

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 13 U 211/09  
301 O 32/05  
LG Hamburg

Verkündet am 30.01.2013  
Justizangestellte



Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle

## Urteil

IM NAMEN DES VOLKES

### In der Sache

1)

2)

3)

4)

5)

6)

7)

8)

9)

10)

11)

12)

46) |

47) |

48)

49)

50)

51)

52)

53)

Prozessbevollmächtigter zu 1. - 53.:

Rechtsanwalt [REDACTED]

**gegen**

**E [REDACTED] H [REDACTED] Vertrieb GmbH,**  
vertreten durch ihre Geschäftsführer [REDACTED]

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

wegen Berufungsverfahren

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 13. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] und die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05.12.2012 für Recht:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27.10.2009, Az. 301 O 32/05, wird zurückgewiesen. Die Hilfswiderklage der Beklagten wird zurückgewiesen.

2. Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27.10.2009, Az. 301 O 32/05, abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefasst:

- a) Es wird festgestellt, dass die Preisbestimmungen, welche die Beklagte für die Zeit ab dem 1. Oktober 2004 bis zum 29. September 2009 gegenüber den Klägern zu 1 bis 14, 17 bis 27, 29 bis 39, 41 bis 45 und 48 bis 54 bezüglich des an diese Kläger im Tarif "Klassik-Gas" gelieferten Erdgases erklärt haben, für die Kläger insoweit nicht verbindlich sind, als die danach geforderten Grund- und Arbeitspreise höher sind als die zum 30. September 2004 geforderten Preise.
- b) Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit hinsichtlich des früheren Klagantrags zu 1b in der Hauptsache erledigt ist.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen zu tragen.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Kläger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leisten.

5. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf € 50.000,- festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

Wegen des Sach- und Streitstandes 1. Instanz wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

1. Die Beklagte verfolgt mit ihrem Rechtsmittel das Ziel einer umfassenden Klagabweisung weiter.

Zunächst sei weiterhin davon auszugehen, dass die von ihr verwandte Klausel zur Anpassung der Gaspreise (Anl. B 10, dort Ziffer 4) tatsächlich nicht gegen § 307 BGB verstoße: Die Klausel stelle das Ob und den Umfang von Preiserhöhungen gerade nicht in das freie Belieben der Beklagten, vielmehr werde ihr ein durch § 315 BGB sachgerecht begrenztes Ermessen eröffnet.

Die Regelung entspreche in ihrer Substanz dem Inhalt des § 4 Abs. 1 AVBGasV. Soweit der Begriff des "Wärmemarktes" als zu unbestimmt angesehen werde, werde der nämliche Begriff auch in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV verwandt.

Auch die Kläger selbst seien – wie der Inhalt ihrer Widerspruchsschreiben (Anl.Konv. B 99) zeige – gerade nicht von einer Unwirksamkeit der Klausel ausgegangen sondern hätten lediglich den von § 315 BGB geforderten Billigkeitsnachweis verlangt. Tatsächlich habe sich das vorliegende Klagverfahren als "Sammelklage" von 54 Kunden auf Feststellung der Unbilligkeit einzelner Preiserhöhungen dargestellt, erst nach Erlass des Urteils des BGH vom 29.04.2008 habe sich die Zielrichtung der Kläger geändert.

Bei Annahme einer Nichtigkeit der Klausel gelange man zur Vereinbarung eines "Festpreises", was keinesfalls dem Parteiwillen bei Vertragsschluss entsprochen habe, da damit nicht einmal die Weitergabe von Kostensenkungen möglich gewesen wäre.

Darüber hinaus werde die Beklagte durch die Aberkennung einer Möglichkeit zu angemessenen Preiserhöhungen in ganz unbilliger Weise belastet. So habe sich der Arbeitspreis seit dem Jahre 2004 zeitweise fast verdoppelt, jedenfalls eine Lieferung unter Einstandspreis – zu der es damit gekommen sei – sei der Beklagte aber keinesfalls zumutbar.

Darüber hinaus belaufe sich das Rückforderungsrisiko – unterstellt, sämtliche betroffenen Kunden würden umfassend auf nach dem Urteil des Landgerichts unwirksame Preiserhöhungen geleistete Zahlungen zurückfordern – auf ca. € 749.000.000,-.

Jedenfalls vor diesem Hintergrund müsse, wenn man denn die von der Beklagten verwandte Klausel für unwirksam erachte, auf die Regelungen der AVBGasV zurückgegriffen werden.

Im Übrigen seien die Widerspruchsschreiben gem. Anl.Konv. B 99 durchweg als rechtsge-

schäftliche Erklärungen der Kläger in dem Sinne eines kausalen Schuldanerkenntnisses zu verstehen gewesen und von der Beklagten auch so verstanden und – durch die Weiterbelieferung mit Gas – auch angenommen worden, wobei es wegen § 151 S. 1 BGB auf einen Zugang dieser Annahmeerklärung nicht ankomme. Wenn man die Widerspruchsschreiben nicht in diesem Sinne verstehen wolle, so doch jedenfalls als auf die Erbringung des Billigkeitsnachweises aufschiebend bedingte Einigung auf die Zahlung des (billigen) Preises oder doch zumindest als Einigung auf einen variablen Preis.

Schließlich habe die Beklagte allen Klägern die Umstellung ihrer Verträge auf die Anwendung der GasGVV mitgeteilt, wobei die Änderung im Hinblick auf § 115 Abs. 3 EnWG notwendig geworden sei; durch den Fortbezug der Gaslieferung nach Kenntnisnahme von dieser Umstellung hätten die Kläger hierin auch eingewilligt. Ihr seinerzeit verwandtes Informationsschreiben (Anl. BB 2) sei hinreichend klar und unmissverständlich gewesen. Damit könne sie ein Preiserhöhungsrecht zumindest aus § 5 Abs. 2 GasGVV herleiten.

Jedenfalls aber sei eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen, die aus den vorgenannten Gründen zu dem allein sachgerechten Resultat einer Anwendung des § 315 BGB führen müsse.

Der Weg zu einer solchen Auslegung sei auch nicht im Hinblick darauf versperrt, dass der Beklagten die Möglichkeit einer Kündigung der Lieferverträge der den Preiserhöhungen widersprechenden Kläger offengestanden hätte.

Tatsächlich habe die Beklagte keinerlei Veranlassung gehabt, gegen die widersprechenden Kläger im Wege der Kündigung vorzugehen: Den Widerspruchsschreiben der Kläger sei sämtlich zu entnehmen gewesen, dass diese Preiserhöhungen akzeptieren würden, soweit und sobald ihnen die Billigkeit dieser Erhöhungen nachgewiesen worden sei.

Jedenfalls bis zum Erlass des Urteils des BGH vom 29.04.2008 habe damit für die Beklagte keinerlei Anlass zum Ausspruch von Kündigungen bestanden.

Insoweit sei der vorliegende Sachverhalt auch nicht vollständig den zwischenzeitlich vom Bundesgerichtshof entschiedenen Konstellationen vergleichbar, in denen der widersprechende Kunde ausweislich seines als Anl. BB 8 vorgelegten Schreibens vom 12.07.2005 einen deut-

lich weitergehenden Widerspruch formuliert habe als die Kläger im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt, bzw. sogar um Zahlungsansprüche gestritten worden sei, da der Kunde (im dem Urteil BGH VIII ZR 93/11 zugrundeliegenden Sachverhalt) Rechnungskürzungen vorgenommen habe.

Entscheidend müsse insoweit sein, dass die Kläger ausweislich Anl.Konv. B 99 lediglich einzelnen Preiserhöhungen widersprochen und ganz unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht hätten, dass sie einen im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB nachgewiesenermaßen billigen Preis akzeptieren würden. Die Kläger hätten zudem mit Schriftsatz vom 07.05.2010 sogar im Sinne des § 288 ZPO zugestanden, dass sie mit ihren Widerspruchsschreiben zum Ausdruck gebracht hätten, dass der Beklagten tatsächlich ein (durch § 315 Abs. 3 BGB limitiertes) Preis Anpassungsrecht zustehe. Wenn man in einem Kundenwiderspruch überhaupt einen Kündigungsanlass sehen wolle, so müsse dies zumindest auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen der Kunde dem Änderungsrecht dem Grunde nach widersprochen habe.

Tatsächlich liefere der VIII. Zivilsenat des BGH auch in seinen Urteilen vom 14.03.2012 für die Annahme, dass der dort beteiligte Energieversorger einen Anlass zur Kündigung der Verträge der widersprechenden Kunden gehabt habe, keinerlei Begründung sondern beschränke sich auf eine bloße Behauptung. Der BGH habe sich hier von den allgemein anerkannten Kategorien der Auslegung abgewandt.

Zudem sei auch das Landgericht noch in der ersten mündlichen Verhandlung vom 15.09.2005 davon ausgegangen, dass die Preiserhöhungsklausel wirksam sei, womit deutlich werde, dass auch die Beklagte zu diesem Zeitpunkt noch keinerlei Anlass gehabt habe, eine Kündigung zu erwägen.

Schließlich hätte eine Kündigung durch die Beklagte die Kläger – mangels einer effektiven Möglichkeit des Ausweichens auf einen anderen Anbieter – gezwungen, mit der Beklagten einen neuen Sondervertrag abzuschließen oder aber ihr Gas – erheblich teurer – als Tarifkunden von der Beklagten zu beziehen.

Beides würde neue Rechtsstreitigkeiten, insbesondere aber ein Einschreiten der Kartellbehörden gegen die Beklagte zur Folge gehabt haben, weshalb ihr eine Kündigungsmöglichkeit tatsächlich nicht zu Gebote gestanden habe.

Keinesfalls habe es der Beklagten zugemutet werden können, sich der Gefahr zivilrechtlicher Unterlassungs- und Schadensersatzklagen bzw. der Verhängung eines Bußgeldes von bis zu 10% des Konzernumsatzes auszusetzen.

So habe das Bundeskartellamt – insoweit unstreitig – in einer Pressemitteilung vom 02.11.2006 verlautbart, dass Energieversorgungsunternehmen durch "Sperrandrohungen oder Änderungskündigungen als Reaktion auf entsprechende Preiswidersprüche ..." gegen das kartellrechtliche Verbot ausbeutender Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen" verstoßen würden. Diese Ankündigung habe die Beklagte ernstgenommen, zumal ihr damit ein Bußgeld in Höhe von bis zu € 4.600.000.000 gedroht habe.

Tatsächlich sei von Vertretern des Bundeskartellamtes gegenüber der Beklagten mehrfach betont worden, dass das Amt Sperrandrohungen oder Änderungskündigungen als Reaktion auf Kundenwidersprüche gegen Preiserhöhungen als unangemessene Reaktion ansehen und daher dagegen vorgehen würde, da Energieversorger zivilrechtliche Probleme nicht auf diesem Wege, d.h. durch Ausnutzung ihrer marktbeherrschenden Stellung lösen dürften.

Zudem habe das BKartA im Jahre 2006 diesen Standpunkt gegenüber allen Energieversorgern kommuniziert und gegen ein Unternehmen aus dem Konzernverbund der Beklagten auch ein Verfahren aus Anlass einer gegenüber einem widersprechenden Kunden erfolgten Sperrandrohung eingeleitet und dies erst eingestellt, nachdem der betroffene Versorger dargelegt hatte, durch welche organisatorischen Maßnahmen er künftig solche Vorfälle vermeiden wolle.

Auch die Beklagte habe dieses kartellrechtliche Risiko ausgesprochen ernst genommen und daher auch selbst umfangreiche organisatorische Maßnahmen (insbesondere durch Anpassung des automatisierten Mahnwesens) getroffen, um sicherzustellen, dass an sog. "Widerspruchskunden" keine Sperr- oder Kündigungsandrohungen versandt würden.

Der Beklagten habe insoweit auch nicht die Möglichkeit offengestanden, im Wege eines Rechtsbehelfs vor Einleitung eines Verfahrens durch das BKartA die Rechtslage zu klären, vielmehr hätte sie diese Klärung nur ex post durch Rechtsmittel gegen eine Verfügung des BKartA erreichen können, was unzumutbar gewesen wäre.

Schließlich sei der Beklagten ein Vorgehen im Wege der – massenhaften – Änderungskündigungen auch im Hinblick auf den damit zu erwartenden öffentlichen Proteststurm nicht zuzumuten gewesen.

Auch der vom BGH beschrittene Weg einer Lückenschließung durch Herleitung einer Ausschlussfrist sei nicht sachgerecht, da dies faktisch zur Geltung eines Festpreises führe.

Auch sei zu berücksichtigen, dass ein Vorgehen im Wege der Kündigung für die Beklagte einen ganz unzumutbaren Verwaltungsaufwand nach sich gezogen haben würde; wegen der Einzelheiten wird insoweit auf S. 13/14 des Schriftsatzes der Beklagten vom 10.11.2010 Bezug genommen.

Mit am 16.11.2012 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz begehrt die Beklagte hilfsweise widerklagend die Feststellung, dass sämtliche (möglicherweise) entstandenen Rückforderungsansprüche der Kläger, die sich auf vor dem 31.12.2008 erstellte Jahresverbrauchsabrechnungen bezögen, verjährt seien; zur näheren Individualisierung der Forderung nimmt die Beklagte auf die als Anl. BB 13 vorgelegte Aufstellung der offenen Forderungsbeträge der einzelnen Kläger Bezug. Mit – nicht nachgelassenem – Schriftsatz vom 14.01.2013 hat die Beklagte weitere Ausführungen zu denkbaren Rückforderungsansprüchen der einzelnen Kläger gegen sie vorgebracht.

Die Anschlussberufungen einzelner Kläger seien zurückzuweisen, das Landgericht sei hinsichtlich dieser Kläger zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass diese eine rechtlich verbindliche Erklärung abgegeben hätten, wonach sie eine Preiserhöhung von 2 % akzeptieren würden.

Die Beklagte beantragt,

das am 27.10.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Hamburg abzuändern und die Klage unter gleichzeitiger Zurückweisung der Anschlussberufung im Umfang ihrer Beschwerden und damit auch insoweit abzuweisen, als die Kläger den Preisanpassungen der Beklagten zwischen dem 01.10.2004 und dem 29.09.2009 nicht zugestimmt haben,



Hilfsweise widerklagend

festzustellen, dass vor dem 31.12.2208 entstandene Rückforderungsansprüche der Kläger bereits verjährt sind.

Sämtliche Kläger beantragen,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Weiter beantragen die Kläger zu 1 bis 4, 6 bis 8, 10, 11, 13, 14, 18 bis 26, 29 bis 35, 37 bis 39, 41 bis 45 und 48 bis 54,

das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 27.10.2009 hinsichtlich der Einschränkung im letzten Teilsatz der Nr. 1 seines Entscheidungstenors aufzuheben.

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung und sehen diese durch die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung des BGH, insbesondere das Urteil VIII ZR 93/11 vom 14.03.2012 bestätigt.

Der Weg zu einer ergänzenden Vertragsauslegung sei tatsächlich versperrt gewesen, da der Beklagten eine Änderungskündigung gegenüber widersprechenden Kunden möglich und zumutbar gewesen wäre. Soweit der Beklagten hieraus das Risiko von Entgeltrückforderungen von Kunden, ggf. auch in erheblicher Höhe, gedroht haben sollte, habe sie sich dies als Verwenderin unwirksamer AGB selbst zuzuschreiben.

Die Beklagte habe aufgrund des Inhalts der Widerspruchsschreiben der Kläger zu keinem Zeitpunkt Anlass für die Annahme gehabt, die Kläger seien bereit, einen als "billig" nachgewiesenen Preis zu zahlen. Entscheidend sei schlicht, dass die Kläger den Preisänderungswünschen der Beklagten entgegengetreten seien.

Auch drohende Maßnahmen des BKartA hätten einer Kündigung nicht entgegengestanden: Tatsächlich sei kein Verfahren gegen die Beklagte eingeleitet worden.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, dass anstelle der unwirksamen Preisanpassungsklausel die Regelung des § 4 AVBGasV anzuwenden sei, stehe dies im Widerspruch zur Ansicht des BGH (VIII ZR 81/08). Zudem sähen die streitgegenständlichen Sonderverträge (anl. B 11) unter Nr. 5 eine Gültigkeit der AVBGasV nur "im Übrigen" und damit nur dort vor, wo der Vertrag selbst keine Regelungen treffe.

Zu einer wirksamen Einbeziehung der GasGW sei es nie gekommen, schon die von der Beklagten behauptete Zusendung der AGB sei nicht erfolgt, jedenfalls sei die bloße Übersendung für die Einbeziehung dieses Klauselwerkes in die Verträge der Kläger ohnehin nicht ausreichend.

Die Anschlussberufungen seien begründet, da das Landgericht zu Unrecht angenommen habe, dass die fraglichen Kläger einer Erhöhung des Preises um jeweils 2 % mit ihren Widerspruchsschreiben zugestimmt hätten. Wenn hierin – wie tatsächlich nicht – ein Angebot der Kläger zum Ausdruck gekommen sein sollte, so sei dieses durch die Beklagte jedenfalls abgelehnt worden, da diese an ihrer höheren Forderung uneingeschränkt festgehalten habe.

Die Hilfswiderklage der Beklagten sei schon unzulässig, da zunächst nicht hinreichend konkretisiert, während der nach Schluss der mündlichen Verhandlung mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 14.01.2013 erfolgte Vortrag nicht mehr zuzulassen sei.

Der Senat hat mit Beschluss vom 09.12.2010 zunächst die Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zur Frage der Billigkeit der von der Beklagten geforderten Preiserhöhungen angeordnet.

Der Senat hat im Übrigen Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung der Zeugen Dr. P. [REDACTED], Dr. I. [REDACTED] und Dr. R. [REDACTED] wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 05.12.2012 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Beklagten und die Hilfswiderklage bleiben ohne Erfolg (1), auf die Anschlussberufungen der Kläger war das angefochtene Urteil wie geschehen abzuändern (2).

1. Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Preisbestimmungen der Beklagten für die Zeit ab dem 01.10.2004 bis zum 29.09.2009 unwirksam sind.

a) Dabei hält der Senat zunächst an seiner den Parteien mit Hinweisbeschluss vom 12.10.2010 unter Ziffer 1 mitgeteilten Auffassung fest, dass die Preisänderungsklausel gem. Ziffer 4 der streitgegenständlichen Verträge (Anl. B 10 und B 11) wegen unangemessener Benachteiligung der Kläger gem. § 307 Abs. 1 Nr. 1 BGB nichtig ist.

Insoweit nimmt der Senat erneut 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 eine Neuberechnung einfließen werden.

Dass die gesetzliche Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV bzw. nunmehr § 5 Abs. 2 GasGWV 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).

Weitere Ausführungen zu dieser Frage, die im Laufe des Berufungsverfahrens ganz in den Hintergrund getreten ist und auch zwischen den Parteien nicht mehr ernsthaft im Streit steht, sind damit entbehrlich.

b) Auch soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, an die Stelle der unwirksamen Klausel sei die Regelung des § 4 und 5 AVBGasV getreten, folgt der Senat vollständig der Argumentation des Landgerichts, auf die umfassend Bezug genommen wird (S. 15 der angefochtenen Entscheidung): Die streitgegenständlichen Verträge verweisen eben nur "im Übrigen" auf die AVBGasV, d.h. nur insoweit, als sie selbst keine Regelungen enthalten, was hinsichtlich des Preisanpassungsrechts jedoch gerade nicht der Fall war.

- c) Ebenso hält der Senat daran fest (s. Hinweisbeschluss vom 12.10.2010, Ziffer 3), dass sich eine Befugnis der Beklagten zur Änderung der Preise auch nicht für die Zeit ab dem 01.07.2006 auf Basis des § 5 Abs. 2 GasGW ergibt.

Es kann dahinstehen, ob die Einbeziehung der GasGW 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 GasGW ersetzt werden sollte.

Zwar wird ausdrücklich erwähnt, dass Änderungen der Preise nunmehr § 5 Abs. 2 GasGW 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 GasGW und die zugehörigen Ergänzenden Bedingungen der E■■■■ H■■■■ 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 GasGW nunmehr wie zuvor die AVBGasV ergänzend und im Rang nach den ausdrücklichen Bestimmungen der einzelnen Verträge gelten sollten.

Damit aber ist 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 GasGW zurück zu fallen.

d) Schließlich bestand auch kein einseitiges, an § 315 Abs. 3 BGB zu messendes, Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, die Kläger hätten ihr jedenfalls durch Übersendung der Widerspruchsschreiben ein solches Recht eingeräumt und dies mit Vorlage der Schreiben im Prozess im Sinne des § 288 ZPO gestanden, folgt der Senat dieser Auffassung nicht (im einzelnen s.u. zu Ziffer 2).

Der Weg zu einer ergänzenden Vertragsauslegung, die mit Rücksicht darauf, dass unstreitig die Parteien bei Abschluss der Verträge nicht von dauerhaften Festpreisen ausgingen und ein dauerhaftes Festhalten der Beklagten an dem einmal vereinbarten Preis unzumutbar sein dürfte, zur Annahme eines solchen einseitigen Bestimmungsrechts führen würde, ist versperrt, da die Beklagte die Möglichkeit, insbesondere aber auch Anlass hatte, gegenüber den Klägern nach Eingang ihrer Widerspruchsschreiben die Kündigung ihrer Vertragsverhältnisse auszusprechen.

(1) Der Senat hält insoweit – wie den Parteien mit Hinweisbeschluss vom 05.12.2012 mitgeteilt – insbesondere mit Rücksicht auf die jüngste Rechtsprechung des BGH (VIII ZR 93/11) nicht an seiner mit Hinweisbeschluss vom 12.10.2010 geäußerten Auffassung fest, dass die Beklagte im Hinblick auf den konkreten Inhalt der Widerspruchsschreiben der Kläger (Anl.Konv. B 99) vorliegend keinen Anlass zur Kündigung gehabt hätte.

Tatsächlich weist das vom BGH aaO. als hinreichender Kündigungsanlass bewertete Schreiben vom 12.07.2005 (Anl. BB 8) in der Substanz keinerlei wesentlichen Unterschiede zu den vorliegend zu beurteilenden Widerspruchsschreiben der Kläger auf.

Hier wie dort wird die vorgenommene Preisanpassung als unbillig gerügt, der fehlende Nachweis der Billigkeit gem. § 315 Abs. 3 BGB und damit auch die gem. § 315 Abs. 3 S. 2 BGB fehlende Fälligkeit beanstandet.

Soweit der dortige Beklagte zugleich die erteilte Einzugsermächtigung widerrufen hat, wie im Übrigen auch die Mehrzahl der hiesigen Kläger, wird damit nur die Folgerung

aus der vorherigen Rüge gezogen.

Auch der Umstand, dass im Schreiben Anl. BB 8 - anders als in der Mehrzahl der vorliegend zu bewertenden Widersprüche - längere Ausführungen zur Begründung der Annahme einer unbilligen Preiserhöhung gemacht werden, führt zu keinem anderen Resultat: Vielmehr stellt sich dieses Vorgehen, in dem die Preiserhöhung nicht nur pauschal sondern mit detaillierter Begründung beanstandet wird, sogar als der weniger weitreichende Angriff auf die Preispolitik der Beklagten dar, da hiermit Ansatzpunkte für eine konkrete Widerlegung der Auffassung des Kunden eröffnet werden.

- (2) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist der Senat zudem überzeugt, dass auch trotz einer drohenden Auseinandersetzung mit den Kartellbehörden die Beklagte aufgrund der Widersprüche der Kläger Anlass zum Ausspruch von Änderungskündigungen hatte.

Allerdings hat die Beklagte durch die glaubhaften Aussagen der nach Überzeugung des Senats uneingeschränkt glaubwürdigen Zeugen Dr. I. ■■■ Dr. R. ■■■ und insbesondere Dr. P. ■■■ bewiesen, dass diese für die Beklagte mit der Bearbeitung der Fälle von Kundenwidersprüchen betrauten Personen im Jahre 2004 – und zwar objektiv zu Recht – davon überzeugt waren, dass der Ausspruch von Änderungskündigungen gegen widersprechende Kunden eine massive Intervention des Bundeskartellamtes gegen die Beklagte zur Folge gehabt hätte.

Der Zeuge Dr. P. ■■■ hat insoweit berichtet, dass die Beklagte im Jahre 2004 auf Grund der hohen Zahl bei ihr erhobener Widersprüche bereits besonders im Focus der Kartellbehörden gestanden habe, weshalb im November 2004 durch das BKartA auch ein Verfahren im Hinblick auf die Gaspreiserhöhungen eröffnet worden sei. In der Folge sei zwischen Beklagter und BKartA klar gewesen, dass die Beklagte jedenfalls "normalen Widerspruchskunden" (anders als sog. "Trittbrettfahrern") nicht kündigen würde. Dies sei dem Umstand geschuldet gewesen, dass die Gasversorger im Jahre 2004 noch faktisch Monopolisten und damit kartellrechtlich an einer Kündigung gehindert gewesen seien.

Das BKartA habe insbesondere in einem Gespräch am 05.04.2005 – vor dem Hinter-

grund, dass bei der Beklagten bereits ca. 16.000 Widersprüche aufgelaufen waren – verdeutlicht, dass Sperrandrohungen bzw. Kündigungen gegenüber Widerspruchskunden unzulässig seien.

Damit aber musste der Zeuge Dr. P. [REDACTED] als seinerzeit für die Kontakte mit dem BKartA verantwortlicher Mitarbeiter der Beklagten in der Tat davon ausgehen, dass das Amt den Ausspruch von Kündigungen gegen Widerspruchskunden nicht tolerieren würde.

Dass er diesen Schluss tatsächlich gezogen hat, wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass die Beklagte in der Folge tatsächlich die vom Zeugen Dr. F. [REDACTED] berichteten – und von den Zeugen Dr. I. [REDACTED] und Dr. R. [REDACTED] im Detail geschilderten – recht umfangreichen und aufwändigen Maßnahmen ergriff, die erforderlich waren um sicherzustellen, dass Widerspruchskunden nicht durch das Standard-Mahnsystem der Beklagten "automatisch" mit Sperrandrohungen und Kündigungen überzogen werden würden.

Der Schluss war im Übrigen auch tatsächlich zutreffend, da – wie vom Zeugen Dr. I. [REDACTED] ausgeführt – zum einen schon seit Frühjahr 2004 eine Mitteilung des BGW zu dieser Position des BKartA gegeben hatte (S. 17/18 des Sitzungsprotokolls vom 05.12.2012), nach der solche Kündigungen unzulässig seien und zum anderen das BKartA tatsächlich gegen ein zum Konzernverbund der Beklagten gehörendes Unternehmen wegen Sperrandrohungen gegen Widerspruchskunden vorgegangen war, wobei diese sich gegenüber der Kündigung als entgeltliche Lösung des Vertragsverhältnisses sogar noch als milderes Mittel darstellten.

Zudem steht die Darstellung der Zeugen im völligen Einklang mit der Pressemitteilung des BKartA vom 02.11.2006 (Anl. BB 7), nach der der Präsident des Amtes Sperrandrohungen und Änderungskündigungen als Reaktion auf Widersprüche gegen Preiserhöhungen ohne jede Einschränkung als kartellrechtswidrig einstufte, ohne dass es irgendwelche Anhaltspunkte dafür gäbe, dass es sich hierbei um eine erst kürzlich vom Amt eingenommene Position handeln könnte.

Damit musste die Beklagte aus ihrer berechtigten Sicht annehmen, dass der Ausspruch – zumal massenhafter – Änderungskündigungen ein massives Vorgehen der

Kartellbehörden gegen sie zur Folge gehabt haben würde, wobei nach § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1 GWB wegen "missbräuchlicher Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung" durchaus erhebliche Bußgelder möglich gewesen wären.

Nach Auffassung des Senats ändert dies im Ergebnis jedoch nichts daran, dass die Beklagte gleichwohl im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH Anlass zum Ausspruch von Kündigungen hatte.

Denn objektiv – so versteht der Senat das obiter dictum des BGH in der Entscheidung VIII ZR 93/11, Rz. 37 a.E. – verhält sich ein Energieversorger, der "die Beendigung eines Versorgungsvertrages mit einem (Norm-)Sonderkunden deshalb in Erwägung zieht, weil die Wirksamkeit des in Anspruch genommenen Preisänderungsrechts Zweifeln unterliegt", nicht kartellrechtswidrig. In der Tat kann ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung wohl kaum angenommen werden, wenn das Unternehmen kündigt, weil es aufgrund bestehender Zweifel an den verwandten AGB befürchten muss, überhaupt keine Preisanpassungen (auch bei gravierenden Verteuerungen auf der Beschaffungsseite) mehr durchsetzen zu können.

Dass nach Auffassung des BGH, der sich der Senat anschließt, die vorliegenden Widerspruchschriften geeignet waren, derartige Zweifel bei der Beklagten zu wecken, wurde bereits ausgeführt.

Der Beklagten als Großunternehmen war zuzumuten, sich auf die zweifelsfrei drohende rechtliche Auseinandersetzung mit dem BKartA einzulassen, zumal – wie wiederum der Zeuge Dr. P. ■■■■■ angegeben hat – die Frage der Gültigkeit der von ihr verwandten Preisänderungsklausel mit den Vertretern des BKartA überhaupt noch nicht erörtert worden war, da die Behörde sich mit der Frage der tatsächlichen Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB überhaupt noch nicht auseinandergesetzt hatte (Sitzungsprotokoll vom 05.12.2012, S. 12 unten, S. 13, 2. Absatz).

Ebenso zuzumuten waren der Beklagten damit die – sicherlich zu erwartende – stark negative Reaktion der Öffentlichkeit auf ein solches Vorgehen ihrerseits sowie der erforderlich werdende Verwaltungsaufwand, zumal die Abarbeitung der Widersprüche, wie von der Beklagten selbst vorgetragen und von den Zeugen Dr. ■■■ und Dr. R. ■■■



bestätigt, ohnehin erhebliche Anstrengungen erforderte.

Dass das Landgericht in der ersten mündlichen Verhandlung im Jahre 2005 wohl in der Tat noch davon ausging, dass die Preisanpassungsklausel der Beklagten wirksam sei, ändert nichts daran, dass damit jedenfalls Zweifel fortbestanden, was nach Auffassung des BGH genügt, um eine Kündigung in Erwägung zu ziehen.

e) Der Hilfsantrag der Beklagten ist unzulässig, die festzustellenden Rechtsverhältnisse waren – worauf der Senat im Termin vom 05.12.2012 hingewiesen hat – nicht hinreichend bestimmt bezeichnet. Erst mit Schriftsatz vom 14.01.2013 hat die Beklagte exakt bezeichnet, die Verjährung welcher konkreten möglichen Forderungen der Kläger sie festgestellt wissen möchte. Dieser Vortrag ist jedoch nicht mehr zuzulassen, da der Beklagten insoweit - schon mangels Antrag - in der mündlichen Verhandlung kein Schriftsatznachlass gewährt wurde.

Im Übrigen ist diese erst in einem sehr späten Stadium des Berufungsverfahrens mit Schriftsatz vom 15.11.2012 erhobene Widerklage ohnehin nicht sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO.

f) Damit ist die Berufung der Beklagten insgesamt zurückzuweisen.

Soweit das Landgericht die Erledigung des früheren Klagantrages zu 1 b nach einseitig gebliebener Erledigungserklärung festgestellt hat, nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen der Kammer auf S. 22/23 der angefochtenen Entscheidung Bezug.

2. Die zulässige Anschlussberufung der Kläger hat hingegen Erfolg.

Das Landgericht hat zu Unrecht das Feststellungsinteresse derjenigen Kläger (teilweise) verneint, die in ihren Widerspruchsschreiben jeweils einer Erhöhung der Preise um 2 % ausdrücklich zugestimmt haben.

Ob die Kläger sich an diesem Inhalt ihrer Schreiben in irgendeiner Form festhalten lassen müssen, etwa auf Grund eines hierin liegenden Rechtsgeschäfts oder gem. § 242 BGB, ist zunächst keine Frage des zweifelsfrei gegebenen Feststellungsinteresses im Sinne des

§ 256 ZPO, das schlicht besteht, da die Kläger einen ihrem Vortrag entsprechenden Inhalt der vertraglichen Beziehung zur Beklagten festgestellt wissen wollen, sondern des materiellen Rechts.

Die im Anschlussberufungsantrag aufgeführten Kläger sind durch die fraglichen Erklärungen nicht rechtsgeschäftlich gebunden worden.

Aus den fraglichen Schreiben ergibt sich schon nicht hinreichend eindeutig, dass die Kläger überhaupt – über die Rüge der Unbilligkeit der erfolgten Preiserhöhungen hinaus – einen Rechtsbindungswillen gebildet hatten. Die Kläger bringen durchweg nur zum Ausdruck, dass sie einerseits den Billigkeitsnachweis fordern und andererseits maximal eine Erhöhung von 2 % für billig hielten – hieraus kann schon nicht eindeutig die Folgerung gezogen werden, dass eine solche Erhöhung auch für den Fall akzeptiert würde, dass eine Billigkeitsprüfung tatsächlich zu einem geringeren Erhöhungsbetrag gelange.

Zudem fehlt es – wenn man in den Schreiben gleichwohl ein entsprechendes Angebot der Kläger sehen wollte – jedenfalls an einer Annahmeerklärung (und sei es in der Form des § 151 S. 1 BGB), da die Beklagte ihrerseits weiterhin davon ausging - und dies z.B. im vorliegenden Verfahren auch deutlich zum Ausdruck brachte - dass die Kläger den vollen erhöhten Preis schuldeten.

Aus den vorgenannten Gründen konnte in den Widerspruchsschreiben der Kläger entgegen der Auffassung der Beklagten auch kein Schuldanerkenntnis gerichtet auf Zahlung eines im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB nachgewiesenen billigen Preises und damit im Schriftsatz der Kläger vom 07.05.2010 auch erst recht kein entsprechendes Geständnis im Sinne des § 288 ZPO gesehen werden.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO; soweit der Kostentenor auf § 91a ZPO fußt, macht sich der Senat die zutreffenden Ausführungen der Kammer auf S. 23/24 der angefochtenen Entscheidung zu Eigen.

Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 709 s. 2 ZPO.

4. Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen, die Sache hat im Hinblick auf die Beurtei-

lung der Frage, ob trotz zweifelsfrei drohender Maßnahmen des Kartellamtes aus Sicht des beklagten Energieversorgers Anlass zum Ausspruch von (Änderungs-)Kündigungen bestand grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

■■■■■  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

■■■■■  
Richterin  
am Oberlandesgericht

■■■■■  
Richterin  
am Oberlandesgericht