

# Oberlandesgericht Celle

## Im Namen des Volkes

### Urteil

13 U 6/10 (Kart)  
18 O 52/07 Landgericht Hannover

Verkündet am  
19. Mai 2011  
M.,  
Justizobersekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In der Kartellsache

1. E. AG, vertreten durch den Vorstand, S., H.,
2. E. Vertrieb GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer, S., H.,

Beklagte und Berufungsklägerinnen,

Prozessbevollmächtigte zu 1, 2:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Dr. G. & Partner, H., M.,  
Geschäftszeichen: #####

gegen

1. R. B., M., H.,  
bis 63. pp.

Kläger und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte zu 1 - 63:  
Anwaltsbüro R. G. COLLEGEN, L., H.,

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. K., die Richterin am Oberlandesgericht Z. und den Richter am Oberlandesgericht B. auf die mündliche Verhandlung vom 5. April 2011 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 1. Dezember 2009 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Hannover wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Berufung hat die Beklagte zu 1 zwei Drittel der außergerichtlichen Kosten der Kläger und der Gerichtskosten zu tragen, die Beklagte zu 2 jeweils ein Drittel. Ihre eigenen Kosten tragen die Beklagten jeweils selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 42.000 € festgesetzt.

## Gründe

I.

Die Kläger begehren die Feststellung der Unwirksamkeit von Gaspreiserhöhungen, die die Beklagten als Gasversorger der Kläger in den Jahren 2004 bis 2008 vorgenommen haben. Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird insofern Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klage, soweit sie nicht durch Rücknahme seitens der Kläger zu 38, 40 und 53 gegenstandslos geworden war, stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass sich ein Erhöhungsrecht nicht aus der AVBGasV herleiten lasse. Die unmittelbare Anwendung scheitere daran, dass es sich bei den streitbefangenen Verträgen um Normsonderkundenverträge handele. Eine entsprechende Anwendung scheide im Hinblick auf die Vereinbarung einer abweichenden Preisanpassungsklausel aus. Diese indes benachteilige die Kunden unangemessen und halte der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand. Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nicht in Betracht, da die nachteiligen Auswirkungen der entstandenen Vertragslücke für die Beklagten durch ihre Möglichkeit zur kurzfristigen Kündigung kompensiert worden sei. Auch nach Inkrafttreten der GasGVV sei kein Preiserhöhungsrecht der Beklagten entstanden, weil die GasGVV nur dort Geltung beanspruchen könne, wo zuvor die AVBGasV Anwendung gefunden habe. Soweit die Kläger weiter widerspruchslos Gas bezogen hätten, beinhalte dies für sie als Normsonderkunden keinen Erklärungswillen.

Mit ihrer Berufung verfolgen die Beklagten ihr erstinstanzliches Klageziel (Klageabweisung) in vollem Umfang weiter. Sie wiederholen und vertiefen im Wesentlichen ihr Vorbringen aus erster Instanz und vertreten die Ansicht, das Landgericht sei von einer unzutreffenden Vertragsgrundlage ausgegangen und habe den Vertragsinhalt zu Unrecht der Broschüre (Anlage B 9) entnommen. Zutreffend sei von der Geltung der AVBGasV bzw. der GasGVV auszugehen und die Billigkeit der streitbefangenen Preise zu prüfen. Abgesehen davon habe das Landgericht den Inhalt der Broschüre nicht vollständig ausgewertet und entscheidungserheblich verkürzt. Das Ergebnis der vom LG vorgenommenen AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle und die Ablehnung einer ergänzenden Vertragsauslegung führten zu einer Vorteilsgewährung für den Kunden, auf die er auch bei billiger Vertragsgestaltung keinen Anspruch habe und die daher objektiven Gerechtigkeitserwägungen zuwiderlaufe. Nicht zuletzt habe das Landgericht die widerspruchslos hingenommenen Preisanpassungen zu Unrecht nicht als vereinbart angesehen; insofern dürfe der Sonderkunde nicht besser stehen als der Tarifikunde.

Die Beklagten beantragen,

das am 1. Dezember 2009 verkündete Urteil des LG Hannover (Az.: 18 O 52/07) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

Für die weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien und den Sach- und Streitstand im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze und den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig; die Beklagten haben in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass kein Rechtsmittel eingelegt worden ist, soweit die Klage durch die Kläger zu 38, 40 und 53 bereits in erster Instanz zurückgenommen worden ist. Die Berufung bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Das Landgericht hat den Klagen zu Recht stattgegeben. Die Einwände der Beklagten rechtfertigen keine abweichende Entscheidung. Im Einzelnen:

1. Bei den streitbefangenen Vertragsverhältnissen handelt es sich um Sonderverträge und nicht um Verträge im Rahmen der Grundversorgung. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts (S. 22/23 LGU unter Ziffer I Nr. 1 a) wird insofern Bezug genommen.
2. Den Beklagten stand ein Preiserhöhungsrecht nicht zu.
  - a) Die Beklagten hatten im Hinblick auf die streitbefangenen Rechnungen kein unmittelbar aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV resultierendes Preiserhöhungsrecht.

Die AVBGasV fand auf Sonderverträge - wie sie hier vorliegen (siehe oben Nr. 1) - keine unmittelbare Anwendung. Auch insofern wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen (S. 22/23 LGU, Ziffer I Nr. 1 a).

b) Dasselbe gilt für das in § 5 Abs. 2 GasGVV geregelte Preiserhöhungsrecht. Auch die GasGVV ist unmittelbar nur auf Grundversorgungsverträge anzuwenden (s. S. 22/23 LGU, Ziffer I Nr. 1 a).

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die AVBGasV bzw. die GasGVV hier auch nicht entsprechend anwendbar.

aa) Eine Einbeziehung der AVBGasV als „*allgemeine Bedingungen*“ in den Tarif „Erdgas Classic“ ist schon deswegen zu verneinen, weil die AVBGasV den Klägern unstreitig nicht, erst recht nicht vor Vertragsschluss (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 305, Rn. 31 und 33), übergeben bzw. übersandt worden sind. Dies wäre indes selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Gaskunden aufgrund der Realofferte der Beklagten Gas bezogen haben, für eine wirksame Einbeziehung erforderlich gewesen (§ 305 Abs. 2 BGB). Den Beklagten hätte es insofern freigestanden, die Kunden zunächst auf der Grundlage des Basistarifs zu versorgen und ihnen sodann - unter ausdrücklicher Bekanntgabe ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen - den Abschluss der Sonderverträge anzubieten.

Auch die Privilegierung aus § 305 a BGB, die für bestimmte branchenspezifische Massengeschäfte Ausnahmen von den strengen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB vorsieht, greift ihrem Wortlaut nach hier nicht. Gaslieferungsverträge werden von der Regelung nicht erfasst. Eine analoge Anwendung verbietet sich bereits wegen des Ausnahmecharakters der Privilegierung.

bb) Daraus folgt, dass sich die Beklagten auch nicht mit Erfolg darauf berufen können, dass ab dem 8. November 2006 die AVBGasV aufgehoben und durch die GasGVV ersetzt wurde, womit das Preisanpassungsrecht für die streitbefangenen Verträge aus § 5 Abs. 2 GasGVV Geltung erlangt habe.

Das Landgericht hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass die Regelungen der

GasGVV nur insoweit greifen konnten, als zuvor die Regelungen der AVBGasV gegriffen haben (S. 28/29 LGU, Ziffer 1 Nr. 1 g). Da diese aber - wie dargelegt - weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung gefunden haben, können sie auch nicht durch § 5 Abs. 2 GasGVV ersetzt worden sein.

Unbeschadet dessen haben die Beklagten zudem gegen sich gelten zu lassen, dass ihrem Informationsschreiben vom Frühjahr 2007 (Anlage B 81) nicht einmal eindeutig zu entnehmen war, dass die vertraglich vereinbarte Preisanpassungsklausel durch die betreffende Bestimmung in der GasGVV abgelöst sein sollte. Die Beklagten haben in dem Schreiben vielmehr ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich „*am Vertragsverhältnis*“ nichts ändere. Den weiteren Hinweis, dass die GasGVV die „*bisher geltende*“ AVBGasV „*ablöse*“, konnten die Kläger daher auch nur so verstehen, dass sich zwar die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert hatten (nämlich GasGVV statt AVBGasV), nicht aber die vertraglich vereinbarten Sonderbedingungen.

Der Verweis der Beklagten auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 15. Juli 2009 (VIII ZR 56/08 und VIII ZR 225/07) sowie ihre Einlassung, dass eine Vertragsänderung, die lediglich einer Gesetzesänderung Rechnung trage, nicht unbillig i.S. des § 315 Abs. 3 BGB sein könne, gehen deshalb ins Leere. Hier wurde das Preisanpassungsrecht des § 5 Abs. 2 GasGVV eben gerade nicht in die Sonderverträge der Kläger überführt.

d) Selbst wenn im Übrigen die AVBGasV bzw. die GasGVV Vertragsbestandteil geworden wären, wie die Beklagten meinen, wäre dies nicht in unveränderter Form geschehen. Die in der Broschüre (Anlage B 9) für den Tarif „Erdgas Classic“ enthaltene Preisanpassungsklausel „*bei nachhaltiger Preisänderung im Heizölmarkt werden die Erdgaspreise entsprechend angepasst*“ stellt nämlich in jedem Fall eine abweichende vertragliche Regelung dar. Daher kann hier auch die Frage dahinstehen, ob die Regelung des Preisanpassungsrechts in § 4 AVBGasV überhaupt richtlinienkonform ist (vgl. RiL 93/13/EWG, „Klausel-Richtlinie“ sowie BGH, Vorlagebeschluss v. 9. Februar 2011, VIII ZR 162/09).

Auf die in der Broschüre enthaltene Preisanpassungsklausel indes kann ein Preiserhöhungsrecht der Beklagten ebenfalls nicht gestützt werden.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei dieser Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung und nicht lediglich um reines „Informationsmaterial“ ohne weitere rechtliche Bedeutung. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts hierzu (S. 23/24 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa) nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

bb) Auch die Einwände, die die Beklagten gegen diese vom Landgericht vorgenommene Bewertung erheben, führen nicht zu einer anderen Beurteilung:

(1) Insbesondere der Einwand, das Landgericht habe den Text der Broschüre, in der es zum Tarif „Erdgas Classic“ heißt: „*Günstig über 23.571 kWh Jahresverbrauch*“ unzutreffend gewürdigt, indem es auf Seite 24 des angefochtenen Urteils festgestellt habe: „*daraus ergibt sich zunächst, dass der Tarif nur bei einem Jahresverbrauch ab 23.571 kWh einsetzt*“, ist diesbezüglich ohne Relevanz.

Es kann dahinstehen, ob die genannte Schlussfolgerung des Landgerichts richtig, falsch oder nur sprachlich missverständlich ist. Selbst unter Zugrundelegung des Textverständnisses der Beklagten, wonach der Tarif auch bei einem geringeren Jahresverbrauch wählbar, aber erst ab 23.571 kWh wirtschaftlich sinnvoll sei, ändert dies nichts an der - zutreffenden - Bewertung des Landgerichts, dass es sich bei den „*Merkmalen*“ um Allgemeine Bestimmungen handelt. Denn jedenfalls hat die Beklagte zu 1 in ihrer Broschüre durch ihre Verweisung auf die „*allgemeinen Bestimmungen*“ im Abschnitt „*Der rechtliche Rahmen*“ auf die „*Merkmale*“ Bezug genommen und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass mit ihnen rechtliche Regelungen im Sinne Allgemeiner Geschäftsbedingungen getroffen werden.

(2) Auch der Einwand der Beklagten, die „*Merkmale*“ seien in ihrem Abrechnungssystem i. S. der ABVGasV-Regelungen „behandelt“ worden, ist ersichtlich ohne rechtliche Bedeutung. Entscheidend ist der vereinbarte Vertragsinhalt, nicht eine eventuell abweichende Handhabung durch die Beklagten.

(3) Soweit die Beklagten einwenden, das Landgericht habe den Sachverhalt sinnenstehend dahingehend verkürzt, dass es von der Vereinbarung vorrangiger „*Allgemeiner Bestimmungen*“ für die Sonderverträge ausgehe, während es in der

Broschüre tatsächlich heiße: „*Sofern in den allgemeinen Bestimmungen der Verträge nicht anders vereinbart*“, verhilft dies der Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg. Denn das Landgericht hat - zu Recht - festgestellt, dass es für den hier betroffenen Tarif „Erdgas Classic“ solche von den AVBGasV abweichende Bestimmungen, nämlich insbesondere die Regelung des Preiserhöhungsrechts und der Kündigungsfrist, gab (vgl. S. 23 LGU, Ziffer I Nr. 1 b). Außer den in der Broschüre enthaltenen Bestimmungen gab es dagegen - worauf das Landgericht ebenfalls zu Recht hingewiesen hat - keine konsolidierte Fassung der Lieferbedingungen für den Tarif „Erdgas Classic“ und somit auch keine Möglichkeit anderweitiger Informationen (vgl. S. 24/25 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa). Vor diesem Hintergrund konnten sich die „Allgemeinen Bestimmungen“ gerade nicht „*aus den Verträgen*“ ergeben.

(4) Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch der Umstand, dass die „*Merkmale*“ des Grundversorgungstarifs „Erdgas“, für den die AVBGasV unmittelbar galten, dieselbe Preisanpassungsklausel enthalten wie der Tarif „Erdgas Classic“, nicht gegen die Qualifizierung der „*Merkmale*“ des Tarifs „Erdgas Classic“ als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Insofern mögen Fehler in der Ausgestaltung der Grundversorgungsverträge vorliegen; diese haben jedoch keine Auswirkung auf die Normsonderkundenverträge. Deren Qualifizierung sowie die Bewertung der für sie geltenden „*Merkmale*“ bleibt unberührt von der Frage, ob im Grundversorgungsvertrag unzulässige Abweichungen von den AVBGasV enthalten sind (so auch die zutreffenden Ausführungen auf S. 25 Mitte LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa). Insbesondere lässt die Parallelität der Formulierungen in den jeweiligen „*Merkmalen*“ nicht den Schluss zu, dass die „*Merkmale*“ des Tarifs „Erdgas Classic“ lediglich anpreisenden Charakter hätten, wie die Beklagten geltend machen.

e) Die in der Broschüre enthaltene Preisänderungsklausel ist jedoch unwirksam. Sie benachteiligt die Kläger unangemessen und hält daher der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB nicht stand. Indem die Klausel das Recht zur Preiserhöhung ausschließlich an „*nachhaltige Preisänderungen im Heizölmarkt*“ anbindet, ohne die Berücksichtigung etwaiger Kostensenkungen in anderen Bereichen vorzusehen, verschiebt sie das vertraglich vereinbarte Äquivalenzverhältnis zum Nachteil des Kunden. Dasselbe gilt im Hinblick darauf, dass die Klausel nur ein



Preisanpassungsrecht, nicht dagegen eine Preisanpassungspflicht, insbesondere bei sinkenden Gasbezugskosten, vorsieht (vgl. hierzu umfassend BGH, Urteil vom 15.07.2009, VIII ZR 225/07, zitiert nach juris, Rn. 25 ff.). Die Klausel ist zudem unbestimmt, da sie weder Angaben zu den Zeitpunkten der möglichen Preisanpassung enthält noch zu den Maßstäben, anhand derer die Nachhaltigkeit der Preisänderungen am Heizölmarkt festzustellen sein soll. Der Vertrag sieht auch keine Kompensation für diese Benachteiligung vor. Auf die auch insoweit zutreffenden Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (S. 26/27 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, bb).

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten schulden die Kläger auch nicht in jedem Fall deshalb einen variablen und angemessenen bzw. billigen Gaspreis, weil der Parteiwille beider Seiten von Beginn an auf einen veränderlichen Preis gerichtet gewesen sei. Eine ergänzende Vertragsauslegung in diesem Sinne ist nicht vorzunehmen.

a) Sind Allgemeine Vertragsbedingungen 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 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 zu Gunsten des Kunden verschiebt (BGH, Urteile vom 14.07.2010, VIII ZR 246/08, zitiert n. juris, Rn. 50, und - bestätigend - vom 09.02.2011, VIII ZR 295/09, zitiert n. juris, Rn. 38).

b) Eine solche völlig einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges liegt hier nicht vor, so dass es auf die von den Beklagten aufgeworfene Frage, „was die typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten“, genauso wenig ankommt wie auf den von ihnen behauptete-

ten möglichen Willen der Parteien bei Vertragsschluss, eine „Preisvariabilität“ zu vereinbaren.

aa) Zutreffend ist das Landgericht zu dem Schluss gekommen, dass ein Bestehenlassen der durch die unwirksame Preiserhöhungsklausel entstandenen „Lücke“ für die Beklagten nicht im oben genannten Sinne unzumutbar ist. Die Beklagten waren insbesondere durch ihre Kündigungsmöglichkeit geschützt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. Februar 2011, a. a. O., Rn. 39; OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2009, I-19 U-52/08, zitiert n. juris, Rn. 60 und 70 ff.). Da erste Widersprüche der Kläger bereits im Herbst 2004 und weitere in den Jahren 2005 und 2006 erhoben wurden (vgl. Anlagenband I, Anlagenkonvolut K 2), war für die Beklagten bereits damals ein Risiko im Hinblick auf ihre Preiserhöhungen klar erkennbar. Ob insofern - und wann genau - daraufhin auch bereits ein Kündigungsanlass bestand und ob im Rahmen der betreffenden Beurteilung auf das jeweilige individuelle Vertragsverhältnis und die jeweilige mit dem Widerspruch angegriffene Preiserhöhung abzustellen wäre, kann hier indes ebenso dahinstehen wie die Frage, ob und welche Konsequenz eine Kenntnis der Beklagten von Widersprüchen Dritter gegen die Preiserhöhungen hätte. Denn jedenfalls gab die Zustellung der Klage der Kläger zu 1 bis 63 an die Beklagte zu 1 im Dezember 2006 Anlass, diesen gegenüber zu kündigen. In seiner Entscheidung vom 9. Februar 2011 hat der Bundesgerichtshof (a. a. O., Rn. 39) das Bestehen eines Kündigungsanlasses allein vom Verhalten der Kunden (Widerspruch, Klage) und der daraus resultierenden Erkennbarkeit der Nichtakzeptanz der Preiserhöhungen für den Energieversorger abhängig gemacht. Darüber hinaus hat er festgestellt, dass es kein von vornherein unzumutbares Ergebnis darstelle, wenn sich der Energieversorger erst *„nach zweijähriger Vertragsdauer mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist“* vom Vertrag lösen könne (vgl. BGH, Teilurteil vom 29.04.2008, KZR 2/07, zitiert n. juris, Rn. 33 sowie Urteil vom 17.12.2008, VIII ZR 274/06, zitiert n. juris, Rn. 26). Ein längerer Zeitraum steht im vorliegenden Fall im Hinblick auf die erste streitbefangene Preiserhöhung im Oktober 2004 auch dann nicht im Raum, wenn man erst auf den Zeitpunkt der Klagezustellung abstellt, ohne die bereits seit dem Jahr 2004 erhobenen Widersprüche zu berücksichtigen. Die Beklagten haben hier nichts dafür vorgetragen und es ist auch nicht ersichtlich, dass ihnen eine Bindung an den vertraglich vereinbarten Preis für entsprechende Zeitspannen nicht zumutbar gewesen wäre.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Umstandes, dass mit den Klagen zunächst lediglich die Unbilligkeit der Preiserhöhungen geltend gemacht wurde. Entgegen der offenbar neuerdings vom Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg in einem Hinweisbeschluss vertretenen, entsprechende Widersprüche betreffenden Auffassung (Beschluss vom 09.12.2010, 13 U 211/09, zitiert nach juris) kann die Frage des Kündigungsanlasses nicht dann anders beurteilt werden, wenn sich die Widersprüche - oder hier: die Klagen - „nur“ gegen die Billigkeit der Erhöhungen und nicht (auch) gegen das Preisanpassungsrecht richteten. In jedem Fall bestand nämlich Grund für die Beklagten, die fehlende Bestandskraft ihrer Erhöhungen in Zweifel zu ziehen. Sie konnten und mussten das Verhalten ihrer Kunden so einschätzen, dass die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen aus jedem denkbaren Grund geltend gemacht würde. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass zu diesem Zeitpunkt eine Anzahl ungeklärter Rechtsfragen zu Gaspreiserhöhungen im Raume stand. Nicht zuletzt hat der Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung verneint, ohne nach der Begründung der Kundenwidersprüche zu differenzieren (BGH, Urteil vom 09.02.2011, a. a. O.). Im Hinblick auf die Klagebegründung kann nichts anderes gelten.

cc) Auch die Entscheidung des Senats vom 27. Januar 2011 (13 U 100/10, Anlage BK 8) führt zu keiner anderen Beurteilung. Darin hatte der Senat lediglich für *den* Fall einen Kündigungsanlass in Frage gestellt, dass der Kunde für lange zurückliegende Zeiträume (Über-)Zahlungen zurückverlangt und dieses Rückforderungsverlangen auf neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung beruht, die der Energieversorger naturgemäß vor Erlass nicht kennen konnte und die ihn daher auch nicht zu vorsorglichen Kündigungen veranlassen konnte. Eine solche Konstellation liegt hier aber nicht vor.

dd) Die Beklagten können sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie die Kartellrechtswidrigkeit solcher Kündigungen hätten befürchten müssen. Nach ihrem Vorbringen haben die Kartellbehörden es als missbräuchlich angesehen, wenn Energieversorgungsunternehmen sich dem Einwand, eine von ihnen vorgenommene einseitige Preisänderung sei unbillig, dadurch entzogen haben, dass sie

das Vertragsverhältnis gekündigt haben. Darum geht es hier indes nicht, weil die streitbefangenen Verträge nicht zur Umgehung von Billigkeitsprüfungen gekündigt worden wären. Die Beklagten hätten dadurch lediglich die Gefahr beseitigt, wegen der unwirksamen Preiserhöhungsklausel nicht einmal gestiegene Gestehungskosten weitergeben zu können; dass darin keine Kartellrechtswidrigkeit zu sehen sein kann, liegt auf der Hand.

c) Selbst wenn man mit den Beklagten annähme, nicht die Widersprüche der Kläger, auch nicht die von ihnen erhobene Klage, sondern erst höchstrichterliche Rechtsprechung habe Anlass zur Kündigung geben können, käme eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht. Dann hätte Anlass zur Kündigung der Vertragsverhältnisse mit den Klägern jedenfalls ab Erlass der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. April 2008 (a. a. O.) bestanden. Indes haben die Beklagten die betreffenden Verträge - nach dem unstreitigen Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2011 - jedenfalls nicht vor dem Jahr 2009, zum Teil sicher erst im Jahr 2010 gekündigt. Damit haben die Beklagten selbst darauf verzichtet, die ihnen bekannte Möglichkeit wahrzunehmen, sich von der Lieferverpflichtung zu - wie sie vortragen - unzureichenden Preisen zu befreien. Dass dies jeweils auf dem angeblich sieben Monate betragenden „zeitlichen Vorlauf“ beruhte, den die Beklagte für die Kündigungen geltend machen, behaupten sie selbst nicht. Auch unter Zugrundelegung eines solchen „Vorlaufs“ wären die Beklagten zudem zu Kündigungen Ende 2008 in der Lage gewesen. Möglichkeiten, die die Beklagten selbst nicht nutzen, müssen ihnen aber auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eingeräumt werden.

4. Soweit die Beklagten die Ansicht vertreten, die Kläger hätten jedenfalls nach Inkrafttreten der GasGVV durch die widerspruchslose Entgegennahme der Gaslieferungen gleichsam erklärt, mit den Preiserhöhungen einverstanden zu sein, trifft dies ebenfalls nicht zu.

a) Da das Preisänderungsrecht der GasGVV - wie oben in Ziffer II Nr. 2 c) bb) ausgeführt - keinen Eingang in die Sonderverträge der Kläger gefunden hat, können die Kläger mit dem widerspruchslosen Weiterbezug bereits denkllogisch kein auf die GasGVV gründendes geändertes Preisanpassungsrecht akzeptiert haben.

b) Die Kläger gingen zu diesem Zeitpunkt zudem noch von einem Preisanpassungsrecht der Beklagten aus, nicht dagegen von einem Preisanpassungsangebot, das sie durch ausdrücklich erklärten Willen oder Realakt angenommen haben könnten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14.07.2010, VIII ZR 246/08, Bl. 842, 869, auch in juris, Rn. 59).

c) Auch gilt in Sondervertragsverhältnissen - wie hier - der Grundsatz, dass einem Schweigen sowie der widerspruchslosen Hinnahme oder sogar Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, a. a. O.; auch OLG Hamm, a. a. O., Rn. 37 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 11.01.2007, VII ZR 165/05, zitiert n. juris, Rn. 9; vgl. auch Senatsurteil vom 27.01.2011, 13 U 100/10, Ziffer II Nr. 3). Sähe man dies anders, würde dies zu einer faktischen Wirksamkeit unwirksamer AGB zu Gunsten des Verwenders und damit zu einem wenig interessengerechten Ergebnis führen.

5. Soweit die Beklagten in der Berufung schließlich auch Verwirkung geltend machen, greift dieser Einwand ersichtlich nicht durch. Im Hinblick auf die seit dem Jahr 2004 erhobenen Widersprüche, jedenfalls aber im Hinblick auf die bereits im Dezember 2006 erfolgte Klageerhebung fehlt es sowohl am erforderlichen Vertrauens- als auch am Umstandselement.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 und 2 ZPO. Dabei hat der Senat berücksichtigt, dass die streitbefangenen Gaslieferungen der Beklagten zu 1 gegenüber den durch die Beklagte zu 2 vorgenommenen einen rund doppelt so langen Zeitraum betrafen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.

Der Streitwert wurde gemäß §§ 3, 9 ZPO festgesetzt. Der Senat ist dabei - wie es auch das Landgericht nach Anhörung der Parteien und im ausdrücklichen Einverständnis mit den Klägern in erster Instanz getan hat (Bl. 711) - von 49 Gasabnahmestellen und einem durchschnittlichen Wert von 250 € für den einjährigen Bezug je Abnahmestelle ausgegangen. Der dreieinhalbfache Wert dieses Bezuges (875 €, § 9 ZPO) multipliziert mit 49 ergibt - gerundet - den festgesetzten Streitwert.

Dr. K.

Richter am Oberlandesgericht

B.

kann nicht unterschreiben, weil er Urlaub hat.

Z.

Dr. K.