

Abschrift

**OBERLANDESGERICHT HAMM**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

**I-2 U 60/10 OLG Hamm**  
1 O 302/08 LG Dortmund

Verkündet am 28. Oktober 2010

In dem Rechtsstreit

Stadtwerke ....

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ....

g e g e n

.....

Beklagte, und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Himmelmann & Partner in Dortmund

hat der 2. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Teigelack, den Richter am Oberlandesgericht Stratmann und die Richterin am Oberlandesgericht Hofstra

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 26. Januar 2010 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die in der Berufungsinstanz entstandenen Kosten zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die gegen sie gerichtete Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

I.

Die Parteien – die Beklagte firmierte seinerzeit unter .... - schlossen im März 1998 einen Vertrag, auf dessen Grundlagen die Klägerin die Beklagte seit dem mit Gas beliefert. Entsprechend der vertraglichen Regelungen, nach denen Preisänderungen für das gelieferte Gas dem Heizölpreis folgen, wurden die Preise der Klägerin geändert. Mit Schreiben vom 31.03.05 [GA53] teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sich der Gaspreis ab dem 01.04.05 erhöhe. Dem widersprach die Beklagte – wobei es sich um ihren ersten Widerspruch zu Preisänderungen handelt – mit Schreiben vom 04.05.05 und kündigte mit weiteren Schreiben vom 22.06.05 [K2] an, die Gasrechnungen der Klägerin um 10 % zu reduzieren. Die Rechnungen der Klägerin – beginnend mit der Rechnung für den Verbrauchszeitraum Juni 2005 – zahlte sie in der Folgezeit nicht mehr vollständig. Wegen der Einzelheiten der in Rechnung gestellten und gezahlten Beträge wird auf die – insoweit unstrittige – Darstellung in der Klageschrift III Ziff. 1. - 3. verwiesen. Gegenstand der Klage ist der seitens der Beklagten nicht ausgeglichene Teil der Rechnungen der Klägerin für den Verbrauch der Beklagten in der Zeit vom 01.06.05 bis zum 30.04.08. Die Parteien streiten darum, ob die von der Klägerin verlangten Preise berechtigt sind.

Der zwischen ihnen geschlossene Gaslieferungsvertrag setzt sich aus einem Hauptteil – im Folgenden Liefervertrag – und verschiedenen Anlagen zusammen. Der Liefervertrag lautet in Auszügen wie folgt:

- 0.2        ...  
          Gaspreis  
          Für die Gaslieferung bezahlt der Kunde ein Entgelt nach den Bestimmungen der Anlage 3
- 0.4        ...  
          Wirtschaftliche Grundlage
- 0.4.1     Sollte die Gasversorgung mit Steuern, Gebühren oder Abgaben irgendwelcher Art ... belegt werden ... oder ... Steuern, Gebühren oder Abgaben erhöht werden, so ist EWF (Anmerkung: die Klägerin) berechtigt, sämtliche sich daraus für sie ergebenden Belastungen an den Kunden weiter zu geben. Das gleiche gilt für an die EWF seitens ihrer Lieferanten weitergegebenen Belastungen ... Verringern sich solche Belastungen nachträglich, so verringern sich die an den Kunden weitergegebenen Belastungen entsprechend.
- 0.4.2.    Sollten sich in Zukunft ... Verhältnisse wesentlich ändern und kann infolge dessen einem Vertragspartner das Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden, so soll dem nach Vernunft und Billigkeit mit dem Ziel einer angemessenen Vertragsanpassung Rechnung getragen werden ...
- 0.6        Vertragsänderungen
- 0.6.2     ...  
          Bei Nichtigkeit oder Wegfall einzelner Bestimmungen dieses Vertrages wird seine Rechtswirksamkeit im Ganzen nicht berührt. Die Vertragspartner verpflichten sich jedoch, die nichtigen oder weggefallenen Bedingungen durch im wirtschaftlichen Ergebnis gleichwertige Bestimmungen zu ersetzen.

- 0.7 Vertragsdauer  
 0.7.1 Dieser Vertrag tritt mit Aufnahme der Versorgung in Kraft und läuft fest bis zum 31.12.2007  
 0.7.2 Wird nicht spätestens 6 Monate vor Ablauf dieses Vertrages von einem Vertragspartner in Schriftform gekündigt, so läuft dieser Vertrag jeweils 3 Jahre weiter.
- 0.8 Bestandteile des Vertrages  
 Bestandteile dieses Vertrages sind  
 Gaslieferungsbedingungen für Sonderkunden  
 einschl. Anhang - Anlage 1 -  
 ...  
 Gaspreis - Anlage 3 -  
 ...

In der Anlage 1 heißt es u.a.:

- 1.10.3 ...  
 Einwände gegen Rechnungen berechtigen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen ...  
 ...

Die Anlage 3 schließlich lautet auszugsweise:

Gaspreis – Zonenpreisreglung -

- 3.2 Gaspreis  
 3.2.1 Der Preis für die im Rechnungsjahr gelieferte Gasmengen beträgt,  
 für die ersten 400.000 kWh 5,86 Pf/kWh  
 ...  
 für alle weiteren kWh 5,40 Pf/kWh  
 ...  
 3.3 Änderung des Gaspreises  
 3.3.1 Die in 3.2 genannten Zonenpreise ermäßigen oder erhöhen sich nach der Formel:

$$B = 0,09098 (HL - 64,39)$$

Darin bedeuten

B = Preisänderung in Pf/kWh  
 HL = Preis in DM/hl für leichtes Heizöl

...

- 3.3.3 Der Gaspreis ändert sich mit Wirkung vom 01.04. und 01.10. eines jeden Jahres, wobei jeweils der Durchschnittspreis für leichtes Heizöl des vorhergehenden Kalenderhalbjahres zu Grunde zu legen ist

- 3.3.4 Sollten die ... Preise für leichtes Heizöl nicht mehr veröffentlicht werden, so treten an deren Stelle die diesen Preisen ... entsprechenden veröffentlichten Preise ...
- Bei einer Änderung gemäß vorstehendem Absatz sind die Bedeutung und der Zweck der vereinbarten Bindung des Gaspreises an den Preis für leichtes Heizöl möglichst unverändert aufrecht zu erhalten.
- 3.3.5 Sollten die ... Heizölpreise von staatlicher Stelle reglementiert werden und ... die EWF deshalb mit ihren Lieferanten für ihre Einkaufsverträge eine Ersatzlösung vereinbaren, so werden die Vertragspartner ... eine angemessene Ersatzlösung vereinbaren.
- ...
- 3.3.7 Die Vertragspartner gehen davon aus, dass diese Preisänderungsklausel die Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt für den Erdgassektor zutreffend wiedergibt. Sollte dies nicht der Fall sein, so sind entsprechend anderweitige Vereinbarungen über eine angemessene Preisänderungsklausel zu treffen.
- ...

Die Klägerin hat im Wesentlichen unter näherer Darlegung die Auffassung vertreten, nach den Regelungen des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages stünden ihr die verlangten Preise zu und beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 73.080,07 € nebst Zinsen und Rechtsanwaltskosten zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die vertragliche Preisänderungsklausel für unwirksam gehalten und dazu näher ausgeführt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Preisänderungsklausel sei gemäß § 307 BGB unwirksam. Wegen der dem zu Grunde liegenden Feststellungen der Einzelheiten – insbesondere was die von der Klägerin geltend gemachten Nebenforderungen angeht – in erster Instanz gestellten Anträge und der Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Dabei rügt sie, das Landgericht habe wesentlichen Vortrag übergangen und sich auch nicht ausreichend mit ihrer Argumentation auseinandergesetzt. So habe sich das Landgericht weder mit ihrem Vorbringen, im Verkehr unter Unternehmern – als die sich die Beklagte darstellt – seien an die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geringere Anforderungen zu stellen, beschäftigt, noch mit ihrem Vorbringen, die verlangten Preise ergäben sich bei Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel aus ergänzender Vertragsauslegung. Auch mit ihrem Hauptargument, die Klausel bedeute keine unverhältnismäßige Benachteiligung, weil sie eine automatische Preisanpassung ohne Ermessensspielraum der Klägerin zur Folge

habe, habe sich das Landgericht nicht befusst. Sie hält mit näherem Vortrag dafür, dass es sich bei den Preisabreden um eine der Inhaltskontrolle entzogene Preisvereinbarung handele. Schließlich verfolgt sie ihre schon in erster Instanz vertretene Auffassung weiter, die von der Beklagten erhobenen Einwendungen seien durch Ziff. 1.10.3 der vertraglichen Regelungen gesperrt.

Sie begehrt Abänderung der angefochtenen Entscheidung nach Maßgabe ihrer in erster Instanz gestellten Anträge.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurück zu weisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung mit näherem Vorbringen.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und ihrer Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat ihre Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Auf das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist seit dem 01.01.2003 das Bürgerliche Gesetzbuch in der ab da geltenden Fassung anzuwenden, Art. 229 § 5 EGBGB.

1.

Die unter Ziff. 3.3.1 des Vertrages getroffene Preisänderungsbestimmung ist unwirksam.

a.

Bei den vertraglichen Regelungen handelt es sich wie vom Landgericht unangegriffen festgestellt und im übrigen unstreitig um allgemeine Geschäftsbedingungen - § 305 BGB – der Klägerin, die diese gegenüber ihren Sonderkunden verwendet. Die Vertragsbedingungen unterliegen deshalb nach Maßgabe der §§ 307ff BGB der Kontrolle.

aa.

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot, § 307 II 2, I 2, 1 BGB kommt wegen des verständlichen Inhalts der Preisänderungsklausel nicht in Betracht und wird von der Beklagten auch nicht ins Feld geführt.

bb.

Einer Inhaltskontrolle, §§ 307 I, II, 308, 309 BGB, sind solche Bedingungen unterworfen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden, § 307 III 1 BGB. Die Preisänderungsklausel ist eine solche Bedingung und nicht, wie die Klägerin meint, lediglich eine – der Inhaltskontrolle entzogene – Preisbestimmung.

Für die Bewertung von vorne herein ohne Belang ist, ob eine Vertragsbestimmung dem Verwender das Recht zur einseitiger Preisänderung einräumt oder ob sie – wie hier – eine automatische Preisanpassung zur Folge hat, BGH VIII ZR 178/08 Rz. 20.

Allerdings scheint für die Charakterisierung der Preisabrede als Preisvereinbarung – was die Klägerin auch geltend macht – auf den ersten Blick zu sprechen, dass der Kunde nach 0.2 des Liefervertrages ein – unter 0.2 nicht beziffertes – Entgelt nach den Bestimmungen der Anlage 3 bezahlt, in der die Preisbestimmungen auch mit Rücksicht auf die Überschrift der Anlage dem äußeren Bild nach zunächst als einheitliche Preisabrede erscheinen. Das ist bei näherer Betrachtung indessen nicht entscheidend. Denn für die Beurteilung ist nicht – jedenfalls nicht von ausschlaggebender – Bedeutung, an welcher Stelle des Vertragswerkes (Liefervertrag oder Anlage) die Einzelheiten der Preisabsprache geregelt sind oder ob die Regelungen – wie hier in der Anlage 3 – zusammengefasst werden oder sich an verschiedenen Stellen des Vertragswerkes befinden. Entscheidend ist, ob die Preisabsprache aus der maßgeblichen Sicht des Kunden eine Preisvereinbarung im Sinne eines von vorne herein für die Vertragsdauer variablen Preises bedeutet, oder ob ein bei Vertragsschluss vereinbarter Vertragspreis im Laufe der Vertragsdauer der Anpassung unterliegen soll. Maßgeblich ist deshalb, ob die in der Anlage 3 des Vertrages getroffenen Bestimmungen als Vereinbarung eines variablen Preises oder als Vereinbarung eines Preises mit Anpassungsmöglichkeiten erscheinen.

Dagegen, den gesamten Inhalt der Anlage 3 als Vereinbarung eines variablen Preises anzusehen, spricht bereits, dass in der Anlage zwischen Gaspreis – Ziff. 3.2. - und Gaspreisänderung – Ziff. 3.3 – unterschieden wird. Denn wenn die Klägerin mit der Beklagten für diese erkennbar einen – der Heizölformel folgenden – variablen Preis hätte vereinbaren wollen, wäre die Nennung eines bezifferten Preises – Ziff. 3.2. - überflüssig. Daran ändert es auch nichts, dass der in 3.2 genannte Preis nach dem jetzigen Vortrag der Klägerin nach der Heizölformel ermittelt worden sein soll.

Entscheidend dafür, dass die Parteien – jedenfalls aus der maßgeblichen Sicht der Beklagten – nicht einen von vorne herein variablen Preis, sondern – ansonsten dispositivem Recht zugängliche – Änderungsmöglichkeiten vereinbart haben, spricht der weitere Inhalt der Anlage 3. Denn dort sind Regelungen für den Fall getroffen, dass sich der Anpassungsmaßstab nicht mehr verifizieren lässt (3.3.4) oder die Preisbildung am Erdgasmarkt nicht mehr zutreffend widerspiegelt (3.3.7). Diese Regelungen zeigen, dass es der Klägerin für die Beklagte erkennbar nicht darum ging, einen von vorne herein variablen Preis zu vereinbaren, sondern um die Vereinbarung eines Maßstabes für Preisänderungen. Das aber läuft gerade darauf hinaus, dispositives Recht, aufgrund dessen Preisanpassungen bei Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses unter Umständen möglich wären, durch Parteivereinbarung zu ersetzen.

cc.

Die Klausel benachteiligt die Beklagte unangemessen, § 307 I 1 BGB.

(1)

Dazu kann zunächst auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes – Urteile vom 24.03.2010 VIII ZR 178/08 und VIII ZR 304/08 – der der Senat folgt, verwiesen werden. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ergibt sich zunächst folgendes:

Die Pole, die für die Frage einer unangemessenen Benachteiligung von Bedeutung sind, sind auf Seiten des Kunden dessen Interesse, vor Preisanpassungen geschützt zu werden, die über die Wahrung des ursprünglichen Äquivalenzinteresses hinaus gehen, und auf Seiten des Verwenders dessen Interesse, seine Preise den aktuellen Kosten- oder Preisentwicklungen anzupassen.

Die Wirksamkeit der von der Klägerin verwendeten Preisänderungsklausel scheitert daran, dass sie kein schutzwürdiges Interesse für deren Verwendung vorweisen kann.

Aus der an anderer Stelle des Vertrages (0.4.1) getroffenen Regelung für die Weitergabe verschiedener Kostenelemente und aus der Grundlage für die Bindung von Preisänderungen an den Ölpreis, nämlich, dass die Parteien davon ausgingen, dass die an den Ölpreis geknüpfte Preisänderungsklausel die Preisentwicklung auf dem Erdgassektor zutreffend widerspiegelt (3.3.7), ergibt sich dass die Preisänderungsklausel unabhängig von der Kostenentwicklung die Erhaltung einer bestimmten Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung bezweckt. Dieses Ziel – Marktpreis Anpassung – kann mit der Klausel nicht erreicht werden, weil es auf dem Markt für Lieferung von Gas an Endverbraucher an einem wirksamen Wettbewerb fehlt und die in der Praxis häufig verwendete Bindung an den Heizölpreis dazu dient, überhaupt einen variablen Preis für Gas herauszubilden.

Als schützenswertes Interesse der Klägerin bleibt – wie in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen – nur deren Bedürfnis, Kostensteigerungen in adäquater Weise an die Beklagte weiter zu geben. Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden ergibt sich mithin dann, wenn die Klausel es ermöglicht, nicht nur Kostensteigerungen weiter zu geben und damit eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern den Preis zu erhöhen, obwohl die Steigerung bei einem Kostenfaktor durch ggf. rückläufige Kosten in anderen Bereichen aufgefangen werden kann. Das ist bei der hier in Rede stehenden Preisänderungsklausel - was von der Klägerin auch nicht in Abrede gestellt wird, wenn sie vorträgt, die Klausel könne nicht die gesamte Kostensituation berücksichtigen und müsse es auch nicht – der Fall. Dabei ist es ohne Belang, dass die Bezugspreise der Klägerin dem Heizölpreis folgen, weil sie mit ihren Lieferanten eine ähnliche Preisabrede getroffen hat. Denn die Bezugspreise der Klägerin stellen nicht den einzigen Kostenfaktor für die Klägerin dar.

(2.)

An der unangemessenen Benachteiligung durch die Eröffnung der Möglichkeit, nicht nur Kostensteigerungen weiter zu geben, sondern den Preis auch dann zu erhöhen, wenn Kostensteigerungen in einem Bereich ggf. durch Kostenersparnisse in anderen Bereichen ausgeglichen werden, ändert es nichts, dass die Beklagte Unternehmerin ist. Das Äquivalenzvertrauen eines Unternehmers ist in gleicher Weise schutzwürdig, wie das eines Verbrauchers. Dafür, dass die Beklagte den Effekt der Klausel, unter Umständen verdeckte Gewinnerhöhungen für die Klägerin zu ermöglichen, kraft eines einem Verbraucher überlegenen Unternehmerwissens gesehen hätte oder hätte sehen müssen, ist nichts ersichtlich.

(3.)

Die unangemessene Benachteiligung der Beklagten dadurch, dass die Klausel der Klägerin Anpassung des Preises unabhängig von sonstigen Kostenfaktoren erlaubt, wird nicht dadurch kompensiert, dass die Parteien für den Fall, dass der Heizölpreis die Entwicklung des Gaspreises nicht wieder spiegelt (3.3.7), Anpassung vereinbart haben. Denn durch diese Regelung wird das, was die Unangemessenheit der Preisänderungsklausel ausmacht, nämlich, dass sie Preissteigerungen unabhängig von der Kostenstruktur der Klägerin erlaubt, nicht erfasst. Was eine Anpassung an den Marktpreis angeht, bietet die Klausel deshalb keine Kompensation, weil es an einem wirksamen Markt, auf dem der Preis nach Angebot und Nachfrage gebildet wird, fehlt.

2.

Der Vertrag zwischen den Parteien enthält bei Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel eine Lücke. Damit stellt sich die Frage, ob die Lücke der Ausfüllung bedarf und dahin zu schließen ist, dass die Klägerin – was ihrer Klage zum Erfolg verhülfe – die von ihr verlangten Preise verlangen kann.

a.

Der Bundesgerichtshof hat in seinen Entscheidungen VIII ZR 320/07 und VIII ZR 81/08 ausgesprochen, dass es an einer ausfüllungsbedürftigen Lücke fehlt, wenn sich der Versorger in absehbarer Zeit vom geschlossenen Vertrag lösen kann.

So liegt die Sache hier nicht. Die Parteien haben sich bei Abschluss des Vertrages auf eine Laufzeit von knapp 10 Jahren gebunden und dreijährige Verlängerung vereinbart.

b.

Ob die Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel nach allgemeinen Regeln zu einer ausfüllungsbedürftigen Lücke führt oder ob auch ohne das ohnehin eine Anpassung vorzunehmen wäre, weil die Parteien sich verpflichtet haben, bei Unwirksamkeit von Regelungen diese durch wirtschaftlich gleichwertige zu ersetzen (0.6.2) bedarf keiner Entscheidung.

aa.

Denn eine Lückenfüllung oder Vertragsanpassung – mit der Folge, dass der Klägerin die verlangten Preise zustehen – setze – einerlei, ob sie in ein Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin nach billigem Ermessen oder in eine unmittelbare ergänzende Vertragsauslegung gekleidet wird – voraus, dass mit den Preisen, die die Klägerin verlangt, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung gewahrt bleibt. Das wiederum wäre nur der Fall, wenn die Klägerin mit den von ihr verlangten Preisen lediglich (Gesamt-) Kostensteigerungen weiter gegeben hätte.

Dies festzustellen gibt der Klägervortrag nicht her. Es ist schon unklar, ob die Preisänderungsklausel – andere Kostenfaktoren zunächst aussen vor gelassen – Änderungen der Bezugskosten der Klägerin zutreffend widerspiegelt. Denn abgesehen davon, dass die Preisänderung im Verhältnis zu ihrem Lieferanten nach dem Vortrag der Klägerin einem anderen Rhythmus folgen und zum näheren Inhalt der im Verhältnis zu den Lieferanten vereinbarten Anpassungsformel nicht vorgetragen ist, enthalten die mit ihren Lieferanten vereinbarten Preise neben der Anpassung an den Heizölpreis Bezugsmengen- und Leistungskomponenten. Jedenfalls bildet die Preisänderungsklausel die Änderung – jetzt in die Überlegung einbezogen – sonstiger Kostenfaktoren nicht ab. Mithin ist ohne Vortrag zur sonstigen Kostenstruktur und Entwicklung nicht festzustellen, dass die von der Klägerin verlangten Preise das Äquivalenzverhältnis – einerlei, ob man auf den ursprünglich vereinbarten Preis oder die von der Beklagten zuletzt akzeptierte Preisänderung abstellt – beibehalten.

bb.

Auch die von der Klägerin zuletzt angesprochene Möglichkeit, den Vertrag ergänzend dahin auszulegen, dass die Preisdifferenz zwischen dem Allgemeinen Tarif und dem Sondertarif der Beklagten immer gleich groß zu sein hat, erscheint ungeeignet, die Wahrung des Äquivalenzverhältnisses abzubilden. Denn ein diskreter Abstand zu Tarifkundenpreisen führt nur dazu, die Vertragspreise in eine Relation zu den



Tarifkundenpreisen zu setzen. Die Frage, ob mit den Preisänderungen die Relation von Leistung und Gegenleistung gewahrt ist, ist damit nicht beantwortet. An dieser Bewertung ändert es auch nichts, dass die Beklagte die Preisbildung vornehmlich deshalb gestört hat, weil nach ihrem Vorbringen kein ausreichender Abstand zu den von Tarifkunden verlangten Preise bestand.

3.

Die Regelung, wonach nur offensichtliche Fehler zur Einbehaltung von Rechnungsforderungen berechtigten (1.10.3.), führt nicht dazu, dass die Beklagte den Einwand, die Preisänderungsklausel sei unwirksam, nicht im – hier vorliegenden – Forderungsprozess des Versorgers geltend machen kann, und auf einen etwaigen Rückforderungsprozess zu verweisen wäre.

a.

Dabei kann dahin stehen, ob die Klausel wegen unverhältnismäßiger Benachteiligung des Kunden unwirksam ist, so wohl BGH X ZR 60/04, oder ob eine unverhältnismäßige Benachteiligung des Kunden nicht in Betracht kommt, weil die Klausel den für Tarifkunden geltenden Bestimmungen entspricht, denen für eine ausgewogenen Regelung Leitbildfunktion zukommt.

b.

Denn auch bei Wirksamkeit der Bestimmung ist die Beklagte – dahin ist die Bestimmung, die in erster Linie den Einwand von Ablesefehlern und ähnliche Einwände abschneiden will, auszulegen – nicht gehindert, Einwendungen gegen die Grundlage der Preisbildung, als die sich der Einwand, die Preisänderung sei nach §307 I 1 BGB unwirksam, darstellt, zu erheben.

Bei einem Streit um die Wirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen entfällt wie einem Leistungsbestimmungsrecht der Versorgers – dazu BGH VIII ZR 279/02 – die Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien darüber folgt. Den Belangen des Kunden, lediglich den tatsächlich geschuldeten Preis zahlen zu müssen, kann nur dadurch Rechnung getragen werden, dass er sich – auch mit Blick auf den Schutzzweck des § 307 BGB – auf Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel berufen kann. Dem steht die Entscheidung BGH VIII ZR 270/05 nicht entgegen. Denn in jenem Fall lag der Preisänderung ein wirksame Preisänderungsgrundlage (AVB) zu Grunde.

c.

Jedenfalls ist es der Klägerin verwehrt, sich auf die Regelung zu berufen. Die Parteien streiten seit 2005 [Anlagen zu Klageschrift K2 – K9] in der Sache darüber, ob die Preiserhöhungen gerechtfertigt sind. Dabei hat sich die Beklagte auf den Standpunkt gestellt, die Preiserhöhungen seien zu hoch ausgefallen, die Klägerin müsse ihre Kalkulation offen legen, und die Klägerin auf den Standpunkt, sie könne die verlangten Preise nach den vertraglichen Vereinbarungen verlangen, zur Offenlegung ihrer Kalkulation sei sie nicht verpflichtet. Darüber haben die Parteien bis zur Einreichung der Klage gut zweieinhalb Jahre gestritten. Dabei ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin die Beklagte jemals darauf verwiesen hätte, diese sei unabhängig von der Berechtigung ihres Einwandes zur Zahlung verpflichtet und müsse etwaige Zuvielzahlungen in einem Rückforderungsprozess geltend machen. Wenn sich die Klägerin, obwohl dem Standpunkt

der Beklagten über eine Dauer von zweieinhalb Jahren nur mit Sachargumenten entgegen getreten ist, nunmehr auf den Standpunkt stellt, auf die sachliche Berechtigung des Einwandes der Beklagten käme es ohnehin nicht an, weil er ihrer Forderung wegen 1.10.3 sowieso nicht entgegen gesetzt werden könne, setzt sie sich in Widerspruch zu ihrem vorangegangenen Verhalten (*veniere contra factum proprium*).

4.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO. Die Zulassung der Revision, § 543 II ZPO, ist nicht veranlasst

Teigelack

Stratmann

Hofstra