

1. Die Berufung der Beklagten gegen das am 24. März 2010 verkündete Urteil des Amtsgerichts Mitte – 17 C 523/09 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
3. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Hinsichtlich des Tatbestands wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen. Zu ergänzen ist, dass die Bezugskosten der Beklagten im Vergleich zu dem Zeitraum Januar 2003 bis November 2004 in dem Zeitraum Oktober 2005 bis Dezember 2005 um 0,815 ct/kWh und im Jahr 2006 um 1,387 ct/kWh gestiegen sind.

Mit am 29. März 2010 zugestelltem Urteil vom 24. März 2010 hat das Amtsgericht der Klage stattgegeben.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer am 14. April 2010 eingegangenen und am 22. Juni 2010 nach am 12. Mai 2010 beantragter und gewährter Fristverlängerung bis zum 29. Juni 2010 begründeten Berufung, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Sie ist der Ansicht, das Amtsgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die streitgegenständlichen Zahlungen rechtsgrundlos erfolgt seien. Die Parteien hätten sich insbesondere stillschweigend über die jeweiligen Preiserhöhungen geeinigt. In dem jeweiligen Erhöhungsverlangen eines Gasversorgers sei zugleich ein Angebot an dessen Kunden zu sehen, das Gas zu dem nun erhöhten Preis zu liefern. Soweit der Kunde den jeweiligen Preisanpassungen nicht zeitnah widerspreche, sei im Weiterbezug des Gases unter Ausgleich der Jahresverbrauchsabrechnungen das Einverständnis des Kunden mit der entsprechenden Preiserhöhung zu sehen. Dies gelte nicht nur für Energieversorgungsverträge aus dem Tarifikunden- sondern auch für solche aus dem Normsonderkundenbereich. Ferner käme es ohne die streitgegenständlichen Preisanpassungen zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen dem Wert der von ihr erbrachten Leistung und der

ursprünglich vereinbarten Gegenleistung, da diese noch nicht einmal im Ansatz geeignet sei, die für die Erbringung der Gaslieferung erforderlichen Gestehungskosten zu decken, zumal der objektive Wert der von ihr erbrachten Leistung dem infolge der Preisanpassungen erhöhten Arbeitspreis entsprochen habe. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass sie in der Zeit ab dem 1. Oktober 2001 mehrfach den Arbeitspreis gesenkt habe, so dass die klagende Partei in der Zeit zwischen dem 1. Oktober 2001 und dem 1. Dezember 2004 in der Summe ca. 35 % weniger gezahlt habe als sie auf Grundlage des von ihr zugrunde gelegten Arbeitspreises von 0,0363 €/kWh für den gesamten Zeitraum der Beklagten geschuldet hätte.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

II.

Die Berufung ist zulässig, sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 511ff ZPO.

Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg.

Mit Recht ist das Amtsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt BGB einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Entgelte für die im Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis zum 22. Juni 2006 erhaltenen Gaslieferungen in Höhe von 346,02 € hat.

Eine Anhebung des zwischen den Parteien ursprünglich vereinbarten Arbeitspreises von 0,0363 €/kWh ist nicht erfolgt. Soweit der Kläger darüber hinaus in diesem Zeitraum Zahlungen an die Beklagte geleistet hat, sind diese ohne Rechtsgrund erfolgt.

Die von der Beklagten dem Kläger gegenüber vorgenommenen Gaspreiserhöhungen zum 1. Oktober 2005 und zum 1. Januar 2006 sind unwirksam.

Dem steht nicht entgegen, dass zwischen den Parteien in dem genannten Zeitraum ein Vertragsverhältnis über die Belieferung von Gas nach dem Tarif der Beklagten Vario 2 bestand. Denn bei dem Kläger handelt es sich nicht um einen Tarif- sondern um einen so genannten Normsonderkunden mit der Folge, dass die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden nicht von Gesetzes wegen Bestandteil des Versorgungsvertrages und die Beklagte nicht unmittelbar gemäß § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV einseitig zur Preisänderung befugt war.

Vorrangig sind vielmehr die Regelungen der AGB der Beklagten zu berücksichtigen (vgl. zuletzt BGH Urteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 246/08, RdNr. 25, zitiert nach juris unter Verweis auf BGH Urteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07 -). Die Preisanpassungsregel in § 3 Nr. 1 der bis zum 31. März 2007 gültigen AGB der Beklagten ist gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, da sie die Kunden der Beklagten unangemessen benachteiligt (BGH Urteil vom 15. Juli 2009, a.a.O., RdNr. 25, bestätigt durch BVerfG Entscheidungen vom 7. September 2010 – 1 BvR 2160/09, 1 BvR 851/10). Soweit die AVBGasV nach § 1 der AGB der Beklagten ergänzend gelten sollte, führt dies nicht dazu, dass anstelle der unwirksamen Preisklausel § 4 AVBGasV tritt. Denn in § 1 der AGB heißt es lediglich, dass die Bestimmungen der AVBGasV ergänzend, nicht aber, dass sie hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit der AGB gelten sollten.

Die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in § 3 Nr. 1 der AGB ist entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht gemäß § 306 BGB in entsprechender Anwendung von § 8 Satz 2 PreiskIG erst ab Rechtskraft der vorgenannten Entscheidung des BGH vom 15. Juli 2009 sondern rückwirkend, also ex tunc eingetreten. Denn es fehlt für eine Analogie bereits an einer Regelungslücke, in §§ 305ff BGB ist vollständig geregelt, welche Folgen die Unwirksamkeit einer Klausel aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat. Nach § 306 Abs. 1 BGB bedeutet die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel allein, dass diese Preisanpassungsklausel unwirksam ist, also für die gesamte Laufzeit des Vertrages, und der Vertrag ansonsten fortbesteht und sich sein Inhalt nach § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Abgesehen davon ist angesichts der Parallelität der Fälle, die sich in eine überschaubare Anzahl von rechtlich gleich gelagerten Gruppen einteilen lassen, nicht ersichtlich, dass eine Rückabwicklung, auch wenn sie einen längeren Zeitraum erfasst, zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen und zu einer übermäßigen Belastung der Gerichte beitragen könnte. Im Übrigen hat die Beklagte auch nicht hinreichend dargetan, dass sie bei einer rückwirkenden Unwirksamkeit der Klausel wegen ihres großen, davon betroffenen Kundenkreises und möglicher hoher Rückforderungen in ihrer Existenz bedroht wäre.

Ein einseitiges Preiserhöhungsrecht der Beklagten lässt sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung herleiten. 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. 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 (vgl. zuletzt BGH Urteil vom 14. Juli 2010, a.a.O. RdNr. 50ff). Dies ist schon

deshalb nicht der Fall, weil der Beklagten nach § 14 Nr. 2 ihrer AGB vom 1. Mai 2005 das Recht zusteht, 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. BGH, Urteil vom 15. Juli 2009, a.a.O., RdNr. 37). Dies gilt auch vor dem Hintergrund der seitens der Beklagten angeführten systemimmanenten Variabilität der von den Kunden zu zahlenden Preise und für den Fall, dass die streitgegenständlichen Preisanpassungen der Billigkeit entsprechen. Soweit die Beklagte 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 unangemessenen Preisklausel ebenfalls enthalten sei, ist ihr Vortrag nicht hinreichend substantiiert. Sie nennt weder konkrete Zahlen der tatsächlich geltend gemachten Forderungen noch legt sie ihr aktuelles Geschäftsvermögen und ihre aktuelle Geschäftsentwicklung hinreichend dar oder äußert sich zu von ihr im Hinblick auf eventuelle Rückforderungen getätigte Rückstellungen. Es kann daher 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 zu Lasten des Verwenders zu begründen (BGH, Urteil vom 15. Juli 2009, a.a.O., RdNr. 37, dagegen AG Mitte, Urteil vom 10. März 2010 – 17 C 464/09 -, zitiert nach juris, RdNr. 27 und das angefochtene Urteil).

Zu einem unzumutbaren Ergebnis führt auch nicht, dass der Kläger den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitabschnitt nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen durch Klage auf Rückzahlung geleisteter Entgelte geltend macht (vgl. BGH Urteil vom 14. Juli 2010, a.a.O., RdNr. 52).

Zum einen ist bereits fraglich, ob es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, aus den Akten ist ersichtlich, dass es seit dem 1. Mai 2001 bestand, im Übrigen ist offen, ob die Langjährigkeit im Sinne der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes sich auf den Zeitraum zwischen Vertragsbeginn und der ersten streitigen Erhöhung oder um den Zeitraum zwischen Vertragsbeginn und Klageerhebung bezieht.

Zum anderen ist aus dem Vortrag der Beklagten nicht ersichtlich, dass ihre Gestehungskosten erheblich gestiegen sind und dass sich daraus für die hier in Frage stehenden Zeiträume ein er-

hebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von ihr zu erbringenden Leistung und dem vereinbarten Preis ergibt.

Unstreitig sind die Gestehungskosten der Beklagten von Oktober bis Juni 2006 im Vergleich zu dem Zeitraum von Januar 2003 bis November 2004 gestiegen. Wie erheblich diese Steigerungen im fraglichen Zeitraum waren, ist ihrem Vortrag nicht hinreichend zu entnehmen, da sie ihre ursprünglichen Gestehungskosten nicht darlegt. Allein der Vergleich der Steigerung der Beschaffungskosten mit der Erhöhung der Tarifpreise ist insoweit nicht aussagekräftig. Soweit sie erstmals in der Berufungsinstanz angibt, der Anstieg der Gestehungskosten habe 35 % betragen, ist dies nicht ausreichend substantiiert. Ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von der Beklagten zu erbringenden Leistung und dem ursprünglich vereinbarten Preis hat die Beklagte ebenfalls nicht hinreichend dargelegt. Dem steht nicht entgegen, dass sie nach ihrem Vortrag die Tarife (unwirksam) weniger angehoben hat, als die Beschaffungskosten gegenüber dem Vergleichszeitraum gestiegen sind. Dies ist nicht entscheidungserheblich. Denn es ist nicht ersichtlich, wie sich der ursprünglich vereinbarte Preis für die von ihr zu erbringende Leistung zu deren tatsächlichem Wert verhielt. Soweit sie in ihrer Klageerwiderung darlegt, der Kläger habe in den jeweiligen Zeiträumen Leistungen erhalten, die objektiv gesehen – sowohl hinsichtlich der gestiegenen Bezugskosten als auch unter Berücksichtigung des auf dem relevanten Vergleichsmarkt zu zahlenden Preises – wertmäßig über dem lag, was von ihr gegenüber ihm jeweils vertraglich geschuldet war und diesen übersteigenden Betrag jeweils beziffert, ist dies nicht hinreichend substantiiert. Denn die konkreten jeweils von ihr zu zahlenden Preise sind nicht ersichtlich. Soweit sie nunmehr in ihrem letzten Schriftsatz vom 14. September 2010 vorbringt, die ursprünglich vereinbarte Gegenleistung sei noch nicht einmal im Ansatz geeignet, die für die Erbringung der Gaslieferungen erforderlichen Gestehungskosten zu decken, ist dieser Vortrag bei weitem zu pauschal. Das gleiche gilt für ihr dort befindliches Vorbringen, der objektive Wert der von ihr erbrachten Leistung entspreche dem infolge der (angegriffenen) Preiserhöhungen erhöhten Arbeitspreis. Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der Kläger wegen der von ihr vorgenommenen Senkungen des Arbeitspreises zwischen dem 1. Oktober 2001 und dem 1. Dezember 2004 in Summe ca. 35 % weniger gezahlt habe als er aufgrund des vereinbarten Arbeitspreises geschuldet hätte, besagt dies nichts über ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von ihr zu erbringenden Leistung und dem ursprünglich vereinbarten Preis. Denn insoweit ist allein auf den streitgegenständlichen Zeitraum abzustellen.

Im Übrigen bestand für die Beklagte auch Anlass, eine Kündigung des Vertrages des Klägers jedenfalls in Erwägung zu ziehen. Es ist gerichtsbekannt, dass mindestens ab 2006 eine signifikante Anzahl von Kunden der Beklagten durch Widersprüche gegen vorangegangene Preiserhöhungen und durch Erhebung von Klagen deutlich gemacht haben, dass sie mit den Preiserhöhungen der

Beklagten nicht einverstanden sind. Die Beklagte musste damit rechnen, dass Gerichtsentscheidungen gegen sie ergehen könnten und dass diese angesichts ihrer Monopolstellung, einer engagierten großstädtischen Kundenschaft und eines gut aufgestellten lokalen Zeitungsmarktes auch publiziert und zur Nachahmung durch andere Kunden führen würden.

Die Beklagte kann sich auch nicht nach § 313 BGB auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage oder auf eine Störung der Geschäftsgrundlage mit der Folge, dass ihre erhöhten Preise gelten bzw. sie die Anpassung des Vertrages verlangen könnte, berufen. Schon das Vorliegen einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände, die Grundlage des Vertrages geworden sind, ist aus den oben angegebenen Gründen zweifelhaft. Insbesondere ist die Vorschrift aber dann nicht anwendbar, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, das eine der Parteien zu tragen hat (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Auflage, § 316 RdNr. 19). Dies ist im Fall der Unwirksamkeit von AGB gemäß § 307ff BGB der Verwender (BGH NJW 2008, 2840).

Die Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV stellt hier keine gesetzliche Regelung i.S. von § 306 Abs. 2 BGB dar, da diese nach § 1 Abs. 2 AVBGasV nur für Tarifikunden gilt und nicht für Sonderkunden (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 – VIII ZR 81/08 -, zitiert nach juris, RdNr. 25).

Es ist zwischen den Parteien auch nicht zu einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung einer Preiserhöhung gekommen.

Die erforderliche Vereinbarung der Parteien ist nicht geschlossen worden. Entgegen der Ansicht der Beklagten haben die Parteien insbesondere keine stillschweigende Vereinbarung dadurch getroffen, dass der Kläger nach den öffentlichen Bekanntmachungen der Preiserhöhungen den Gasbezug fortgesetzt hat. Nach dem bürgerlichen Recht bedeutet Schweigen grundsätzlich keine Zustimmung. Es mangelt an Handlungen beider Seiten, die eine entsprechende Willenserklärung ersetzen. Die Veröffentlichung der Preiserhöhung war aus der Sicht des Kunden kein Angebot der Beklagten, eine Änderung des Gasliefervertrages hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen, sondern allein die Mitteilung, dass sie dies einseitig vornehmen würde. Die Fortsetzung des Gasbezugs stellt lediglich ein tatsächliches Verhalten dar, dem kein Erklärungswert zukommt. Es enthält keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand einer mit dem Bezug verbundenen Forderung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist auch die Rechtsprechung des BGH zu einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarifikundenvertrag, nach der der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende, zuvor einseitig erhöhte Tarif zu dem von den Parteien vereinbarten Preis wird und deshalb nicht mehr auf seine Billigkeit überprüft werden kann, wenn der Kunde eine auf der Grundlage einer öffentlich bekannt gegebenen einseitigen Preiserhöhung vorgenommene Jahresabrechnung des Versor-

gungsunternehmers akzeptiert hat, indem er weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit zu beanstanden, nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Dem steht auch nicht entgegen, dass der BGH in seinem weiteren Urteil vom Juli 2010 (BGH, Urteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 6/08 -, zitiert nach juris, RdNr. 18) in dieser Hinsicht eine Gleichstellung von Sonderkunden und Tarifikunden vornimmt. Denn diese bezieht sich allein auf den Fall, dass die AVBGasV mit dem sich hieraus ergebenden Preisänderungsrecht in das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis wirksam einbezogen wurde. Genau dies ist hier aber nicht der Fall. Eine weiter gehende Auslegung des Kundenverhaltens dahin, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung sondern – soweit es darauf ankommt – auch die Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiert, kommt nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 14. Juli 2010, VIII ZR 246/08, a.a.O., RdNr. 59).

Eine stillschweigende Vereinbarung über die Erhöhung ist auch nicht daraus zu entnehmen, dass der Kläger nach Übersendung der auf der Preiserhöhung basierenden Jahresrechnung vorbehaltlos gezahlt hat. Denn bei einer unwirksamen Preisanpassungsklausel kann die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2010, VIII ZR, a.a.O., RdNr. 57). Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne Weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des Gaslieferungsvertrages hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Selbst wenn der Kunde aufgrund der Rechnung Zahlungen erbringt, kommt darin zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält grundsätzlich über seinen Charakter als Erfüllungshandlung hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen (vgl. BGH Urteil vom 14. Juli 2010, a.a.O., RdNr. 57).

Die Beklagte ist auch nicht nach § 818 Abs. 3 BGB entreichert. Es fehlt bereits an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem Empfang der rechtsgrundlosen Leistung und einem Vermögensverlust der Beklagten. Die Beklagte hätte den behaupteten Vermögensverlust (die Zahlung der höheren Bezugskosten) auch erlitten, wenn die Kunden nur die vertraglich geschuldeten und nicht die erhöhten Entgelte gezahlt hätten. Denn die Erhöhungen der Bezugspreise beruhen auf langfristigen Lieferverträgen, aufgrund derer die Beklagte – unabhängig von einer Zahlung der Kunden - ohnehin zur Abnahme des Gases verpflichtet war. Aufgrund dieser Verträge sind die Bezugspreise bereits erhöht worden, bevor eine Preisanpassung durch die Beklagte erfolgt ist und die Kunden die gestellten Jahresabrechnungen beglichen haben, wobei die Beklagte verpflichtet war, an die Kunden zu den vereinbarten Preisen zu liefern (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 29. Mai

2009 – 19 U 52/08 -, zitiert nach juris, RdNr. 80). Soweit die Beklagte vorbringt, der Kläger wäre nicht beliefert worden, wenn er die geforderten Mehrzahlungen nicht geleistet hätte, steht dem bereits entgegen, dass die Beklagte ihre Endabrechnung über den Gasbezug immer erst stellt, nachdem sie ihre Kunden beliefert hat. Im Übrigen sind die Zahlungen der Kunden dort in das allgemeine Geschäftsvermögen geflossen und nicht unmittelbar zur Bezahlung des gelieferten Gases verwendet worden. Soweit die Beklagte unter Beweisantritt vorbringt, die seitens der Kunden an sie infolge der streitgegenständlichen Preisanpassungen geleisteten Mehrzahlungen hätten ausschließlich dazu gedient, die gestiegenen Gasbezugskosten zu decken, ist dies nicht hinreichend substantiiert. Es ist nicht ersichtlich, durch welche Anweisungen und Buchungsvorgänge sie eine derartige Ausschließlichkeit hergestellt haben will.

Der Beklagten steht gegen den Kläger auch kein Anspruch aus § 812 BGB zu, mit dem sie ihrerseits aufrechnen will. Insoweit kann dahin stehen, dass es sich vorliegend nicht um einen selbständigen, der Aufrechnung fähigen Gegenanspruch der Beklagten sondern um einen im Rahmen der hinsichtlich des klägerisch geltend gemachten Bereicherungsanspruchs nach der Saldotheorie von Amts wegen zu verrechnenden unselbständigen Rechnungsposten handelt. Denn der Kläger ist nicht bereichert. Dem steht nicht entgegen, dass er Gas bezogen hat. Denn dieser Bezug erfolgte nicht ohne Rechtsgrund, die Parteien sind durch einen Vertrag miteinander verbunden, aus dem sich der zwischen den Parteien vereinbarte Preis ergibt. Zu diesem hat der Kläger das Gas erhalten, zu welchem Preis die Beklagte das Geld bezogen hat, ist nicht von Belang. Es ist nicht darauf abzustellen, wie hoch die marktüblichen Preise waren, sondern was zwischen den Parteien wirksam vereinbart war (OLG Hamm, Urteil vom 29. Mai 2009 – 19 U 52/08 -, a.a.O., RdNr. 80).

Eine Verwirkung des Bereicherungsanspruchs oder eine Verwirkung des Rechts, dem erhöhten Preis zu widersprechen, besteht nicht. Für die Beklagte gab es keinen nachvollziehbaren Grund, davon auszugehen, dass der Kläger den Rückzahlungsanspruch nicht mehr geltend machen würde. Sie musste damit rechnen, dass der Kläger die Entwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung abwarten und innerhalb der Verjährungsfrist Rückzahlungsansprüche geltend machen würde.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die weiteren Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen. Im Hinblick auf die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich.

Der Beklagtenvertreterin war auf ihren Antrag keine Erklärungsfrist nach § 139 Abs. 5 ZPO auf den in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweis der Kammer, dass ein außerordentliches Missverhältnisses zwischen Leistung und geschuldeter Gegenleistung entscheidungserheblich sein könnte, zu gewähren. Denn unabhängig von der Entscheidung des BGH vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 246/08 – hätte für die Beklagte schon im Rahmen des Vortrags erster Instanz Anlass dazu bestanden, ein solches Missverhältnis darzulegen. Bereits um die von ihr geltend gemachte Existenzbedrohung hinreichend darzulegen, hätte es sich aufgedrängt, substantiiert statt zu den jeweiligen Steigerungen der Gestehungskosten und den von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen zu den tatsächlichen Gestehungskosten, dem ursprünglichen und dem jeweils nach den Preiserhöhungen bestehenden Gewinnverhältnis und von ihr wegen eventueller Rückforderungen vorgenommenen Rückstellungen vorzutragen.

■■■■■

■■■■■

■■■■■■■■