

Az.: 1 HK O 44/08



**IM NAMEN DES VOLKES**

**In dem Rechtsstreit**

1.

2.

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

**Rechtsanwältin Ahrens** Cornelia, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg, Gz.: 08.200022

gegen

**HEW Hof Energie + Wasser GmbH**, Unterkotzauer Weg 25, 95028 Hof  
- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

**Rechtsanwälte Kanzlei von Hirschberg**, Untere Bauscherstr. 21, 92637 Weiden, Gz.: VH/EW

wegen **Forderung**

erlässt das Landgericht Hof -Kammer für Handelssachen- durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Übelmesser und die Handelsrichter Rosenberger und Haedler auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 01.04.2009 folgendes

**Endurteil**

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 73,58 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03.05.2008 zu zahlen.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger weitere 68,42 € nebst 5 % Zinsen hieraus seit 05.07.2008 zu bezahlen.

- III. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
- IV. Die Kläger tragen die Kosten des Rechtsstreits.
- V. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

## Tatbestand

Die Beklagte ist ein regional tätiges Versorgungsunternehmen für Erdgas, Strom und Wasser und versorgt in ihrem Versorgungsgebiet mehr als 5000 Hausanschlüsse mit leitungsgebundenem Erdgas. Sie ist Netzbetreiberin des örtlichen Gasversorgungsnetzes und Grundversorgerin im Versorgungsgebiet der Kläger. Die Beklagte bietet über die Grundversorgung hinaus auch sogenannte Sonderkunden - oder Sonderverträge mit der Bezeichnung "HofGas privat" für Haushaltskunden an.

Die miteinander verheirateten Kläger sind an das Gasversorgungsnetz der Beklagten angeschlossen und beziehen von der Beklagten Erdgas für die Beheizung und Warmwasserversorgung ihres Anwesens. Die Aufnahme der Versorgung der Kläger über einen Gasanschluss der Beklagten erfolgte am 08.07.1999. Im Zuge der Aufnahme der Versorgung wurden die Kläger unter dem 27.07.1999 von der Beklagten angeschrieben und unterzeichneten daraufhin unter dem 09.08.1999 das als Anlage B 1 vorgelegte Schreiben, in dem vorformuliert die Erklärung enthalten ist, dass ihnen die Allgem. Tarifbedingungen bekannt seien.

Unter dem 14.12.2001 schrieb die Beklagte die Kläger an und bot ihnen den Abschluss einer Sondervereinbarung für die Versorgung mit Erdgas an. Die Kläger nahmen dieses Angebot an und sandten die am 28.12.2001 unterzeichnete sog. "HofGas Privat Sondervereinbarung für die

Versorgung mit Erdgas, gültig ab 01. Januar 2002" an die Beklagte zurück. Exemplare der darin in Bezug genommenen sog. Ergänzende Bestimmungen der HEW einschließlich der AVB GasV wurden den Klägern dabei nicht übersandt und auch nicht ausgehändigt.

In dieser Sondervereinbarung vom 28.12.2001, wegen deren Inhalt ergänzend auf Anlage K 2 Bezug genommen wird, ist ein Verbrauchspreis von 3,35 ct/kWh und ein Grundpreis je Kundenanlage von 10,50 €/Monat - jeweils als Bruttopreis - festgelegt.

Weiter sind in diesem Formularvertrags von der Beklagten folgende Klauseln vorgegeben:

**"2. Preise:**

...

"Sollte sich die dem aktuellen Arbeitspreis zugrunde liegende HEL-Notierung um mehr als 25 % verändert haben, kann seitens der HEW Hof Energie und Wasser GmbH eine außerordentliche Preisanpassung vorgenommen werden. Bei einer solchen Preisanpassung hat der Kunde das Recht, den Vertrag mit einer Frist von 2 Wochen zum Ende eines Monats zu kündigen"

Die HEW HofEnergie + Wasser GmbH ist berechtigt, Preisanpassungen jeweils zum 01.04. und 01.10. eines Kalenderjahres vorzunehmen. Über eine Preisänderung wird die HEW HofEnergie+Wasser GmbH den Kunden sechs Wochen vorher informieren. Die Preise können erstmalig zum 1.10.2002 geändert werden. "

.....

**3. Vertragsdauer:**

Die Sondervereinbarung tritt mit Unterzeichnung, frühestens ab 1.1.2002 in Kraft und kann mit einer Frist von vier Wochen zum 31.03. bzw 30.09. eines Kalenderjahres gekündigt werden. Die Kündigung ist erstmals nach Ablauf von zwei Jahren zulässig. Bei einem Umzug ist der Kunde berechtigt, die Vereinbarung zum Gasbezug jederzeit mit zweiwöchiger Frist auf das Ende eines Kalendermonats zu kündigen.

**4. Sonstiges**

...

Für die Versorgung mit Gas aus dem Gasversorgungsnetz der HEW sind die

- ergänzenden Bestimmungen der HEW "einschließlich der AVB GasV
- Techn. Anschlussbedingungen (TAB) der HEW

maßgebend.

...

" In der Folgezeit hob die Beklagte den Arbeitspreis von 3,35 ct/kWh an und berechnete schließlich für den Zeitraum von 01.10. 2003 bis 31.03.2005 einen Arbeitspreis von 3,397 ct/kWh netto bzw. 3,94 ct/kWh brutto. Dieser Preiserhöhung widersprachen die Kläger nicht, bezogen

weiter Erdgas und bezahlten die entsprechend gestellten Rechnungen der Beklagten vollständig und vorbehaltlos.

Erst als die Beklagte mit Schreiben vom 10.02.2005 - Anlage K 5- mitteilte, dass es notwendig geworden sei, die seit 01.10.2003 gültigen Preise von HofGas privat zum 01.04.2005 dahingehend anzupassen, dass der Verbrauchspreis 4,35 ct/kWh (brutto) und der Arbeitspreis 12,18 €/Monat (brutto) betrage, widersprachen die Kläger dieser Preiserhöhung von 3,94 ct/kWh brutto auf 4,35 ct/kWh mit Schreiben vom 24.02.2005 (Anlage K 11) unter Hinweis auf die Unbilligkeit der Erhöhung und baten um Nachweis der Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung. Weiter teilten sie mit, dass Zahlungen künftig nur auf die Hauptforderung zu alten Preisen zuzüglich eines Sicherheitsaufschlags von 2 Prozent (= 4,02 ct brutto) erfolgen werden und beschränkten die erteilte Einzugsermächtigung auf den Einzug von Entgelten und Abschlagszahlungen zu den bisherigen Preisen zuzüglich dieses Aufschlags. Dabei behielten sie sich ausdrücklich vor, auch deren Billigkeit gerichtlich prüfen zu lassen und Überzahlungen zurückzufordern.

In ähnlicher Weise widersprachen sie den von der Beklagten mit Schreiben 15.08.2005, 10.02.2006 und 10.08.2006 (Anlagen K 6, 7 und K 8) mitgeteilten weiteren Erhöhungen des Verbrauchspreises auf 4,87 ct/kWh zum 01.10.2005, 5,39 ct/kWh zum 01.04.2006 und 5,89 ct/kWh zum 01.10.2006 mit Schreiben vom 29.08.2005, 15.02.2006 und 15.08.2006 (Anlagen K12 - K14).

Die Beklagte stellte den Klägern mit Rechnung vom 31.10.2005 für ihre Gaslieferung von 19.711 kWh (Zeitraum 06.10.2004 - 30.09.2005) insgesamt 925,10 € in Rechnung. In der Jahresabrechnung vom 31.10.2006 fakturierte sie für die Gaslieferung von 19.995 kWh (Zeitraum 01.10.2005 bis 16.10.2006) insgesamt 1.133,30 € und in der Jahresrechnung vom 31.10.2007 für die Gaslieferung von 15.998 kWh (Zeitraum 17.10.2006 bis 16.10.2007) insgesamt 1.811,80 €.

Für den Gasbezug betreffend den Abrechnungszeitraum laut Rechnung vom 31.10.2005 zahlten die Kläger an die Beklagte 880 €, für den Abrechnungszeitraum laut Rechnung vom 31.10.2006 947 € und für den Abrechnungszeitraum laut Rechnung vom 31.10.2007 812 €.

Sie verweigerten ferner die vollständige Begleichung der im Rahmen der Jahresabrechnung von der Beklagten unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen ermittelten Restzahlung aus

den jeweiligen Jahresabrechnungen zum 31.10.2005 mit Schreiben vom 04.11.2005 (Anlage K 33), zum 31.10.2006 mit Schreiben vom 21.11.2006 (Anlage K 34) und zum 31.10.2007 mit Schreiben vom 14.11.2007 (Anlage K 35) und nahmen eigene Nachzahlungsberechnungen auf der Basis 4,02 ct/kWh vor.

Mit Schreiben vom 22.02.2008 - Anlage K 20- , auf die Bezug genommen wird, kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit den Klägern zum 31.03.2008.

Sie wies dabei darauf hin, dass sie nicht gewillt ist, die Kläger über den 31.03.2008 hinaus mit Gas zu versorgen. Sofern danach weiter Gas aus dem örtlichen Netz entnommen werden sollte, erfolge dies auf der Grundlage von § 38 EnWG im Rahmen der Ersatzversorgung. Sollten sich die Kläger innerhalb der drei Monate Ersatzversorgung nicht für einen anderen Drittlieferanten entscheiden, so bestehe nach Ablauf dieser Frist überhaupt kein Anspruch mehr auf Gasversorgung durch den Grundversorger.

Die Kläger widersprachen dieser Kündigung mit anwaltlichem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28.02.2005 (Anlage K 21) und forderten die Beklagte auf, zur Vermeidung einer negativen Feststellungsklage zu bestätigen, dass das bisherige Vertragsverhältnis unverändert fortgeführt werde.

Die Beklagte versorgt die Kläger auch über den 30.06.2008 hinaus weiterhin mit Erdgas.

Mit Schreiben vom 12.09.2008 (Anlage B 12) widersprachen die Kläger einer Gaspreiserhöhung vom 01.08.2008 für den "Allgemeinen Tarif" sowie einer Gaspreiserhöhung zum 01.10.2008 für den Tarif "HofGas privat".

Die Kläger behaupten, dass sie mit einer Geltung der ergänzenden Bestimmungen der HEW einschließlich der AVBGasV nicht einverstanden waren.

Sie meinen, der Beklagten stehe kein Recht zu, das einmal vereinbarte Entgelt für Erdgas nach Vertragsabschluss einseitig zu ändern. Die im Versorgungsvertrag vom der Beklagten vorgegebenen Preisänderungsklauseln benachteiligten die Klägerin entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen und seien daher allesamt unwirksam.

Das Entgelt für den Gasbezug sei daher unter Zugrundelegung des anfänglich vereinbarten Preises zu berechnen. Es ergebe sich daher für den Zeitraum vom 06.10.2004 bis 30.09.2005 eine Überzahlung von **95,41 €**; für den Folgezeitraum bis 16.10.2006 eine Überzahlung von **145,65 €** und für den anschließenden Zeitraum bis 16.10.2007 eine Überzahlung von **140,18 €**. Insgesamt ergebe sich somit seit 2005 eine Überzahlung von **381,24 €**.

Die Kündigung der Beklagten zum 31.03.2008 sei wegen Verstoßes gegen § 138 BGB und 19 IV GWB sittenwidrig. Die Beklagte sei keinem oder allenfalls nur unwesentlichem Wettbewerb ausgesetzt und mißbrauche ihre marktbeherrschende Stellung in ihrem Versorgungsbereich.

Mangels Rechtsmacht der Beklagten zur einseitigen Entgeltfestsetzung habe die Beklagte sie auch künftig nur zu einem Entgelt zu beliefern, welches den ursprünglich vereinbarten Preis nicht übersteige.

Die Beklagte habe sich ferner widerrechtlich eines unwirksamen Leistungsbestimmungsrechtes berüht und die Kläger mit ihrer ungerechtfertigten Zahlungsaufforderung zur Entrichtung unwirksam erhöhter Entgelte und der Androhung der Versorgungssperre zu einer Rechtsberatung gezwungen. Die Kläger könnten daher Erstattung der Rechtsberatungskosten, die aus einem Gegenstandswert von 4.062,00 € (381,24 € + Gegenstandswert für Interesse an der Rückgängigmachung der Kündigung in Höhe von 3680,84 €) zu berechnen seien, wobei angesichts der Komplexität und Schwierigkeit der Rechtsmaterie und der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache für die Kläger der Ansatz von 1,5 Geschäftsgebühr gerechtfertigt sei.

Zu ihrem Hilfsantrag 1 tragen die Kläger vor, dass die Beklagte auch nach Ablauf der dreimonatigen Ersatzversorgung über den 30.06.2008 hinaus einer gesetzlichen Versorgungspflicht unterläge. Sie unterliege auch über den 30.06.2008 hinaus einer gesetzlichen Versorgungspflicht nach §§ 36 Abs. 1, 39 Abs. 1 EnWG i.V.m. § 2 GasGVV zu den Bedingungen des § 36 EnWG. Eine Weiterbelieferung sei nach Ablauf der Ersatzversorgung verpflichtend, wenn die Klägerin weiterhin Gas aus dem Leitungsnetz der Beklagten entnehme und nicht anderweitig ein Versorgungsverhältnis eingehe.

Zu ihrem Hilfsantrag 2 führen sie aus, dass die einseitig vorgenommenen Entgeltbestimmungen

der Beklagten in ihrer Gesamtheit, also jeweils die gesamte Preisforderung, unbillig im Sinne des § 315 Abs. 3 S. 2 BGB und damit unverbindlich sei.

Die Kläger beantragen mit ihrer am 04.07.2008 zugestellten Klage im Hauptantrag:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 381,24 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03.05.2008 zu zahlen.
- II. Es wird festgestellt, dass der am 28.12.2001 zwischen den Parteien geschlossene Sondervertrag über die Versorgung der Kläger mit Erdgas durch die Beklagte über den 31.03.2008 hinaus ungekündigt fortbesteht.
- III. Es wird festgestellt, dass der Beklagten kein Recht zusteht, für das an die Kläger zu liefernde Erdgas ein Bruttoentgelt zu verlangen, welches einen Verbrauchspreis von 3,43 Ct. pro Kilowattstunde nebst einem Grundpreis von 129,26 € pro 365 Tage übersteigt.
- IV. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 511,11 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht von einer wirksamen Vertragskündigung ausgehen sollte (Hilfsantrag 1) beantragen sie:

- I. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Kläger auch über den 30.06.2008 hinaus mit Erdgas im Rahmen der Grundversorgung als Haushaltskunden zu versorgen.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 511,11 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht von einem wirksam vereinbarten

Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin ausgehen sollte (Hilfsantrag 2) , beantragen sie:

- I. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Preisfestsetzung zum 01.04.2005 - bestehend aus Arbeits- und Grundpreis - insgesamt unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.
- II. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Festsetzung des Energiepreises zum 01.10.2005 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.
- III. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Festsetzung des Energiepreises zum 01.10.2006 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.
- IV. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Festsetzung des Energiepreises zum 01.10.2006 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.
- V. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Festsetzung des Energiepreises zum 01.10.2007 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.



- VI. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung "HofGas privat" vorgenommene einseitige Festsetzung des Energiepreises zum 01.04.2008 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tariffestsetzung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tariffestsetzung gilt.
- VII. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 511,11 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt:

die Klage abzuweisen.

Sie meint, dass keine rechtsgrundlose Überzahlung vorliege. Die Berechnung des Rückforderungsbetrags auf der Basis des Verbrauchspreises von 3,35 Ct/kWh sei schon deshalb unzutreffend, weil der Preis von 3,94 ct/kWh, dem nicht widersprochen worden sei, zum vereinbarten Preis geworden sei.

Sie macht weiter Verwirkung des Rückforderungsanspruchs geltend. Die Kläger hätten den Verbrauchspreis von 4,02 ct/kWh brutto über Jahre hinweg gezahlt, ab 01.10.2007 sogar in Höhe von 4,12 ct/kWh. Hinsichtlich der hier von den Klägern geltend gemachten Rückzahlungsforderungen habe die Beklagte im Vertrauen darauf, dass die Kläger zumindest einen Preis von 4,02 ct/kWh akzeptieren, für die Rückzahlungsforderungen auch keine bilanziellen Rückstellungen gebildet.

Die Beklagte sei außerdem auch aufgrund der vertraglichen Regelungen zur Preisanpassung berechtigt gewesen. Die Sondervereinbarung vom 18.12.2001 enthalte in Ziff. 2 verschiedene Regelungen zur Preisänderung. Ferner seien in Ziff. 4 der Sondervereinbarung die AVB GasV zur Grundlage des Vertrages gemacht worden; damit gelte auch § 4 Abs. 2 AVB GasV mit dem dort beinhalteten Preisanpassungsrecht als vereinbart.

Diese AVB Gas seien bereits seit 1999 automatisch wirksamer Vertragsgegenstand zwischen

den Parteien gewesen, ihre Einbeziehung habe daher bei Abschluss der Sondervereinbarung am nicht nochmals vereinbart werden müssen. Der zwischen den Parteien zunächst geschlossene "Tarifvertrag" sei lediglich in einen Sondertarif übergeführt worden und nur hinsichtlich des Preises und der Vertragsdauer geändert worden. Die Kläger könnten sich wegen unzulässiger Rechtsausübung bzw. Verwirkung jedenfalls nicht darauf berufen, dass die AVB Gas nicht gelten würden. Das Rückforderungsverlangen verstoße angesichts des weiterhin erfolgten Gasbezugs auch gegen § 242 BGB (venire contra factum proprium)

Außerdem wäre bei Unwirksamkeit der vertraglichen Regelung eine entstehende Vertragslücke nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung jedenfalls dadurch zu schließen, dass nicht der Anfangspreis gelte, sondern Preisanpassungen im Rahmen der Billigkeit von § 315 BGB zulässig seien.

Die vorgenommenen Preisanpassungen sei auch der Höhe nach im Rahmen der Billigkeit erfolgt und wirksam.

Die Beklagte beruft sich weiter darauf, dass Rückzahlungsansprüche der Kläger aus Zahlungen, die sie vor dem 01.01.2005 an die Beklagte geleistet hätten, verjährt sind.

Hinsichtlich des Hauptantrages II führt die Beklagte aus, dass das Vertragsverhältnis mit den Klägern wirksam gekündigt worden sei. Die Kläger befänden sich in einem Sondertarif. Für die Gasversorgung bestehe für die Beklagte im Netzgebiet von Hof kein Monopol.

Die durch Hilfsantrag 1/I erhobene Feststellungsklage sei bereits unzulässig, da vorrangig Leistungsklage erhoben werden müsse. Im übrigen sei ihr nicht zuzumuten, Kunden in der Grundversorgung zu versorgen, die schon in einem Sondervertragsverhältnis, das günstiger sei als die Grundversorgung, nicht bereit gewesen seien, ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Beklagten über Jahre hinweg nachzukommen.

Nach dem Verhalten der Kläger seit ihrem ersten Einspruch am 24.02.2005 sei davon auszugehen, dass dann, wenn die Kläger in der Grundversorgung versorgt würden, sie wiederum sich auf eine vermeintliche Unbilligkeit dieses Grundversorgungstarifes berufen und Zahlungskürzungen vornehmen würden.

Es bedeute nicht nur einen erheblichen Aufwand an Zeit sondern auch an Kosten für die Beklagte,

die Kläger von der Billigkeit der Preisanpassungen bzw. des Preises als solches zu überzeugen. Der Grundversorgungstarif der Beklagten sei nicht nur teurer als das Sonderprodukt der Beklagten "HofGas privat" sondern auch teurer als das in der Anlage K3 ausgewiesene Angebot durch alternative Gasversorger.

Den Hilfsanträgen 2 Ziff. I - VI fehle bereits das Feststellungsinteresse, jedenfalls sei bis zur Preisanpassung zum 01.10.2006 Verwirkung eingetreten.

Eine Beweisaufnahme wurde nicht durchgeführt.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird ergänzend auf die Schriftsätze der Parteivertreter nebst vorgelegten Anlagen Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

### A.

Die Klage ist hinsichtlich der Hauptanträge zulässig und hinsichtlich der unter I. und IV geltend gemachten Klageforderungen teilweise begründet.

### I.

Für die unter II) und III) im Hauptantrag erhobenen Feststellungsklagen ist auch das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) gegeben.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 22.02.2008 gegenüber den Klägern die Kündigung des Sondervertrages, in dem die Rechte und Pflichten des Versorgungsverhältnisses mit Gas festgelegt sind, zum 31.03.2008 ausgesprochen.

Über die Wirksamkeit dieser Kündigung besteht zwischen den Parteien Streit. Es besteht daher ein rechtliches Interesse der Kläger, die die Kündigung für unwirksam halten, auf Feststellung des Weiterbestehens des Vertragsverhältnisses über den Kündigungszeitpunkt hinaus.

Die Beklagte nimmt ferner für sich im Rahmen dieses Sondervertragsverhältnisses ein einseitiges Preisanpassungsrecht in Anspruch und leitet hieraus Zahlungsansprüche ab. Die Kläger haben in diesem Fall ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass die Zahlungsansprüche der Beklagten nicht in der von ihr geltend gemachten Höhe bestehen. Mittels einer Leistungsklage könnten sie das Rechtsschutzziel der hier gegebenen negativen Feststellungsklage nicht erreichen (BGH Ur. vom 17.12.2008, EBE/BGH 2009, 37 f).

## II.

Hinsichtlich der mit Klageanträgen I und IV in der Hauptsache geltend gemachten Forderungen ist die Klage teilweise begründet. Die unter II und III erhobenen Feststellungsklagen sind unbegründet.

Die unter I. geltend gemachte Klageforderung besteht nur in geringerer Höhe. Die Beklagte hat von den Klägern betreffend die streitgegenständlichen Abrechnungszeiträume lediglich Zahlungen in Höhe von 49,13 € erhalten, für die kein Rechtsgrund besteht. Sie ist daher gemäß § 812 I Alt 1 BGB lediglich insoweit zur Herausgabe verpflichtet.

1) Rechtsgrundlos erlangt sind nicht bereits all die Zahlungen, soweit sie über die Beträge hinausgehen, die sich bei einer Abrechnung auf der Basis der ursprünglich im Sondervertrag vom 28.12.2001 enthaltenen Preise (Bruttoverbrauchspreises von 3,35 ct/kWh sowie einem Bruttogrundpreis von 10,50 €/Monat) ergeben.

Für eine Abrechnung aufgrund eines Nettoverbrauchspreises in Höhe von 3,397 ct/kWh (Bruttopreis 3,94 ct/kWh) und einem Nettogrundpreis von 9,05 € (Bruttopreis 10,50 €) besteht ein Rechtsgrund. Lediglich soweit sich für den jeweiligen Verbrauch bei Zugrundelegung dieser Preise Überzahlungen ergeben, fehlt der Rechtsgrund.

Ausgehend von dem jeweiligen Verbrauch ergibt sich somit für den Zeitraum 06.10.2004 bis 30.05.2005 ein tatsächlich geschuldeter Betrag von 900,88 €, so dass noch 20,88 € geschuldet sind.

Für den Zeitraum vom 01.10.2005 bis 10.10.2006 beträgt der tatsächlich geschuldete Betrag 919,32 €, so dass sich eine Überzahlung von 27,68 € ergibt. Der für die Folgeperiode geschuldete Betrag beläuft sich - unter Berücksichtigung der Umsatzsteueränderung auf 769,67 €, so dass sich eine Überzahlung von 42,33 € ergibt. Insgesamt ergibt sich somit eine

Überzahlung von 49,13 € .

a) Der Bruttoverbrauchspreis von 3,94 ct/kWh ist der vertraglich vereinbarte Preis.

Die Kläger widersprachen – unstreitig- erstmals dem mit Schreiben vom 10.02.2005 angekündigten Erhöhungsverlangen der Beklagten zum 01.04.2005. Den vorher vorgenommenen Erhöhungen des ursprünglich vereinbarten Verbrauchspreises von 3,35 Cent/kWh brutto auf 3,94 Cent/kWh widersprachen sie nicht sondern bezogen weiter Gas von der Beklagten. Insoweit haben sie dieser Preiserhöhung jedenfalls konkludent zugestimmt.

Insoweit ist bereits obergerichtlich entschieden, dass dann, wenn durch Sondervertragskunden nach Preiserhöhungen weiterhin Gas bezogen und die nachfolgenden Rechnungen ohne Beanstandung bezahlt werden, der einseitig erhöhte Preis zu einem zwischen den Parteien vereinbarten Preis wird und zwar unabhängig von einer grundsätzlichen Befugnis der Beklagten zu einer Preisanpassung (vgl OLG Oldenburg a.a.O, Anlage K 36, S 34 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2007, 2540).

b) Ein Rechtsgrund für das Behalten darüber hinausgehender Zahlungen besteht nicht.

Die zum 01.04.2005, 01.10.2005, 01.04.2006 und 01.10.2006 durch die Beklagte vorgenommenen Preiserhöhungen sind gegenüber den Klägern allerdings nicht wirksam; sie bilden daher keinen rechtlichen Grund für insoweit erfolgte Zahlungen der Beklagten.

aa) Eine einvernehmliche Preisvereinbarung ist insoweit nicht erfolgt.

Aufgrund der Widersprüche der Kläger kann eine derartige einvernehmlichen Vertragsänderung aufgrund konkludenten Verhaltens nicht angenommen werden.

Die Kläger haben der Benachrichtigung der Beklagten über die Erhöhung der Preise vom 10.02.2005 (Anlage K 5) mit Schreiben vom 24.02.2005 (Anlage K 11), der vom 15.08.2005 (Anlage K 6) mit Schreiben vom 29.08.2005 (Anlage K 12), der vom 10.02.2006 (Anlage K 7) mit Schreiben vom 15.02.2006 (Anlage K 13) und der Benachrichtigung vom 10.08.2006 (Anlage K

8) mit Schreiben vom 15.08.2006 (Anlage K 14) widersprochen.

Sie haben in diesen Schreiben zum Ausdruck gebracht, dass sie mit diesen Erhöhungen nicht einverstanden sind, dass Zahlungen künftig nur auf die Hauptforderung zu alten Preisen- 3,94 ct/kWh erfolgen würden und haben lediglich einen "Sicherheitszuschlag" in Höhe von 2 % angesetzt, wobei sie sich aber vorbehielten, Überzahlungen zurückzufordern.

Ferner haben die Kläger auch der Jahresabrechnung zum 31.10.2005 (Anlage K 15) mit Schreiben vom 04.11.2006 (Anlage K 33), der zum 31.10.2006 (Anlage K 16) mit Schreiben vom 21.11.2006 (Anlage K 34) und der Jahresrechnung zum 31.10.2007 mit Schreiben vom 14.11.2007 (Anlage K 35) widersprochen.

Umgekehrt kann auch nicht angenommen werden, dass die Beklagte ein dem Erhöhungsverlangen nicht entsprechendes abweichendes Angebot (§ 150 BGB) der Kläger auf Vereinbarung eines Preises von 4,02 ct/kWh angenommen hat und mit den Klägern eine entsprechend abweichende vertragliche Preisvereinbarung getroffen hat.

bb) Die Beklagte hat kein Recht, die Preise einseitig anzupassen. Sie konnte daher durch einseitige Erklärung gegenüber den Klägern die Gaspreise nicht in vertraglich bindender Weise über den Preis von 3,94 ct/kWh hinaus erhöhen.

aaa) Das Preisbestimmungsrecht, das die Beklagte in Anspruch nimmt, ergibt sich nicht aus einer gesetzlichen Regelung.

Die Kläger sind nicht Tarifkunden sondern Sondervertragskunden.

Ein einseitiges Preisänderungsrecht, wie es die Beklagte gegenüber den Klägern in Anspruch nimmt, ergibt sich daher bereits deshalb nicht unmittelbar aus den Normen der AVBGasV oder der GasGVV, weil der Anwendungsbereich dieser Normen nicht eröffnet ist.

Diese Normen regeln nur die allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung im Rahmen der Grundversorgung und betreffen somit unmittelbar ausschließlich den Tarifkundenbereich, nicht aber auch die Bedingungen im Sonderkundenbereich (OLG Oldenburg Urt. vom 05.09.2008 12 U 49/07; Anlage K 36). Auf Sonderkunden finden die AVBGasV keine Anwendung (vgl. BGH Urt. vom 29.04.2008, KZR 2/07, S 13 ff).

bbb) Ein derartiges Preisbestimmungsrecht, das dann nur vertraglicher Natur sein kann, besteht aber auch nicht aufgrund der zwischen den Parteien getroffenen vertraglichen Vereinbarungen.

Soweit sich die Beklagte auf Regelungen in der Sondervereinbarung bzw. ergänzenden allgemeinen Geschäftsbedingungen beruft, sind diese Regelungen nicht wirksam bzw nicht wirksam vereinbart.

Die in Nr. 2 der formularmäßigen Sondervereinbarung für die Versorgung mit Erdgas (Anlage K 2) enthaltenen, von der Beklagten vorgegebenen Preisänderungsklauseln benachteiligen die Kläger entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben unangemessen und sind daher gemäß § 307 I, II BGB, 310 II BGB unwirksam. Ein einseitiges Preisanpassungsrecht kann angesichts der Unwirksamkeit der allgemeinen der Klausel vorliegend auch nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung angenommen werden.

(1) Die Preisänderungsklauseln wurden von der Beklagten in deren Formularvertrag vorgegeben. Bei derartigen Vertragsbedingungen handelt sich um allgemeine Geschäftsbedingungen, die durch § 310 II BGB der Inhaltskontrolle gemäß §307 BGB nicht entzogen sind. Sie unterliegen als Preisnebenabreden der Inhaltskontrolle nach § 307 I und II BGB (vgl BGH Urt vom 17.12.2008, EBE 2009, 37 f).

(2) Die Preisanpassungsklauseln halten einer AGB-Kontrolle nicht stand, sind nicht hinreichend klar und verständlich und benachteiligen die Kunden der Beklagten deshalb unangemessen (§ 307 BGB).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht bei langfristigen, auf Leistungsaustausch gerichteten Vertragsverhältnissen zwar ein anerkanntes Bedürfnis, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten (vgl BGH NJW-RR 2005, 858). Solche Klauseln dürfen aber nicht zu einer ausschließlichen oder überwiegenden Wahrung der Verwenderinteressen führen. Deshalb sind Preisanpassungsklauseln unwirksam, die dem

Verwender nicht nur einen Ausgleich gestiegener Kosten sondern eine zusätzliche Gewinnerzielung und damit eine nachträgliche Verschiebung des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu Lasten des Vertragspartners ermöglichen (vgl BGH Urt. vom 13.12.2006, NJW 2007, 1054ff; OLG Frankfurt Urt. v. 13.12.2007 Az. 1 U 41/07, Anlage K 25 m.w.N). Zudem muss eine Preisänderungsklausel nach dem Transparenzgebot des §307 BGB möglichst klar und so verständlich gefasst sein, dass ein aufmerksamer und sorgfältiger Vertragspartner des Verwenders den Umfang der auf ihn zukommenen Preissteigerungen bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer vom Verwender vorgenommenen Erhöhung an der Ermächtigungsklausel selbst messen kann. (vgl BGH Urt vom 19.11.2002, NJW 2003, 746 ff; OLG Frankfurt, aaO, K 25; OLG Bremen, Urt. vom 16.11.2007, 5 U 42/06, K 26).

Dies ist bei den Klauseln unter Nr 2 der Sondervereinbarung nicht der Fall.

Dem Wortlaut der ersten Klausel nach „kann seitens der HEW HofEnergie+Wasser GmbH eine außerordentliche Preisanpassung vorgenommen werden“, sofern „ sich die dem aktuellen Arbeitspreis zugrunde liegende HEL-Notierung um mehr als 25 % verändert haben“ sollte.

Anhand dieser Klausel können die Kunden nicht erkennen, in welcher Weise und in welchem Umfang Preisänderungen möglich sein sollen. Auch ist unklar, welche HEL- Notierung den Anknüpfungspunkt bilden soll. Es entstehen durch diese unbestimmte Formulierung der Beklagten Preisgestaltungsspielräume, die diese zu ihrem Vorteil ausnutzen könnte. Die Kunden können die Berechtigung einer Preisänderung nicht verlässlich nachprüfen.

Gleiches gilt für die zweite Klausel, nach der die Klägerin berechtigt ist, „ Preisanpassungen jeweils zum 01.04. und 01.10. eines Kalenderjahres vorzunehmen.“ Hier werden lediglich die Zeitpunkte möglicher Änderungen der Arbeitspreise festgelegt; unter welchen Bedingungen und Kostenfaktoren und deren grundsätzlicher Bemessung dies geschehen soll, wird darin nicht ausgeführt.

(3) Der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel steht auch nicht entgegen, dass sie dem gesetzlichen Leitbild der bis zum 7.11.2006 geltenden § 4 AVBGasV entspreche.



Wie der Bundesgerichtshof bereits in seiner Entscheidung vom 29.04.2008 (KZR 2/07, Anlage B 3) ausführt, kommt § 4 AVBGasV für derartige intransparente Preisänderungsklauseln keine Leitbildfunktion zu. Dass die gesetzliche Norm keine Vorgaben zu Zeitpunkt und Inhalt von Preisänderungen nennt, ist eine unmittelbare Folge aus der gesetzlichen Bindung des allgemeinen Tarifs an den Maßstab der Billigkeit.

(4) Die danach grundsätzlich bestehende unangemessene Benachteiligung des Kunden wird auch durch die Vereinbarung von ausreichenden Kündigungsrechte nicht wieder ausgeräumt. Die Beklagte hat daher die Unwirksamkeit ihrer pauschal formulierten Änderungsklausel nicht durch ein ausreichend ausgestaltetes Recht zur Lösung vom Vertrag kompensiert

Zwar kann ein angemessener Ausgleich für den Kunden dann vorliegen, wenn dem Kunden das Recht zur Lösung vom Vertrag eingeräumt wird. Insoweit sind aber alle Vor- und Nachteile zu berücksichtigen, die mit einem Vertragsauflösungsrecht im Rahmen einer ansonsten unzulässigen Preisanpassungsklausel auf den Kunden mit der Kündigung zukommen können.

Ein derart angemessener Ausgleich liegt hier nicht vor.

Ein unmittelbares Kündigungsrecht im Zusammenhang mit Preisänderungen zum 01.04. und 01.10. ist in dem Sondervertrag nicht eingeräumt. Gemäß Nr 3 des Vertrages war eine Kündigung auch erstmals nach Ablauf von 2 Jahren zulässig, während die Preise nach dieser Klausel erstmals schon zum 01.10.2002 geändert werden konnten.

Ein lediglich in einem in Bezug genommenen Regelwerk enthaltenes Lösungsrecht ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof (BGH NJW 2007, 1054) nicht geeignet, zu einem angemessenen Interessenausgleich des Kunden zu führen.

(5) Eine Kontrollmöglichkeit gemäß § 315 III BGB kann, wie der Bundesgerichtshof wiederholt entschieden hat (vgl BGH NJW 1986, 3134) die notwendige Eingrenzung und Konkretisierung einer AGB-Klausel nicht ersetzen.

(6) Der Beklagten ist auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht zuzubilligen.

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 306 I BGB im Übrigen wirksam und richtet sich inhaltlich nach § 306 II BGB nach den gesetzlichen Vorschriften.

Diese gesetzliche Regelung schließt nach ständiger Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung nicht grundsätzlich aus (vgl BGHZ 90, 69 ff).

Es muss jedoch die Grundentscheidung des Gesetzgebers beachtet werden.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt daher nur in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten der Kläger verschiebt (vgl OLG Oldenburg, Urt vom 05.09.2008, 12 U 49/07; BGH Urt vom 29.04.2008, KZR 2/07, Anlage K 30).

Im vorliegenden Fall steht der Beklagten das Recht zu, sich gemäß Nr. 3 im Wege der ordentlichen Kündigung mit einer Frist von 4 Wochen zum 31.03. bzw. 30.09 eines Kalenderjahres vom Vertrag zu lösen. Wenn sie bis zur erstmaligen Kündigungsmöglichkeit an den Vertrag gebunden ist, führt dies nicht zu unzumutbaren Ergebnissen.

Eine Befugnis der Beklagten zur einseitigen Preiserhöhungen ergibt sich auch nicht über die in Nr 4 der Sondervereinbarung (K2) enthaltenen Klausel, wonach für die Versorgung mit Gas aus dem Gasversorgungsnetz der HEW die „Ergänzenden Bestimmungen der HEW“ einschließlich der AVBGasV maßgebend sind.

Die Rechtsverhältnisse von Tarifkunden und Sondervertragskunden unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Struktur grundlegend. Aus diesem Grund kann nicht angenommen werden, dass Regelungen, wie z.B. die AVBGas, die als Adressaten ausdrücklich den Tarifkunden hat, ohne wirksame gesonderte Vereinbarung auch für das Sonderkundenverhältnis anwendbar ist.

Die Frage, ob durch vertragliche Einigung die Regelungen der - wie ausgeführt nicht unmittelbar anwendbaren- AVBGasV einbezogen sind, ist nach den Regelungen über die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff BGB zu beurteilen.

Auf die AVBGasV kann sich die Beklagte bereits deshalb für das vorliegende Vertragsverhältnis nicht berufen, weil keine wirksame Einbeziehung der AVBGasV, die unter diesen Umständen lediglich als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen wären, stattgefunden hat.

Allgemeine Geschäftsbedingungen werden gemäß § 305 II Nr 2 BGB nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und wenn auch die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.

Bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden kann dem in der Regel nur durch vorherige Übersendung der AGB genügt werden. Die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 II BGB gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Verwender während der Vertragsdauer eine Neufassung von AGB vornehmen will.

Eine solche Übersendung ist unstreitig nicht erfolgt.

Ein wirksames Preisanpassungsrecht ließe sich aber auch bei wirksamer Einbeziehung hieraus nicht ableiten.

Wie das OLG Oldenburg in der Entscheidung vom 05.09.2008 zutreffend ausgeführt hat, stellt § 4 Absatz 1 und 2 AVBGasV für den hier in Rede stehenden Sonderkundenbereich keine tauglichen Regelungen dar, auf die im Wege einer Bezugnahme zurückgegriffen werden bzw. über die ohne eine ergänzende vertragliche Bestimmung ein einseitiges Preisanpassungsrecht für die Beklagte begründet werden kann. (OLG Oldenburg, Urt. vom 05.09.2008, Az. 12 U 49/07, Anlage K 36). Eine für jedermann verständliche, ausdrückliche und klare Regelung eines Preisanpassungsrechts lässt sich mit Hilfe dieser Verweisung für den Vertragspartner nicht ableiten.

Die sich insoweit ergebenden Bereicherungsansprüche sind nicht verjährt. Seitens der Beklagten ist insoweit bereits nicht substantiiert dargelegt, dass die zurückgeforderten Zahlungen vor dem 01.01.2005 erfolgt sind.

Für Verwirkung der Rückforderungsansprüche fehlt es im vorliegenden Fall jedenfalls am Umstandsmoment. Die angeführte Tatsache, dass die Beklagte keine Rückstellung für die

streitgegenständliche Rückzahlung in ihrer Bilanz eingestellt hat, genügt bereits angesichts der Höhe des Rückforderungsbetrages nicht.

Die Beklagte hat den Sondervertrag vom 28.12.2001 wirksam gekündigt. Die Klage ist hinsichtlich des unter II erhobenen Feststellungsantrages daher unbegründet.

Der Beklagten stand aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ein ordentliches Kündigungsrecht zu. Umstände die die Sittenwidrigkeit dieser Kündigung ergeben können liegen nicht vor. Es handelt sich lediglich um die Beendigung eines Sondervertragsverhältnisses, das auf unbestimmte Dauer eingegangen ist. Der Beklagten steht, wie ausgeführt, im vorliegenden Fall trotz langfristiger Bindung kein Recht zur einseitigen Preiserhöhung zu. Unter diesen Umständen liegt weder Sittenwidrigkeit noch ein Verstoß gegen § 19 IV GWB vor, der die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung rechtfertigen könnte.

Die unter III erhobene Feststellungsklage ist ebenfalls unbegründet. Vereinbart ist, wie oben ausgeführt, ein Preis von 3,94 ct/kWh.

Der unter IV geltend gemachte Klageanspruch ist nur zum geringen Teil begründet.

Als Schadensersatz können die Kläger lediglich Rechtsanwaltskosten aus einem Gegenstandswert von 49,13 € geltend machen. Soweit sie sich auch gegen die Kündigung des Sondervertrages wandten, liegt keine Pflichtverletzung vor. Diese Kündigung erfolgte, wie ausgeführt, zu Recht. Den Klägern steht daher insoweit ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 68,42 € (1,5 Geschäftsgebühr aus Gegenstandswert, 20 € Auslagenpauschale zzgl 19 % Mehrwertsteuer) zu.

B:

Die unter I des Hilfsantrages 1 erhobene Feststellungsklage ist unzulässig, da das Feststellungsinteresse gemäß § 256 I ZPO fehlt. Das Klagebegehren wäre, worauf die Beklagte bereits schriftsätzlich hingewiesen hat, mit vorrangiger Leistungsklage zu verfolgen gewesen.

Die Kläger berufen sich auf eine Verpflichtung der Beklagten, mit ihnen ein Grundversorgungsverhältnis einzugehen. Die Klage zielt daher letztlich auf Verpflichtung der

Beklagten zum Abschluss eines Grundversorgungsvertrages, dh. die Beklagte beruft sich auf einen Kontrahierungszwang der Beklagten. Derartige Klagen müssen auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet sein (vgl BGH Urt. vom 17.06.1994, V ZR 34/92).

Der unter II/2 des Hilfsantrages 1 gestellte Antrag ist unzulässig. Der Antrag ist mit dem unter IV gestellten Hauptantrag identisch.

Über die als Hilfsanträge 2 gestellten Anträge war nicht zu entscheiden, da die Bedingung unter der sie gestellt sind, nicht eingetreten ist.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 II ZPO. Die Klägerin obsiegt lediglich in Verhältnis mäßig geringem Umfang.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 709 ZPO.

gez.

Übelmesser  
Vorsitzender Richter  
am Landgericht

Rosenberger  
Handelsrichter

Haedler  
Handelsrichter

Verkündet am 13.05.2009

gez.  
Raithel, Alnsp'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit  
der Urschrift

Hof, 14.05.2009

*Raithel*  
Raithel, Alnsp'in

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle