die Anschlussberufung dürfte keinen Erfolg haben, der Senat ist wie das Landgericht der Auffassung, dass mit den Widerspruchsschreiben wie Anl.Konv. B 120 durch die Kläger jedenfalls Angebote auf Anerkennung einer Erhöhung des Preises um wenigstens 2% und der sich auf dieser Basis berechneten Forderung der Beklagten abgegeben wurden und die Beklagte diese sie ausschließlich begünstigenden Angebote stillschweigend akzeptiert hat.

Jedenfalls aber dürfte es den Klägern nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich nunmehr auf eine Nichtannahme durch die Beklagte zu berufen, da in den fraglichen Schreiben nicht zum Ausdruck gebracht wurde, dass die Erhöhung um 2% nur akzeptiert werde, wenn die Beklagte ihrerseits alle darüber hinausgehenden Erhöhungen als unwirksam behandle und fallen lasse.

Panten

zur Verth

Dr. Büßer