

**LANDGERICHT NÜRNBERG-FÜRTH**

Geschäftsnummer: 4HK O 9057/08



Patt Rechtsanwälte Chemnitz									
I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	IX	X
ZUGESTELLT									
28. OKT. 2009									
Zsh	Kopie	Fax	an Pr	K	St				
Fr.	mit Akten	Rechtspr./Möbkt.	Möbkt.	Rff.	B	DD			

**IM NAMEN DES VOLKES**

Das Landgericht Nürnberg-Fürth, 4. Kammer für Handelssachen, erlässt durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Eichelsdörfer und die Handelsrichter Böhm und Dr. Zapf

in Sachen

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

Gasversorgung Unterfranken GmbH,

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:

wegen GWB

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 02.10.2009 folgendes

## ENDURTEIL:

- I. Die Klage wird abgewiesen.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- III. Das Urteil ist gegen eine Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

## BESCHLUSS:

Der Streitwert wird

- für die Zeit bis 22.12.2008 auf 13.044,93 € und
- für die Zeit ab 23.12.2008 auf 25.979,17 €

festgesetzt.

### TATBESTAND:

Die Parteien streiten um die Höhe der Rechnungen der Beklagten für Gaslieferungen ab 01.01.1998.

Mit Schreiben vom 09.11.1979 (Anlage K4) begrüßte die Beklagte den Kläger, der kein Unternehmer ist, als neuen Kunden und stufte ihn in den Tarif 096 ein. Beigefügt waren die Allgemeinen Tarifpreise als Anlage zu den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz sowie die Preisrichtlinien für Sondervertragskunden, in deren Ziffer 5 bestimmt ist, dass im Übrigen die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz sowie die in Anlage 1 zu den AVB genannten Allgemeinen Bestimmungen sinngemäß gelten.

Hierauf wandte sich der Kläger im November 1979 mit einem Schreiben an die Beklagte, in dem er Wünsche hinsichtlich der Tarifeinstufung äußerte, wie der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat.

Mit Schreiben vom 25.01.2005 verlangte der Kläger den Nachweis der Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung und teilte mit, er halte die Erhöhungen der Erdgaspreise bzw. des monatlichen Abschlags für unbillig nach § 315 BGB (Anlage K5). Bis zum Nachweis der Steigerung der Bezugs- und sonstigen Kosten und des Anteils dieser Kosten am Gesamtpreis durch die Beklagte kündigte er an, nur den alten Preis zuzüglich eines Sicherheitsaufschlags von 2 % zu zahlen. Er behielt sich vor, auch die Billigkeit der alten Preise gerichtlich prüfen zu lassen und die Bezahlungen zurückzufordern.

Der Kläger trägt vor, zwischen den Parteien bestehe ein Sondervertrag bei günstigeren Arbeitspreisen gegenüber dem Grundversorgungstarif. Der Beklagten stehe kein Preisanpassungsrecht zu, so dass die Preise von 1979 bis heute gelten.

Ein Preisanpassungsrecht ergebe sich auch nicht aus § 4 AVBGasV. Diese Vorschrift sei auch nicht entsprechend anzuwenden, da sie einer Inhaltskontrolle nicht standhalte. Außerdem sei die AVBGasV bei Vertragsschluss nicht übergeben worden.

Der Beklagten stehe auch kein Preisänderungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu, wenn kein Kündigungsrecht bestanden hätte, da dies gegen das Prinzip der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen würde.

Sowohl die Grund- wie auch die Arbeitspreise seien der Billigkeitskontrolle des § 315 BGB unterworfen. Da die Beklagte bis heute als einziger verfügbarer Anbieter den Preis bestimme, sei auch der ursprüngliche Preis einer Überprüfung zugänglich. Die Beklagte besitze nämlich eine Monopolstellung, ein Substitutionswettbewerb zwischen den unterschiedlichen Energieträgern existiere nicht. Die Preise der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seien solche eines marktbeherrschenden Unternehmens gewesen und daher der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zugänglich.

Der Kläger ist der Meinung, der Vortrag der Beklagten, durch vorbehaltlose Zahlung der Jahresverbrauchsabrechnungen seien die darin angeführten Preise anerkannt worden und nunmehr nicht mehr gerichtlich überprüfbar, stehe in evidentem Widerspruch zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Jedenfalls habe sich der BGH zur Überprüfbarkeit des Preissockels bei Sonderverträgen bisher nicht geäußert.

Der Kläger beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag mit der Kundennummer ..... zum 13.09.2003, 04.09.2004, 01.10.2004, 01.08.2005, 27.09.2005, 01.01.2006, 01.08.2006, 05.09.2006, 01.10.2006, 01.01.2007, 29.01.2007, 31.03.2007 und 01.04.2007 vorgenommenen Preisbestimmungen unbillig und unwirksam sind.

2. Es wird festgestellt, dass die von Seiten der Beklagten ermittelten Teilbeiträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Rechnung der Beklagten vom 16.11.2007 in Höhe von 226,00 € unbillig und unwirksam sind.
3. Es wird festgestellt, dass die Endabrechnungen der Klägerin vom 13.10.2004, 13.10.2005, 13.10.2006 und 16.11.2007, sowie 16.06.2008 auf den Gasverbrauch unbillig und unwirksam sind.
4. Es wird festgestellt, dass der Kläger von der Beklagten für den Zeitraum seit dem 01.01.1998 die Versorgung zu den im Vertrag mit der Kundennummer + vereinbarten Konditionen zu versorgen hat und sämtliche vorgenommenen Preisanpassungen durch die Beklagte unwirksam sind.

Die Beklagte beantragt,

die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, Preiserhöhungen habe es am 01.10.2004, am 01.08.2005, am 01.01.2006 und am 01.10.2006 gegeben, am 01.01.2007 und am 01.04.2007 seien die Preise gesenkt worden. An den weiteren vom Kläger genannten Daten, nämlich 13.09.2003, 04.09.2004, 27.09.2005, 01.08.2006, 05.09.2006, 29.01. sowie 31.03.2007 hätten keine Preisänderungen stattgefunden.

Die Beklagte meint, ihre Berechtigung zu einer Preisänderung ergebe sich aus § 4 AVBGasV, ein Sonderkundenvertrag liege nicht vor. Andernfalls wären die Allgemeinen Versorgungsbedingungen als AGB vereinbart worden.

Jedenfalls ergebe sich ein Gasabgabepreisänderungsrecht wegen Bezugskostensteigerung aus ergänzender Vertragsauslegung.

Die Beklagte legt dar, ihre Gasbezugskosten hätten sich in der Zeit zwischen dem vierten Quartal 2004 und dem vierten Quartal 2006 um 1,7833 bzw. 1,7912 Ct/kWh erhöht, demgegenüber beliefen sich die Arbeitspreiserhöhungen in der Zeit vom 01.10.2004 bis 01.10.2006 auf insgesamt 1,63 Ct/kWh netto. Die weiteren allgemeinen Kosten der Beklagten seien von 2004 bis 2006 auf ein Niveau oberhalb der Kosten des Jahres 2004 angestiegen. Somit entsprächen die Gaspreiserhöhungen der Billigkeit im Sinn des § 315 BGB.

Die Beklagte beruft sich auf Verwirkung, vorsorglich auf Verjährung. In der Zeit von 1979 bis 25.01.2005 hätten viele Preisänderungen stattgefunden. Rückstellungen seien der Beklagten erstmals für 2005 möglich gewesen. Rückzahlungen für über 20 Jahre an den Kläger und gegebenenfalls andere Kunden würden große wirtschaftliche Schwierigkeiten bei der Beklagten hervorrufen. Auch die Preiserhöhungen vor dem 01.10.2004 beruhten ebenfalls ausschließlich auf gestiegenen eigenen Gasbezugskosten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Beweis ist nicht erhoben worden.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

Die Klage ist als unbegründet abzuweisen.

Die streitgegenständlichen Preisbestimmungen, Abschlagszahlungen und Endabrechnungen sind nicht zu beanstanden.

1. Die Beklagte ist jedenfalls insoweit zu Preisänderungen befugt, dass Bezugs-kostensteigerungen der Beklagten an die Kunden weitergegeben werden dürfen.
  - a) Zwischen den Parteien ist im November 1979 ein Sonderkundenvertrag zustande gekommen.
  - aa) Der Vertragsschluss zwischen den Parteien ergibt sich aus dem Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 09.11.1979 (Anlage K4), auf das der Kläger mit seinem Schreiben vom November 1979, wie es in der mündlichen Verhandlung erwähnt worden ist, Bezug genommen hat. Insoweit mag es dahinstehen, wie mit dem Wunsch des Klägers nach einer Tarifstufenänderung verfahren worden ist.
  - ab) in der Rechtsprechung sind die Kriterien einer Abgrenzung eines Tarifkundenvertrages von einem Sonderkundenvertrag uneinheitlich und umstritten. Vorliegend hat die Beklagte mit Schreiben vom 09.11.1979 dem Kläger die Preisrichtlinien für Sondervertragskunden zugesandt. Mit Schreiben vom August 2007 (Anlage K12) hat die Beklagte anlässlich der Einführung der neuen GasGVV dem Kläger mitgeteilt, dass er auch dann weiterhin zuverlässig versorgt werde, wenn er bis 30.09.2007 nicht die Zustimmung zur Versorgung zu den Preisrichtlinien für Sondervertragskunden erteilen würde. Ab 01.10.2007 würde dann für ihn allerdings der gesetzlich vorgeschriebene allgemeine Preis für die Grundversorgung gelten. Die Beklagte ist danach also selbst davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien ein Sonderkundenvertrag abgeschlossen worden ist.

Hinzu kommt, dass der vereinbarte Sondervertragskunden-Preis von einem Mindestbezug an Gas abhängig war/ist, wie sich aus den Mitteilungen der Beklagten (Anlagen B2 bis B7) ergibt. Dies spricht für die Einstufung als Sondervertragskunde (Hanseatisches OLG Bremen, ZIP 2008, 28).

Für die Einstufung als Sondervertrag spricht auch die ausdrückliche Regelung in Ziffer 5 der Preisrichtlinien für Sondervertragskunden, wonach im Übrigen

die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz gelten sollen, da eine solche Regelung bei einer Einstufung als Tarifkunde überflüssig wäre (BGH NJW 2009, 2667, II 1 a bb).

Ein Sondervertrag liegt vor, wenn der Vertrag zu anderen, typischerweise günstigeren Bedingungen als im allgemeinen Tarif abgeschlossen wird, jedenfalls bei von der AVBGasV abweichenden Bedingungen (Kammergericht, Urteil vom 28.10.2008, Az.: 21 U 160/06; OLG Frankfurt, Urteil vom 05.05.2009, Az.: 11 U 61/07).

- b) Eine gesonderte Preisanpassungsklausel ist nicht vereinbart.

§ 4 AVBGasV gilt nur für Tarifkunden und nicht für Sondervertragskunden.

Eine Einbeziehung von § 4 AVBGasV in das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien scheitert jedoch an der fehlenden Möglichkeit der Kenntnisnahme in zumutbarer Weise, § 305 Abs. 2 Ziff. 2 BGB. Da hierfür in der Regel eine Übersendung nötig ist und da es sich beim Kläger nicht um einen Unternehmer handelt und weiterhin die AVBGasV nicht übergeben worden sind, sind diese nicht wirksam in das Vertragsverhältnis einbezogen worden.

- c) Ein Preisanpassungsrecht der Beklagten ergibt sich jedoch aus ergänzender Vertragsauslegung.

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Anders als nach § 139 BGB ist der Vertrag nach § 306 Abs. 3 BGB nur dann insgesamt unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung derjenigen Inhaltsvorgaben, die sich aus der Geltung der gesetzlichen Vorschriften nach Abs. 2 ergeben, eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

Diese gesetzliche Regelung schließt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht aus, weil es sich auch bei den Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB, in denen die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grundlage hat, um gesetzliche

Vorschriften im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB handelt. Jedoch muss auch bei einer ergänzenden Vertragsauslegung die Grundentscheidung des Gesetzgebers beachtet werden, den Vertrag grundsätzlich mit dem sich aus den Normen des dispositiven Gesetzesrechtes, welche der ergänzenden Vertragsauslegung vorgehen, ergebenden Inhalt aufrecht zu erhalten. 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 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 (BGH Teilurteil vom 29.04.2008, Az.: KZR 2/07).

Vorliegend ist keine Kündigungsmöglichkeit zwischen den Parteien vereinbart. Zwar sind in Dauerschuldverhältnissen auch ordentliche Kündigungen möglich, aber es ist mangels gesetzlicher Regelung und feststehender Rechtsprechung für die Beklagte schlechterdings nicht absehbar, welche Kündigungsfrist in einem derartigen Fall letztinstanzlich festgelegt werden würde.

Angesichts des zwischen den Parteien seit 1979 mit vom Kläger bis Januar 2005 nicht beanstandeten Preiserhöhungen gelebten Vertrages und des Risikos der Beklagten, Preissteigerungen von Oktober 2004 bis Oktober 2006 in Höhe von insgesamt ca. 50 % (auf der Basis des Preises vom 01.10.2004) teilweise oder ganz nicht weitergeben zu können, und der weiteren Tatsache, dass die in den AGB enthaltene Preiserhöhungsmöglichkeit gemäß § 4 AVB-GasV – die keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden darstellt (BGH NJW 2009, 2662) – nur mangels wirksamer Einbeziehungsvereinbarung nicht Vertragsbestandteil geworden ist, hätten die Parteien jedenfalls eine Regelung getroffen, dass gestiegene Bezugskosten der Beklagten an die Kunden weitergegeben werden dürfen, mithin eine Preiserhöhung im Rahmen der tatsächlichen Bezugskostensteigerung zulässig ist (vgl. OLG Hamm, RdE 2008, 183).

Diese im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefundene Regelung unterliegt der Überprüfung gemäß § 315 BGB.

2. Soweit die Preisänderungen der Beklagten der Billigkeitskontrolle unterliegen, sind diese Änderungen nicht zu beanstanden.

a) Der Preissockel von 1979 und die Preiserhöhungen der Beklagten bis 01.10.2004 unterliegen nicht der Kontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB. Der vereinbarte Anfangspreis ist nicht zu überprüfen, da er durch den Tarif eindeutig bestimmt und als solcher vereinbart worden ist (BGHZ 172, 315).

Eine Überprüfung von Preiserhöhungen findet nicht statt, wenn der Kunde Jahresrechnungen hingenommen hat und nicht in angemessener Zeit beanstandet hat und weiterhin Gas bezogen hat (BGH a.a.O.).

b) Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Überprüfung des (Sockel-) Preises gemäß § 315 Abs. 3 BGB bei Vorliegen einer Monopolstellung dennoch vorzunehmen, aber eine derartige Monopolstellung ist auf dem Markt für Heizenergie nicht gegeben (BGH a.a.O.; BGH Urteil vom 19.11.2008, Az.: VIII ZR 138/07).

c) Entgegen der Ansicht des Klägers gilt diese Rechtsprechung jedenfalls auch für das vorliegende Vertragsverhältnis.

In der Rechnung vom 13.10.2004 (Anlage K6) wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Rechnungsbetrag vom Konto des Klägers abgebucht wird. In den folgenden Rechnungen (Anlagen K7 bis K9) wurde der Kläger aufgefordert, den Rechnungsbetrag mittels beiliegender Zahlscheine zu überweisen, was der Kläger hinsichtlich der Rechnung K7 getan hat. Hinsichtlich der vorhergehenden Rechnungen (für die Zeiträume vor der Rechnung K6) hat der Kläger die Rechnungen und Abschlagszahlungen ohne Vorbehalt erbracht. Insoweit erfolgten Abbuchungen (Anlagen K16 ff.). Im Übrigen hätte der Kläger jederzeit Gelegenheit gehabt, die eingeräumte Lastschrift bzw. Einzugsermächtigung von sich aus zu widerrufen, wie er es schließlich auch mit seinem Schreiben vom 25.01.2005 getan hat. Angesichts dessen sind der wi-

derspruchslosen Hinnahme der Abrechnungen bis einschließlich der Rechnung vom 13.10.2004 (Anlage K6), dem Zulassen der Abbuchung, auch der Abschlagszahlungen, und der klaren Darstellung in den jeweiligen Rechnungen, dass und ab wann Preiserhöhungen stattgefunden haben und wie diese sich betragsmäßig auswirken, auch bei Sonderverträgen die für Tarifverträge in der Rechtsprechung unstreitigen und oben genannten Wirkungen zu entnehmen (vgl. OLG Koblenz, RdE 2009, 187).

Damit sind der Preissockel von 1979 und die Preiserhöhungen bis inklusive der Erhöhung vom 01.10.2004 einer Überprüfung gemäß § 315 Abs. 3 BGB entzogen. Etwas anderes kann sich auch nicht aus dem Vorbehalt des Klägers im Schreiben vom 25.01.2005, alte Preise eventuell auf Billigkeit überprüfen lassen zu wollen, ergeben, da ein derartiger Vorbehalt nicht rückwirkend erklärt werden kann. Diese Wirkung gilt auch für den Grundpreis, der seit 01.10.2004 nicht mehr erhöht worden ist.

- d) Hinsichtlich der vom Kläger behaupteten Preisänderungen zum 13.09.2003, 04.09.2004, 27.09.2005, 01.08.2006, 05.09.2006, 29.01.2007 und 31.03.2007 hat die Beklagte vorgetragen, dass zu diesen Zeitpunkten keine Preisänderungen erfolgt seien. Dem ist der Kläger überhaupt nicht mehr entgegengetreten. Mangels Darlegung von Preisänderungen zu diesen Zeitpunkten kann die Klage bereits aus diesem Grunde insoweit keinen Erfolg haben.
- e) Bei den verbleibenden Preiserhöhungen vom 01.08.2005, 01.01.2006 und 01.10.2006 sowie den Preissenkungen vom 01.01.2007 und 01.04.2007 ergibt die Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB keine Beanstandungen.

Die Billigkeit ist bei einer bloßen Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten grundsätzlich zu bejahen (BGH, Urteil vom 19.11.2008, Az.: VIII ZR 138/07).

Die Beklagte hat schlüssig dargelegt, dass die streitgegenständlichen Kostensteigerungen sogar noch etwas unter der Erhöhung ihrer eigenen Bezugspreise liegen und dass die übrigen allgemeinen Kosten der Beklagten von 2004 bis 2006 nicht gesunken sind. Dies wurde vom Kläger nicht bestritten.

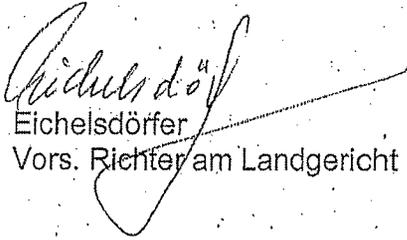
Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung dies sowie die Richtigkeit der vorgelegten Wirtschaftsprüfergutachten bestritten hat, ist dieses Bestreiten angesichts des Vortrags der Beklagten und der vorgelegten Urkunden unsubstantiiert und wird im Übrigen als verspätet zurückgewiesen. Der Kläger hat das Vorbringen im Schriftsatz vom 17.12.2008 erstmals im Termin vom 02.10.2009 bestritten. Eine Berücksichtigung dieses Bestreitens und eine sich anschließende Beweisaufnahme würde die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögern und es ist nichts dafür ersichtlich, dass das verspätete Bestreiten nicht auf grober Nachlässigkeit beruhen würde.

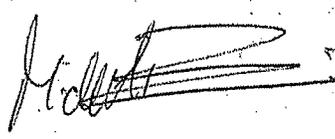
3. Die Klage lässt sich auch nicht mit Erfolg auf eine Überprüfung gemäß § 19 Abs. 4 GWB stützen, da schon nicht dargelegt ist, dass die von der Beklagten geforderten Entgelte von denen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden. Im Übrigen ist angesichts der Prüfung gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht von überhöhten Entgelten auszugehen.

Ein schlüssiger Vortrag zu einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 19 Abs. 4 GWB liegt nicht vor.

4. Aus den genannten Gründen sind auch die vom Kläger in den Anträgen 2. und 3. angegriffenen Abschlagszahlungen und Endabrechnungen nicht zu beanstanden.
5. Bei der Streitwertfestsetzung konnte nur der Gesamtbetrag der jeweils vom Kläger aufgeführten Rechnungen (Klageschrift Seiten 21/22 sowie Schriftsatz vom 20.01.2009) in Höhe von 11.010,93 € sowie (in der Klageerweiterung) in Höhe von 12.934,24 € und neun Abschlagszahlungen zu je 226,00 € berücksichtigt werden. Die weiteren Berechnungen des Klägers laufen nach Ansicht der Kammer auf eine Doppelberechnung hinaus, können somit den Streitwert nicht erhöhen.

6. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.  
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in § 709 ZPO.

  
Eichelsdörfer  
Vors. Richter am Landgericht

  
Böhm  
Handelsrichter

  
Dr. Zapf  
Handelsrichter

/ki

Lt. Sitzungsprotokoll  
verkündet am 23. Oktober 2009  
Die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Kullmann  
Justizangestellte