

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 1 U 1838/11
4 HK O 4238/10 LG Nürnberg-Fürth

EINGEGANGEN AM 20. FEB. 2014



IM NAMEN DES VOLKES



In dem Rechtsstreit

N-ERGIE AG, vertreten durch d. Vorstand, Am Plärrer 43, 90429 Nürnberg
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Dr. Endress & Partner GbR**, Prinzregentenufer 7, 90489 Nürnberg, Gz.:
305/10009, Gerichtsfach-Nr: 45

gegen

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin **Ahrens** Cornelia, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg, Gz.: 09.200072

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg - 1. Zivilsenat und Kartellsenat - durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Küspert, den Richter am Oberlandesgericht Hilzinger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hammer am 18.02.2014 auf Grund des Sachstands vom 07.02.2014 ohne mündliche Verhandlung mit Zustimmung der Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO folgendes

Endurteil

- I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 10.08.2011, Az. 4 HK O 4238/10, aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann eine Vollstreckung durch den Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 1.446,47 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin macht rückständiges Entgelt für von ihr erbrachte Gaslieferungen geltend. Dabei streiten die Parteien um die Wirksamkeit der von der Klägerin durchgeführten Erhöhung der Gaspreistarife.

1. Zur Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand im Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 10.8.2011 verwiesen (Bl. 197/200 d.A.).

2. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Zur Begründung führt es aus:

a) Zwischen den Parteien habe ein Sonderkundenvertrag bestanden. Ein solcher sei konkludent zustande gekommen. Der Beklagte habe nach Umstellung auf den Tarif IDEAL M im Jahr 2002 die Rechnungen zunächst anstandslos bezahlt und zuletzt auch nicht mehr bestritten, das auf Tarifänderung gerichtete Schreiben vom März 2002 samt Preisblatt und Vertragsbedingungen (AVBGasV) erhalten zu haben.

Aus der nach der Rechtsprechung des BGH maßgeblichen Sicht des Kunden habe es sich bei dem Tarif IDEAL M um einen Sondervertrag gehandelt, den die Klägerin außerhalb ihrer Versorgungspflicht im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbot.

b) Ein Preisbestimmungsrecht werde angesichts der Rechtsprechung des BGH (Urt. vom 9.2.2011, VIII ZR 162/09) aber nicht aus der Regelung des § 4 AVBGasV hergeleitet, auf die in den Vertragsbedingungen Bezug genommen wird, sondern aus einem unabhängig davon zwischen den Parteien – konkludent - vereinbarten Preisänderungsrecht. Aus der vom Beklagten über mehrere Jahre hin akzeptierten Erhöhung des Gaspreises um 2% bzw. 5 % und dem Hinweis auf § 315 BGB in seinem Schreiben vom 6.12.2004 sowie der unbeanstandeten Hinnahme der bis Ende 2004 erfolgten Gaspreiserhöhungen sei zu schließen, dass er das von der Klägerin beanspruchte Recht auf einseitige Preisänderung

verbindlich anerkennen wolle (so auch OLG Nürnberg, Ur. vom 21.12.2010, 1 U 2329/09).

Durch ein späteres Bestreiten des Preisänderungsrechts habe er die einmal getroffene Vereinbarung nicht einseitig widerrufen können.

c) Die Preisänderungen seien entsprechend der Vorgaben in § 4 Abs. 2 AVBGasV öffentlich bekannt gemacht worden und hielten im Ergebnis auch einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB stand (ausführlich dargelegt unter Ziff. 3 der Entscheidungsgründe).

3. Gegen das seiner Bevollmächtigten am 12.8.2011 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 5.9.2011, eingegangen am 7.9.2011, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 4.10.2011, eingegangen am 6.10.2011, begründet.

a) Der Beklagte beantragt die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und die Abweisung der Klage.

Er pflichtet dem landgerichtlichen Urteil insoweit bei, als dort der Tarif IDEAL M als Sondervertragstarif eingeordnet wird, tritt aber der Annahme eines konkludent vereinbarten Preisänderungsrechts entgegen. Der Beklagte habe bereits 2004 die Berechtigung der Klägerin zur einseitigen Preisänderung in Frage gestellt. Zwar sei sein damaliges Schreiben nicht "aufgetaucht", er nehme auf die dortigen Ausführungen aber in seinem Schreiben vom 1.1.2008 (Anl. B 5) und andernorts Bezug. Jedenfalls sei aus dem Verhalten und den Schreiben des Beklagten nicht zu schließen, dass er ein Preisänderungsrecht konzedieren wollte. Insoweit wird mit Schriftsatz vom 22.3.2012 ergänzend auf die zwischenzeitlich ergangene Entscheidung des BGH vom 22.2.2012, VIII ZR 34/11, verwiesen.

b) Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Zutreffend gehe der Beklagte in Übereinstimmung mit dem Ausgangsgericht davon aus, dass zwischen den Parteien kein Grundversorgungsvertrag bestehe, sondern ein Sonderkundenvertrag zum Tarif IDEAL M. Nachdem die AVBGasV durch individuelle Vereinbarung zwischen den Parteien Vertragsbestandteil geworden sei, gründe sich das Preisanpassungsrecht der Klägerin auf § 4 Abs. 2 AVBGasV. Auf die Herleitung eines konkludent vereinbarten Preisänderungsrechts

durch das Ausgangsgericht komme es deshalb ebenso wenig an wie auf die Entscheidung des BGH vom 22.2.2012. Ergänzend greift die Klägerin die Argumentation des Erstgerichts auf, wonach sich das Preisänderungsrecht "insbesondere" aus dem Verhalten des Beklagten ergebe, der eben nur die Höhe der Änderung für unbillig halte, das Recht zur einseitigen Anpassung der Preise aber dem Grunde nach akzeptiere.

Jedenfalls aber ergebe sich ein Preisänderungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (nähere Ausführungen dazu unter Ziff. II.3 der Berufungserwiderung vom 2.4.2012).

Die Erhöhungen seien auch nicht unbillig gewesen (nähere Ausführungen dazu unter Ziff. V der Berufungserwiderung vom 2.4.2012).

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

1. Die fristgerecht eingelegte (§ 517 ZPO) und begründete (§ 520 Abs. 2 S. 1 ZPO) Berufung ist auch im Übrigen zulässig.

2. Sie erweist sich als in der Sache erfolgreich, da der Klägerin ein Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Erhöhungsbeträge unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zusteht.

a) Ein Recht der Klägerin zur einseitigen Preiserhöhung ergibt sich nicht aus § 4 AVBGasV, weil die Klägerin ihre Leistung nicht im Rahmen der Grundversorgung, sondern aufgrund eines rechtsgeschäftlich vereinbarten Sonderkundenvertrags erbrachte.

aa) Nach den Feststellungen des Ausgangsgerichts bestand zwischen den Parteien ein Sonderkundenvertrag nach dem Tarif IDEAL M. Unstreitig stehe fest, dass dem Beklagten mit Schreiben vom März 2002 ein Angebot auf eine dahingehende Vertragsänderung einschließlich des Preisblattes und der Vertragsbedingungen (AVBGasV) übersandt worden sei. Dieses Angebot habe der Beklagte konkludent angenommen durch den weiteren Bezug

von Erdgas von der Klägerin und durch Bezahlung der auf dem geänderten Tarif beruhenden Rechnungen.

Ob in der einverständlichen Fortsetzung des Vertrages die konkludente Annahme eines vorausgehenden Angebots auf Änderung der Vertragsbedingungen zu sehen ist, ist eine Frage des Einzelfalls (Palandt-Grüneberg, BGB, 73. Aufl. 2014, § 311 Rn. 5). In den Schreiben der Klägerin vom März 2002 wurde den Kunden die Möglichkeit eingeräumt, der Vertragsänderung zu widersprechen und das Gasbezugsverhältnis zu den bestehenden Bedingungen fortzuführen. Damit war für die Kunden erkennbar, dass ihren auf Weiterführung des Gasbezugs gerichteten Handlungen aus Sicht der Klägerin ein rechtsgeschäftlicher Erklärungswert zukommen konnte (§§ 133, 157 BGB; vgl. auch BGH, Urt. vom 31.7.2013, VIII ZR 162/09, Rz. 31 – zitiert nach juris). Soweit das Erstgericht vor diesem Hintergrund von einer konkludent vereinbarten Vertragsänderung ausgeht, ist das im Ergebnis daher nicht zu beanstanden und wird von der Berufung auch nicht in Frage gestellt.

bb) Der weitergehenden Feststellung des Ausgangsgerichts, wonach es sich bei dem Tarif IDEAL M nicht um einen Grundversorgungstarif, sondern um einen im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit angebotenen Sonderkundenvertrag handelt, tritt die Berufungsführerin nunmehr ausdrücklich bei.

b) Ein die Klageforderung begründendes Preisänderungsrecht ergibt sich auch nicht aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, nämlich

- weder aus einer im konkreten Fall konkludent getroffenen Vereinbarung eines Preisänderungsrechts (dazu unter aa))

- noch aus dem Verweis in den Geschäftsbedingungen auf § 4 AVBGasV (dazu unter bb))

- oder im Wege ergänzender Vertragsauslegung (dazu unter cc)).

aa) Entgegen der Ansicht des Erstgerichts, das sich insoweit auf eine zum Zeitpunkt seiner Entscheidung bestehende Rechtsprechung dieses Senats (Urt. vom 21.12.2010, 1 U 2329/09, dort Rz. 67 f.) stützen konnte, kann eine konkludente Vereinbarung eines Preisänderungsrechts nicht darin gesehen werden, dass der Beklagte nicht nur bis Ende 2004 die Erhöhungen hingenommen hatte, sondern mit seinem Schreiben vom 6.12.2004

eine Erhöhung der Preise um 2 % akzeptierte und die fehlende Billigkeit (§ 315 BGB) einer darüber hinausgehenden Erhöhung verneinte. Mit Urteil vom 22.2.2012, VIII ZR 34/11, hat der BGH die Entscheidung des Oberlandesgerichts insoweit beanstandet und ausgeführt, dass der Begleichung der Rechnung ebenso wie einem Schreiben, das die Angemessenheit einer Preiserhöhung beanstandet, allenfalls zu entnehmen sei, dass der Kunde bisherige Preiserhöhungen nicht als unbillig erachtete, nicht aber, dass er ein – für ihn nicht erkennbares – Angebot des Versorgers auf Änderung des Vertrages annimmt, womit diesem ein bis dahin nicht bestehendes Recht zur einseitigen Preisänderung eingeräumt werden soll (BGH, a.a.O., Rz 27 ff.).

bb) Ein Preisänderungsrecht ergibt sich auch nicht aus dem Verweis auf § 4 AVBGasV.

Unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschied der BGH mit Urteil vom 31.7.2013, VIII ZR 162/09, dass die Bezugnahme auf die für Tarifikunden geltende Preisanpassungsklausel aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, weil sie nicht den Anforderungen genügt, die an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts zu stellen sind (BGH, a.a.O., Rz. 45 ff.).

Für solche Fallgestaltungen hatte der 8. Zivilsenat des BGH bis zu seinem Vorabentscheidungsersuchen in der genannten Sache (Senatsbeschluss vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 162/09, WM 2011, 850) die Wirksamkeit einer unveränderten Übernahme von § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV in einen Sonderkundenvertrag bejaht, weil es den Versorgungsunternehmen nach dem in § 310 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gekommenen Willen des deutschen Gesetzgebers freistehen sollte, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern, deren Schutz nicht weitergehen solle als derjenige der Tarifabnehmer, entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten. Mit vorgenanntem Beschluss hat der Senat den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 AEUV um Vorabentscheidung dazu ersucht, inwieweit solche Vertragsgestaltungen dem Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen ("Klauselrichtlinie") unterliegen oder deren Vorgaben jedenfalls dann genügen, wenn sich der Kunde nach Ankündigung der Preiserhöhung vom Vertrag lösen kann (vgl. im Einzelnen BGH, Urt. vom 31.7.2013, Rz. 46 und Vorlagebeschluss vom 9.2.2011, a.a.O.).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Frage dahingehend beantwortet, dass die Klauselrichtlinie Anwendung findet, wenn eine an sich bindende Regelung des nationalen Rechts im konkreten Fall nicht von Gesetzes wegen, sondern aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung gelten soll, weil der Vertrag in seiner Gesamtheit dann nicht zwangsläufig so ausgewogen ausgestaltet sei wie ein (allein) vom Gesetzgeber geregeltes Rechtsverhältnis. Die mit der Klauselrichtlinie auch bezweckte Information des Verbrauchers über den Vertragsinhalt (Transparenzgebot) könne durch ein Kündigungsrecht während der Durchführung des Vertrages nicht ausgeglichen werden (EuGH ZNER 2013, 147).

An dieses Auslegungsergebnis sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV zudem verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (BGH, Ur. vom 31.7.2013, VIII ZR 162/09).

Vor diesem Hintergrund sind, so der BGH (a.a.O. Rz. 56), § 307 Abs. 1 und § 310 Abs. 2 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Anforderungen des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach eine unangemessene Benachteiligung sich auch daraus ergeben kann, dass eine Klauselbestimmung nicht klar und verständlich ist, nicht durch § 310 Abs. 2 BGB und den hierin zum Ausdruck gekommenen Willen des deutschen Gesetzgebers verkürzt werden können, die Anforderungen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines in Sonderkundenverträgen vorgesehenen Preisänderungsrechts nicht über das für Tarifikundenverträge vorgesehene Maß hinausgehen zu lassen.

Nach den im vorgenannten Urteil des Europäischen Gerichtshofs im einzelnen dargestellten Vorgaben der Klausel-Richtlinie sei es für die Zulässigkeit eines einseitigen Preisänderungsrechts durch das Versorgungsunternehmen von wesentlicher Bedeutung, ob der Vertrag den Anlass und den Modus der Änderung der Entgelte für die zu erbringende Leistung so transparent darstelle, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen dieser Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien vorhersehen könne. Das wiederum erfordere eine klare und verständliche Information über die grundlegenden Voraussetzungen der Ausübung eines solchen Änderungsrechts. Der bloße Verweis in den allgemeinen

Vertragsbedingungen auf eine Rechtsvorschrift, in der die Rechte und Pflichten der Parteien festgelegt werden, werde, wenn die in andere Richtung weisenden Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers keine Berücksichtigung mehr finden können, diesen Anforderungen hingegen nicht gerecht. Das entspreche im Übrigen auch der bislang schon vom BGH vertretenen Sichtweise, wonach eine § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV nachgebildete vertragliche Preisänderungsklausel an sich nicht den zu ihrer Wirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Anforderungen genügt, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt (BGH, a.a.O., Rz. 59).

cc) Mehrfach, zuletzt in seiner Entscheidung vom 31.7.2013, VIII ZR 162/09, hat der BGH ausgeführt, dass ein Preisänderungsrecht nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung hergeleitet werden kann.

(1) Eine ergänzende Vertragsauslegung komme nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt. Dabei stehe eine Kündigungsmöglichkeit des Energieversorgers regelmäßig der Annahme entgegen, das Festhalten am Vertrag führe zu einem unzumutbaren Ergebnis (BGH, a.a.O., und Ur. vom 22.2.2012 - VIII ZR 34/11 jeweils m.w.N.).

(2) Eine ergänzende Vertragsauslegung mit dem Ziel einer Ersetzung der unwirksamen Preisanpassungsklauseln durch eine wirksame Klausel, liefe der Sache nach auf eine Klauselanpassung durch geltungserhaltende Reduktion hinaus, um den unangemessenen Preisanpassungsklauseln im Wege der Auslegung einen anderen, noch angemessenen Inhalt beizulegen. Dies wäre jedoch sowohl nach deutschem Recht als auch nach Art. 6 der Klausel-Richtlinie unzulässig (BGH, a.a.O., und Ur. vom 23. 1. 2013, VIII ZR 80/12).

(3) Auch könne es keinen durch eine ergänzende Vertragsauslegung zu gewährleistenden Vertrauensschutz der Versorgungsunternehmen in eine Klauselpraxis geben, die auf eben dieses Ergebnis hinausliefe. Denn selbst in Fällen, in denen eine Klausel zuvor nicht beanstandet worden ist, habe der Verwender einer Klausel im Allgemeinen das Risiko zu tragen, dass die Klausel in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen wegen

unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam beurteilt werde (BGH, a.a.O.).

(4) Soweit in Anbetracht der teilweise langen Laufzeit der in Rede stehenden Versorgungsverträge überhaupt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht zu ziehen wäre, könne sie jedenfalls nicht zu dem Ergebnis führen, dass dem Versorger das von ihm beanspruchte Preisänderungsrecht für den im Streit stehenden Zeitraum zuzubilligen wäre.

Die durch die Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel entstandene Vertragslücke könne unter bestimmten Voraussetzungen durch ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB in der Weise geschlossen werden, dass der Kunde die Unwirksamkeit derjenigen Preiserhöhungen, die zu einem den vereinbarten Anfangspreis übersteigenden Preis führen, nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat (BGH a.a.O., unter Bezugnahme auf die vorausgegangenen Urteile vom 14. 3. 2012, VIII ZR 113/11, Rn. 21 ff. und vom 23.1.2013, VIII ZR 80/12, Rn. 23).

Die letztgenannte Überlegung kommt hier nicht zum Tragen, weil der Beklagte die Preiserhöhungen jeweils zeitnah, also deutlich vor Ablauf der 3-Jahres-Frist beanstandet hat.

c. Der Senat schließt sich der zitierten Rechtsprechung und ihrer Begründung an. Die auf die Nachzahlung der Erhöhungsbeträge gerichtete Klage war daher abzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO.

IV.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

V.

Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht gegeben. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung bestehender Rechtsprechung auf den Einzelfall.

gez.

Küspert
Präsident
des Oberlandesgerichts

Hilzinger
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Hammer
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 18.02.2014

gez.
Leitner, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle