

## Ausfertigung

14 U 88/11

2 O 352/09 Landgericht Itzehoe

Kopie an Adv. Stellungen.	WV:
<b>EINGEGANGEN</b>	
31. OKT. 2011	
Kopie an Adv. Stellungen.	Kopie an Adv. Stellungen.
RA	ZOLA

### **Hinweisbeschluss** in dem Rechtsstreit

#### **E.ON Hanse Vertrieb GmbH J. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände e. V.**

- Die Beklagte wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg bietet, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil nicht erfordert und deshalb beabsichtigt ist, sie aus folgenden Gründen ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

Zu Recht hat das Landgericht der Klage stattgegeben, weil die Beklagte die von den Zedenten aufgrund der Preissteigerung vom 1. Februar 2006 bezahlten Mehrkosten ohne Rechtsgrund erlangt hat. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen in erster Linie auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen, die sich der Senat zu Eigen macht. Die Ausführungen des Landgerichts halten einer Prüfung sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht stand (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die mit der Berufung hiergegen erhobenen Bedenken greifen nicht durch. Insoweit ist ergänzend folgendes auszuführen:

Mit ihrer Berufung macht die Beklagte lediglich weiter geltend, dass die Zedenten trotz Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel verpflichtet gewesen seien, aufgrund konkludenter Vereinbarung die erhöhten Preise zu zahlen. Raum für die Annahme einer konkludenten Zustimmung zu den erhöhten Preisen bestehe immer dann, wenn der Wille des Versorgungsunternehmens, eine Änderung des Vertrages hinsichtlich der Preise vor-

zunehmen, für den Kunden erkennbar sei und dieser den Energiebezug gleichwohl widerspruchslos fortsetze. Das sei hier der Fall gewesen. Durch die widerspruchslose Fortsetzung des Strombezugs über den Preisänderungstermin hinaus hätten die Kunden ihr Einverständnis mit den neuen Preisen zum Ausdruck gebracht. Jedenfalls seien hier die Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung gegeben, da der ersatzlose Wegfall des Preisanpassungsrechts gegen den Regelungsplan der Parteien verstoßen habe. Wie bei den Tarifkunden müsse die Beklagte daher auch im vorliegenden Fall berechtigt sein, die Preise für die Sonderkunden im Rahmen billigen Ermessens anzupassen. Das vom Kartellsenat und dem VIII. Zivilsenates des BGH in jüngster Zeit eingeführte Unzumutbarkeitskriterium sei abzulehnen, da es für die ergänzende Vertragsauslegung auf das in dem Vertrag zum Ausdruck gekommene Interessengleichgewicht ankomme, dessen Erhalt die ergänzende Vertragsauslegung diene. Der Beklagten könne nicht vorgehalten werden, dass sie die Verträge nicht bereits im Jahre 2005 nach der Abmahnung durch die Klägerin gekündigt habe. Unabhängig davon, dass die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen erst deutlich später entwickelt worden sei, wäre der Vorwurf, die Beklagte habe es versäumt, ihre Interessen durch eine Änderungskündigung zu wahren, auch treuwidrig, da die betreffenden Kunden durch die widerspruchslose Hinnahme der Preiserhöhung den Eindruck vermittelt hätten, dass sie auch ohne eine solche Änderungskündigung zur Zahlung der erhöhten Preise bereit seien.

Diese Bedenken greifen nicht durch. Zu Recht hat das Landgericht die neue BGH-Rechtsprechung (vgl. Urteile vom 14. Juli 2010, VIII ZR 246/08, und vom 9. Februar 2011, VIII ZR 295/09) zugrunde gelegt, wonach bei Sonderkunden im Ergebnis in diesen Fällen grundsätzlich eine neue Vereinbarung für eine Preiserhöhung erforderlich gewesen wäre, an der es gefehlt hat.

Zweifelhaft ist schon, ob die Beklagte einen entsprechenden Willen zu einem solchen Angebot gehabt hat, weil sie selbst von einem Recht zur

Preisänderung ausgegangen war. Jedenfalls kann aber bei den Kunden nicht davon ausgegangen werden, dass sie konkludent mit der Preiserhöhung einverstanden waren, weil sie weiter Strom von der Beklagten bezogen haben.

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass diese Frage bis zur Entscheidung des BGH vom 14. Juli 2010 durchaus unterschiedlich beurteilt worden ist. So hat auch der Senat dazu in einem Berufungsverfahren der jetzigen Beklagten (14 U 168/09 – 17 O 2/09 LG Kiel) keine abschließende Meinung gehabt und seinerzeit eine mündliche Verhandlung anberaumt, um u. a. die Frage mit den Parteien zu diskutieren, ob Tarifkunden und Sonderkunden im Ausgangspunkt wegen der Preisanpassung unterschiedlich zu behandeln seien. Denn bei Abschluss des Sonderkundenvertrages ist klar gewesen, dass die Parteien keinen für alle Zeiten geltenden Festpreis vereinbaren wollten. Auch dem Kunden muss das berechtigte Interesse der Beklagten klar gewesen sein, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeiten an ihn ggfls. weiterzugeben. Widersprach er daher den Preisanpassungen nicht, so könnte er damit konkludent zu erkennen gegeben haben, dass er mit der entsprechenden Preisanpassung und damit mit der Abänderung des Vertrages einverstanden gewesen ist. Der widerspruchslose weitere Energiebezug könnte deshalb nicht als bloßes Schweigen zu deuten sein (so im Ergebnis OLG Frankfurt, 14 U 28/09, Urteil vom 13. Oktober 2009 und OLG Köln, 90 O 50/09, Urteil vom 16. September 2009, jeweils zitiert nach juris). Schon damals hat dem allerdings die abweichende Auffassung des OLG Hamm, 19 U 52/08, Urteil vom 29. Mai 2009, zitiert nach juris, entgegengestanden.

Unmittelbar vor der auf den 23. Juli 2010 anberaumten mündlichen Verhandlung hat die jetzige Beklagte ihre Berufung sodann aber zurückgenommen. Ob das auf einer zutreffenden Bewertung des dem Senat damals noch nicht bekannten Urteils des BGH vom 14. Juli 2010 beruht hat oder nicht, kann dahinstehen. Jedenfalls hat der BGH a.a.O. darin deutlich wiederholt, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nur in Betracht komme, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lasse und

dies zu einem Ergebnis führe, dass den bei den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung getragen werde, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebe. Für die Energielieferungsverträge hat der BGH dann weiter deutlich hervorgehoben, dass es nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis führe, wenn sich die Energielieferantin zum Ablauf der um je einen Monat verlängerten Vertragslaufzeit vom Vertrag lösen könne.

Schon in dieser Entscheidung hat der BGH weiter darauf hingewiesen, dass nicht zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ einer Preisänderung zu differenzieren sei. Der VIII. Zivilsenat hat dazu betont, dass sich die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zu den Spareinlagen auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragen lasse. Denn im Streitfall hätten die Parteien nicht von vornherein einen variablen Preis vereinbart. Vielmehr gehe es hier um die Befugnis der Energielieferantin zur nachträglichen Änderung eines ursprünglich vereinbarten (festen) Preises. In seiner Entscheidung vom 9. Februar 2011 hat der VIII. Zivilsenat des BGH ferner klargestellt, dass sich die Regelung für Tarfkunden nicht auf Sonderkunden übertragen lasse, bei denen nicht nur die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit stehe, sondern bei denen es bereits an einem wirksamen Preisanpassungsrecht des Versorgungsunternehmens fehle, weil die Preisanpassungsregelung nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sei. Alle auf der Grundlage einer unwirksamen Preisanpassungsregelung vorgenommenen Preisänderungen seien daher unwirksam. Das bedeutet zugleich, dass alle wegen der Preisanpassungsregelung erbrachten Leistungen ohne Rechtsgrund erfolgt sind.

An die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht sich der Senat trotz der von der Beklagten, bzw. ihrem Prozessbevollmächtigten erhobene Bedenken gebunden.

Nachdem sie durch das Unterlassungsbegehren der Klägerin vom 29. Juni 2005 auf das Problem der Preisanpassungsklausel hingewiesen worden war, hätte die Beklagte mit den Sonderkunden entsprechende Vereinbarungen treffen können. Dass sie sich mit ihrer abweichenden Rechtsauf-

fassung durchsetzen würde, konnte sie seit diesem Zeitpunkt schon nicht mehr mit Gewissheit annehmen. Da ihr somit ein sicherer Weg zur Preis-  
anpassung zur Verfügung stand, war dieser Weg auch zumutbar. Dass  
das den Vorwurf der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stelle pro-  
voziert hätte, vermag der Senat nicht zu erkennen, da ein berechtigtes In-  
teresse der Beklagten daran besteht, tatsächliche Kostensteigerungen  
während der Vertragslaufzeit an die Sonderkunden ggfls. weiterzugeben.

- II. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen, sofern  
die Berufung nicht aus Kostengründen innerhalb der genannten Frist zu-  
rückgenommen werden sollte.

Schleswig, den 21.10.2011  
Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht  
14. Zivilsenat

Kock  
Vorsitzender Richter am  
Oberlandesgericht

Hellwig  
Richter am Oberlandes-  
gericht

Ortmann  
Vorsitzender Richter am  
Oberlandesgericht

Ausgefertigt:  
Schleswig, den 26. Oktober 2011

Justizfachangestellte  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle  
des Oberlandesgerichts Schleswig

