

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 1 U 1470/09
14 O 6425/08 LG Nürnberg-Fürth



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

Erlanger Stadtwerke AG, vertreten durch d. Vorstandsvorsitzenden Wolfgang Geus, Äußere
Brucker Straße 33, 91052 Erlangen
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Freiherr von Hirschberg, Untere Bauscherstraße 21, 92637 Weiden i.d.OPf.,
Gz.: [REDACTED]

gegen

[REDACTED]
- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin Ahrens Cornelia, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg, Gz.: [REDACTED]

wegen **Forderung**

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -1. Zivilsenat und Kartellsenat- durch den Präsidenten
des Oberlandesgerichts Dr. Franke, den Richter am Oberlandesgericht Hilzinger und den Richter
am Oberlandesgericht Dr. Quentin im schriftlichen Verfahren folgendes

Endurteil

- I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Zwischenurteil über den Grund des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 26.6.2009 (Az. 14 O 6425/08) aufgehoben und die Klage abgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien streiten über offene Rechnungsbeträge aus Gaslieferungen und über die Berechtigung der den Abrechnungen zugrunde liegenden Preiserhöhungen.

Am 30.10./3.11.1998 wurde das Anwesen des Beklagten an das Gasnetz der Klägerin angeschlossen. Für die Berechnung des bezogenen Gases war ein sog. Sondertarif vereinbart. Zur Erleichterung des Zahlungsverkehrs hatte der Beklagte der Klägerin eine Einzugsermächtigung erteilt. In der Folgezeit nahm die Klägerin mehrere Preisänderungen vor und rechnete danach ab. Bis zum 11.6.2003 beglich der Beklagte alle an ihn gerichteten Abrechnungen.

Mit Schreiben vom 12.12.2003 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass es aufgrund einer internen Umstellung auf den neuen Tarifvertrag für Versorgungsbetriebe notwendig geworden sei, die Preisgleitklausel des Grundpreises für Erdgas anzupassen. Zu diesem Zweck werde eine geänderte Fassung der Bedingungen des Sondertarifes übersandt, die als Vertragsbestandteil anzusehen seien. Darin heißt es:

Die Erlanger Stadtwerke AG (nachfolgend ESTW genannt) bietet für die Abrechnung des Erdgasbezuges neben den Allgemeinen Erdgasstarifen (gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden und der Bundestarifordnung Gas) folgende Sonderbedingungen an:

Zu den Bedingungen und Preisen des Sondertarifes kann unabhängig vom Verwendungszweck der gesamte Erdgasverbrauch des Kunden (Haushalt-, Heiz-, gewerblicher und sonstiger Bedarf) abgerechnet werden, sofern der Verbrauch innerhalb eines Anwesens anfällt, über eine einzige Messeinrichtung erfasst wird und die gesamte Nennwärmeleistung 500 kW nicht übersteigt. Der Zusammenschluss mehrerer Kundenanlagen bzw. Zähler zu einer Tarifeinheit ist ausgeschlossen.

1. Erdgaspreise

Es gelten die Preise gemäß dem jeweils gültigen Preisblatt zum Sondertarif.

2. Änderung und Anpassung der Erdgaspreise

Der Erdgaspreis (Grund- und Arbeitspreis) gemäß Ziffer 1 ist an einen Lohn bzw. an einen Preis für extra leichtes Heizöl (HEL) gebunden und ändert sich wie folgt:

2.1 Grundpreis

2.1.1 Ändert sich der Lohn -L-, maßgebend ist der Monatstabellenlohn eines Arbeitnehmers in der Entgeltgruppe 4 Stufe 3 des Tarifvertrages für Versorgungsbetriebe (TV-V) vom 5. Oktober 2000 zuzüglich Nebenleistungen (Vermögenswirksame Leistungen, anteiliges Weihnachtsgeld), so ändert sich der Grundpreis entsprechend.

2.1.2 Als Basis -L₀-, gilt ein Gesamtmonatslohn von 1.343,89 € bei einer tarifvertraglichen Arbeitszeit von 167,4 Stunden/Monat und einer Urlaubszeit von 30 Tagen. Der Grundpreis ist zu 70 % an den Lohn gebunden.

2.1.3 Künftige zusätzliche Leistungen (einschließlich Veränderung der Arbeits- und Urlaubszeit), die gleichmäßig für alle Arbeitnehmer dieser Lohngruppe aufgrund tarifvertraglicher oder gesetzlicher Vorschriften erbracht werden, werden berücksichtigt und in gleicher Weise dem Lohn zugerechnet.

2.1.4 Bei einer etwaigen Änderung oder bei einem etwaigen Wegfall der genannten tarifvertraglichen Vereinbarung tritt an die Stelle des festgelegten Lohnes der an einen Arbeitnehmer der dort genannten Lohngruppe unter entsprechender Eingruppierung und Einstufung dann zu zahlende Lohn (einschließlich aller tarifvertraglichen und gesetzlichen Nebenleistungen).

2.1.5 Der Grundpreis ist an folgende Preisformel gebunden:

$$GP = GP_0 (0,7 \frac{L}{L_0} + 0,3)$$

In vorstehender Preisformel bedeuten:

GP	=	jeweiliger neuer Grundpreis in €/Jahr
GP ₀	=	Basiswert des Grundpreises von 153,39 €/Jahr
L	=	jeweils gültiger neuer Lohn in €/Monat
L ₀	=	Basislohn von 1.343,89 €/Monat
0,3	=	Festanteil

Der Grundpreis verändert sich mit Wirkung vom ersten Tag des der Lohnänderung folgenden Monats.

2.2 Arbeitspreis

2.2.1 Der Arbeitspreis ist an folgende Preisformel gebunden:

$$AP = AP_0 + 0,091 (HEL - HEL_0)$$

(Ändert sich der Preis für extra leichtes Heizöl (HEL) um 1,00 Ct/Liter, so ändert sich der Arbeitspreis für das bezogene Gas um 0,091 Ct/kWh H₂O.)

In der vorstehenden Preisformel bedeuten

AP	=	jeweiliger neuer Arbeitspreis in Ct/kWh H ₂ O
AP ₀	=	Basiswert des Arbeitspreises von 2,30 Ct/kWh H ₂ O
0,091	=	Äquivalenzfaktor Erdgas/extra leichtes Heizöl in Liter/kWh H ₂ O
HEL	=	jeweils gültiger Durchschnittspreis für extra leichtes Heizöl in Ct/Liter gemäß Ziffer 2.2.2 und 2.2.3
HEL ₀	=	Basiswert für extra leichtes Heizöl von 20,96 Ct/Liter

Der Basiswert des Arbeitspreises versteht sich ohne Erdgassteuer und ohne Nachlass.

2.2.2 Der Preis für extra leichtes Heizöl (ohne Umsatzsteuer) in €/hl ist den monatlichen Veröffentlichungen des statistischen Bundesamtes, Wiesbaden, unter Fachserie 17 - Preise: Reihe 2 "Preise und Preisindizes für gewerbliche Produkte (Erzeugerpreise)" - zu entnehmen, und zwar der Preis frei Verbraucher in Düsseldorf, Frankfurt

und Mannheim/Ludwigshafen bei Tankkraftwagen-Lieferung, 40 - 50 hl pro Auftrag, einschließlich Verbrauchsteuer. Maßgebend ist das arithmetische Mittel der Monatswerte der drei vorgenannten Berichtsorte.

Ergibt sich nach den in Ziffer 2.2.3 genannten Referenzzeiträumen (Kalenderhalbjahre) ein arithmetisches Mittel des HEL-Preises von unter 12,78 Ct/Liter, so wird für die Ermittlung des Erdgasarbeitspreises gemäß Ziffer 2.2.1 ein HEL-Preis von 12,78 Ct/Liter zugrunde gelegt.

- 2.2.3 Der Arbeitspreis verändert sich jeweils mit Wirkung zum 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober eines jeden Jahres. Dabei wird jeweils zugrunde gelegt:
- für die Bildung des Arbeitspreises zum 1. Januar das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate April bis September des vorhergehenden Kalenderjahres.
 - für die Bildung des Arbeitspreises zum 1. April das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Juli bis Dezember des vorhergehenden Kalenderjahres.
 - für die Bildung des Arbeitspreises zum 1. Juli das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Oktober des vorhergehenden Kalenderjahres bis März des laufenden Kalenderjahres.
 - für die Bildung des Arbeitspreises zum 1. Oktober das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Januar bis Juni des laufenden Kalenderjahres.
- 2.3 Die für die Ermittlung des Erdgaspreises erforderlichen Berechnungen gemäß Ziffern 2.1 und 2.2 werden ohne Auf- oder Abrundung auf drei Dezimalstellen durchgeführt. Die Preise werden dann auf zwei Dezimalstellen auf- oder abgerundet.
- Entsprechendes gilt für die arithmetischen Mittel gemäß Ziffer 2.2.2.
- Lautet die letzte auszurechnende Dezimalstelle auf 5 oder darüber, so erfolgt eine Aufrundung, lautet sie auf 4 oder darunter, so erfolgt eine Abrundung.

- 2.4 Die genannten Ausgangspreise und Preisfaktoren gelten als Nettopreise im Sinne des Umsatzsteuergesetzes.

3. Sonstige Preisbedingungen

- 3.1 Verzichten die ESTW auf eine volle Ausschöpfung der Preisformel, so haben sie das Recht, unabhängig von den in den Ziffern 2.1.5 und 2.2.3 genannten Zeitpunkten die Erdgaspreise jederzeit - allerdings nicht rückwirkend - bis zur vollen Ausschöpfung der Preisformel anzuheben.
- 3.2 Wenn sich der Erdgasarbeitspreis gemäß Ziffer 1 aufgrund der vorstehenden Preisformel gegenüber dem 1. Januar 1987 geltenden Erdgasarbeitspreis um mehr als 35 % geändert hat, kann jeder Vertragspartner verlangen, dass für die Zukunft die Angemessenheit der Preisbestimmung überprüft wird.
- 3.3 Sollten die bezeichneten Preise für extra leichtes Heizöl nicht mehr veröffentlicht werden, so treten an deren Stelle jeweils die diesen Preisen hinsichtlich der Voraussetzungen weitestgehend entsprechenden veröffentlichten Preise. Das gleiche gilt, falls die Veröffentlichung nicht mehr vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden, erfolgt.
- Bei einer Änderung gemäß vorstehendem Absatz sind die Bedeutung und der Zweck der vereinbarten Bindung des Erdgaspreises an den Preis für extra leichtes Heizöl möglichst unverändert aufrechtzuerhalten.
- Sollten die in Ziffer 2.2.2 bezeichneten Heizölpreise von staatlicher Stelle reglementiert werden und sollten die ESTW deshalb mit ihrem Lieferanten für ihre Einkaufsverträge eine Ersatzlösung vereinbaren, so werden die Vertragspartner auch für diese Bedingungen eine angemessene Ersatzlösung vereinbaren.
- 3.4 Sollten in Zukunft erlassene Gesetze oder sonstige Regierungs- oder Verwaltungsmaßnahmen den Bezug, die Fortleitung, die Verteilung oder den Vertrieb von Erdgas unmittelbar oder mittelbar verteuern bzw. verbilligen, so erhöht bzw. ermäßigt sich der Erdgaspreis von dem Zeitpunkt ab entsprechend, an dem die Verteuerung bzw. die Verbilligung in Kraft tritt.
- 3.5 Änderungen der Preise und dieser Bedingungen können von den ESTW auch durch öffentliche Bekanntgabe erfolgen. Einer besonderen Benachrichtigung des Kunden bedarf es nicht.

4. Sonstiges

Ergibt die Verbrauchsabrechnung, dass der Kunde (infolge witterungsbedingter Verbrauchsschwankungen, Änderung der Tarifrentabilitätsgrenzen oder aus anderen Gründen) zu einem anderen Erdgasstarif preisgünstiger versorgt werden kann, werden die ESTW die Verbrauchsmengen automatisch zum jeweils preisgünstigsten Erdgasstarif (Bestabrechnung zwischen Kleinverbrauchstarif bis Sondertarif - Preisregelung 1 bis 3) abrechnen.

Diese Bedingungen gelten ab 1. Januar 2004.

Soweit in diesen Bedingungen nichts anderes schriftlich festgelegt wurde, gilt die "Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV)" einschließlich aller Anlagen in ihrer jeweils gültigen Fassung. Die AVBGasV wurde dem Kunden ausgehändigt.

Mit der Aufnahme der Erdgaslieferung nach diesen Bedingungen treten bisherige Gaslieferungsverträge oder Vereinbarungen außer Kraft.

Durch die Aufnahme bzw. Fortsetzung des Erdgasbezuges erkennt der Kunde die Bedingungen dieses Sondertarifes und die AVBGasV an. Eines förmlichen Vertragsabschlusses bedarf es nicht.

Zwischen den Parteien ist streitig, ob dem Schreiben vom 12.12.2003 die in Bezug genommenen Bedingungen des Erdgassondertarifs der Klägerin (Stand 01.01.2002) beigelegt waren.

Eine von der Klägerin am 9.6.2004 erstellte Abrechnung über den Gasbezug im Ablesezeitraum 7.5.2003 bis 11.5.2004 nahm der Beklagte unwidersprochen hin und ließ sich das errechnete Guthaben in Höhe von 1.315,44 Euro auszahlen.

In der Abrechnungsperiode vom 12.5.2004 bis 11.5.2005 erhöhte die Klägerin mehrfach ihre Arbeitspreise. Die auf der Grundlage dieser Tarifänderungen am 13.6.2005 erstellte Abrechnung wies der Beklagte mit Schreiben vom 28.6.2005 zurück. Dabei bezeichnete er einzelne Preiserhöhungen als unbillig und untersagte der Klägerin hinsichtlich der Erhöhungsbeträge von der erteilten Einzugsermächtigung Gebrauch zu machen. Zugleich kündigte er an, dass er Abrechnungen, die auf nach dem 12.5.2004 vorgenommene einseitige Tarifierhöhungen gestützt sind, entsprechend kürzen werde. In den Ablesezeiträumen vom 12.5.2005 bis zum 9.5.2006 und 10.5.2006 bis 9.5.2007 erhöhte die Klägerin erneut mehrfach den von ihr geforderten Arbeitspreis. Der Beklagte widersprach auch hier jeweils den ihm übersandten Abrechnungen und forderte die Klägerin mit Schreiben vom 27.6.2006 zur Offenlegung ihrer Kalkulation auf. Zahlungen leistete er nur nach Maßgabe des am 12.5.2004 geltenden Tarifs und kürzte geforderte Abschläge entsprechend. Während der gesamten Zeit blieb der von der Klägerin geforderte Grundpreis unverändert. Der Beklagte hat in den Abrechnungsperioden 2004/2005, 2005/2006 und 2006/2007 insgesamt 7.680,17 Euro weniger bezahlt, als die Klägerin von ihm gefordert hatte.

Die Klägerin behauptet, sie habe dem Beklagten mit ihrem Schreiben vom 12.12.2003 auch ihre Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) übersandt. Allen Schreiben habe eine gedruckte Ausgabe der Bedingungen als Anlage beigelegt. Die Einkuvertierung sei maschinell erfolgt, ohne dass das installierte Meldesystem eine Fehlermeldung angezeigt habe. Auch sonst sei es nicht zu Reklamationen gekommen. Der Beklagte habe die ihm übermittelten Bedingungen des Erdgassondertarifes einschließlich der Preisanpassungsklauseln durch deren widerspruchslöse Hinnahme und den weiteren Bezug von Gas akzeptiert.

Die den Erhöhungen des Arbeitspreises zugrunde liegende Preisanpassungsklausel unter 2.2 halte einer Inhaltskontrolle nach den §§ 310 Abs. 2, 307 Abs. 1 und 2 BGB stand, weil sie eine

Bindung an exakt definierte Parameter enthalte, über die sich der Kunde aus allgemein zugänglichen Quellen informieren könne. Zudem müsse gesehen werden, dass Ziffer 3.2 Anpassungen ermögliche und nach Ziffer 4.1 eine Bestabrechnung zu erfolgen habe. Das Gutachten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft vom 1.8.2007 belege, dass die Klägerin die Preisgleitklausel korrekt angewendet habe. Teilweise seien vorhandene Erhöhungspotentiale gar nicht vollständig ausgeschöpft worden. Der Brennwert des gelieferten Gases habe stets dem abgerechneten Wert entsprochen.

Die von dem Beklagten gegen die Regelungen unter den Ziffern 2.1.1., 2.1.3., 2.1.4, 2.2.2, 3.1, 3.3, 3.4 und 3.5 vorgebrachten Einwände seien nicht stichhaltig. Auch seien die Ziffern 2.2.2, 3.1, 3.3, 3.4 und 3.5 zu keiner Zeit zur Anwendung gekommen. Die Bestimmung des § 315 BGB sei nicht anwendbar, weil sich die Parteien auf eine Preisanpassung nach bestimmten Parametern geeinigt haben. Der Klägerin stehe daher kein Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen zu. Die Sonderbedingungen enthalten unter Ziffer 4 Abs. 3 einen Verweis auf die AVBGasV, die dadurch ebenfalls Vertragsbestandteil geworden sei. Sollte Ziffer 2.2 der Sonderbedingungen doch unwirksam sein, würde sich deshalb ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin aus § 5 Abs. 2 AVBGasV ergeben. Dies habe sie der Billigkeit entsprechend ausgeübt. Hilfsweise sei im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht der Klägerin anzunehmen. Die von dem Beklagten erklärten Vorbehalte seien unwirksam, weil sie gegen das Verbot des selbstwidersprüchlichen Verhaltens verstoßen. Der Beklagte habe durch die weitere Entnahme von Gas eine entsprechende Realofferte der Klägerin angenommen und könne sich davon nicht durch einen verbalen Vorbehalt lösen.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 7.680,17 Euro zzgl. Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass eine wirksame Einbeziehung der Preisanpassungsklausel in den Vertrag nicht erfolgt sei. Das Schreiben vom 12.12.2003 habe er zwar erhalten, die Sonderbedingungen der Klägerin aber nicht. Jedenfalls seien diese nicht bei seinen Akten, sodass er dies annehmen müsse. Eine fehlerlose maschinelle Einkuvertierung werde bestritten. Mehrere ihm bekannte Personen hätten in der Vergangenheit von der Klägerin ebenfalls in Bezug genommene Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht mit ihren Verträgen erhalten. Die Sonderbedingungen habe er sich erst im Jahr 2005 bei der Klägerin persönlich geholt. Im Übrigen könne ein Schweigen auf eine derartige Zusendung keine Vertragsänderung auslösen. Zudem seien auch nach dem Vortrag der Klägerin die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB nicht erfüllt. Allgemeine Geschäftsbedingungen könnten nur bei Vertragsschluss einbezogen und nicht nachträglich angefügt werden. Er sei daher schon deshalb berechtigt gewesen, die Forderungen der Klägerin entsprechend dem Tarifniveau vom 1.10.2004 zu kürzen.

Dessen ungeachtet sei die unter Ziffer 2.2.1. vorgesehene strikte Koppelung des Arbeitspreises an die Preise für leichtes Heizöl bei Grenzübertritt unbillig und deshalb nach § 307 BGB unwirksam, weil nicht auf die tatsächlichen Gaseinkaufspreise abgestellt werde. So könne die Klägerin bei steigenden Ölpreisen ihren Arbeitspreis erhöhen, auch wenn der Gaspreis nicht in gleicher Weise steige, weil günstigere Bedingungen in den tatsächlich abgeschlossenen Lieferverträgen ausgehandelt worden seien. Zudem bestreite er, dass die Klausel unter Ziffer 2.2.1 von der Klägerin zutreffend angewendet worden sei. Auch habe der Brennwert des Gases über den gesamten Abrechnungszeitraum nicht konstant in der von der Klägerin bei ihren Abrechnungen zugrunde gelegten Höhe vorgelegen. Schließlich seien auch die Bestimmungen unter 2.1.1., 2.1.3., 2.1.4, 2.2.2, 3.1, 3.3, 3.4 und 3.5 wegen Verstößen gegen das Transparenzgebot oder Unbilligkeit unwirksam.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze, insbesondere den klägerischen Schriftsatz vom 04.03.2009 (Seite 6-13) und auf den Schriftsatz des Beklagten vom 22.09.2008 (Seite 4-9) Bezug genommen.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat mit Grundurteil vom 26.6.2009 festgestellt, dass der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten, die gemäß der Preisanpassungsklausel in ihren Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) geschuldeten Arbeitspreise zu bezahlen, dem Grunde nach gerechtfertigt ist.

Der Erlass eines Grundurteils sei zulässig, weil über die Frage, ob die Preisanpassungsklausel wirksam ist, abschließend entschieden werden könne, bevor über deren Anwendung Beweis erhoben wird. Die Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) seien als Allgemeine Geschäftsbedingungen von den Parteien wirksam in den bestehenden Erdgasliefervertrag einbezogen worden. Der Beklagte habe den Erhalt der Sonderbedingungen zugestanden. Seine Einlassung, diese Bedingungen nicht mehr bei den eigenen Unterlagen zu haben, stelle ein unzulässiges Bestreiten mit Nichtwissen dar.

Die Preisanpassungsklausel unter Ziffer 2.2.1 halte einer Inhaltskontrolle stand. Die mathematische Formel sei hinreichend transparent und benachteilige den Beklagten nicht unbillig. Der Grundpreis sei im streitgegenständlichen Zeitraum nicht erhöht worden, so dass es auf die Wirksamkeit der unter 2.1 vereinbarten Gleitklausel nicht ankomme. Die Klauseln unter den Ziffern 2.2.2, 3.3 und 3.4 seien aus dem gleichen Grunde ebenfalls nicht entscheidungserheblich. Die Bestimmung unter Ziffer 3.1 begründe kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin.

Der Beklagte hat gegen das ihm am 3.7.2009 zugestellte Urteil am 30.7.2009 Berufung eingelegt.

Er wendet ein, die Annahme des Erstgerichts, er habe den Erhalt der Sonderbedingungen unzulässig mit Nichtwissen bestritten, sei unrichtig. Vielmehr habe er vorgetragen, die Sonderbedingungen bei der Klägerin abgeholt zu haben und dadurch erstmals in ihren Besitz gelangt zu sein. Dies stelle ein ausdrückliches Bestreiten einer Übersendung dar. Die Beweislast für den Erhalt der Sonderbedingungen liege bei der Klägerin. Ein Beweis sei nicht geführt. Auch andere im Einzelnen bezeichnete Kunden der Klägerin hätten zu anderen Zeitpunkten Vertragsbestätigungen ohne die in Bezug genommenen Geschäftsbedingungen erhalten. Werden Allgemeine Geschäftsbedingungen erst mit der Vertragsbestätigung übersandt, könne weder das Schweigen des Kunden, noch die Entgegennahme der Leistung als Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gedeutet werden.

Zudem sei die Kammer zu Unrecht davon ausgegangen, nur die zur Anwendung gekommenen Teile der Preisanpassungsklausel überprüfen zu müssen. Nach den §§ 306, 307 BGB führe ein einziger Verstoß dazu, dass die ganze Klausel nichtig sei. Eine Aufspaltung der Preisklausel sei ebenso unzulässig, wie eine geltungserhaltende Reduktion. Im Übrigen wiederholt der Beklagte

seine bereits in erster Instanz gegen die Ziffern 2.1.1., 2.1.3., 2.1.4., 3.1, 3.3, 3.4. und 3.5 der Bedingungen des Erdgassondertarifs der Klägerin erhobenen Einwände. Bezüglich der weiteren Einzelheiten nimmt der Senat auf die Ausführungen des Beklagten in der Berufungsbegründung vom 23.9.2009 (Seiten 8 bis 15) Bezug. Hinsichtlich seiner Einwände gegen die Wirksamkeit der Klausel unter Ziffer 2.2.1 sieht sich der Beklagte durch die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 24.3.2010, Az. VIII ZR 178/08 und VIII 304/08 bestätigt.

Der Beklagte hat daher beantragt,

auf seine Berufung das Grundurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 26.6.2009 abzuändern und die Klage abzuweisen

Die Klägerin hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und wiederholt ihre bereits in erster Instanz vorgebrachten Argumente. Die von dem Beklagten zur Stützung seiner Rechtsmeinung herangezogenen Urteile des Bundesgerichtshofes vom 24.3.2010 stellen nach ihrer Meinung das Ersturteil nicht in Frage. Anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen habe sich in Erlangen ein Marktpreis gebildet, so dass von einer Monopolstellung der Klägerin nicht gesprochen werden könne. Auch sei die Klausel unter Ziffer 2.2.1 ihrer Sonderbedingungen wegen der vereinbarten Bestabrechnung nicht die einzige Variable für die Anpassung des Arbeitspreises gewesen. Ihre Anwendung habe daher nicht zu einer Generierung zusätzlicher Gewinne führen können. Die der Klägerin auf der Basis dieser Klausel eingeräumten Spielräume für Preiserhöhungen seien von ihr nicht ausgeschöpft worden. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten nimmt der Senat auf den Schriftsatz der Klägerin vom 29.4.2010 (Seiten 16 bis 21) Bezug.

Die Klägerin hat ihre Klage nach der öffentlichen Sitzung vom 11.5.2010 in einem nachgelassenen Schriftsatz vom 1.6.2010 zurückgenommen. Der Beklagte hat seine Zustimmung zu der ihm am 10.6.2010 zugestellten Klagerücknahme mit Schriftsatz vom 16.6.2010, bei Gericht eingegan-

gen am 17.6.2010, verweigert und eine gerichtliche Entscheidung beantragt.

II.

Die zulässige Berufung des Beklagten hat Erfolg.

Die schriftsätzlich erklärte Klagerücknahme hat die Anhängigkeit des Rechtsstreits nicht beendet, weil der Beklagte innerhalb der Frist des § 269 Abs. 2 S. 3 ZPO widersprochen hat.

Das angegriffene Grundurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth war aufzuheben und die Klage abzuweisen, weil die geltend gemachte Forderung auf einseitigen Erhöhungen des Arbeitspreises durch die Klägerin beruht, zu denen sie nicht berechtigt war. Die in den zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag wirksam aufgenommene formularmäßige Preisanpassungsklausel unter Ziffer 2.2.1 der Bedingungen des Erdgassondertarifs benachteiligt den Beklagten unangemessen und ist deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Ein Preisänderungsrecht nach der AVBGasV steht der Klägerin nicht zu. Für die Annahme eines Preisänderungsrechtes im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung ist kein Raum. Im Einzelnen:

1. Die Preisanpassungsklausel unter Ziffer 2.2.1 der Bedingungen des Erdgassondertarifes der Klägerin (Stand: 1.1.2004) ist entgegen der Auffassung des Beklagten Bestandteil des zwischen den Parteien seit dem 3.11.1998 bestehenden Gaslieferungsvertrages geworden.

a) Bei den Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) handelt es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen gem. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB, die die Klägerin für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und ihren Gaskunden bei der im Dezember 2003 angestrebten Änderung der Lieferverträge gestellt hat. Die Geltung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen kann von den Parteien auch nachträglich vereinbart werden. Dies geschieht in der Form eines Änderungsvertrages. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob in dem Vertrag zuvor Allgemeiner Geschäftsbedin-

gungen einbezogen waren und diese geändert werden oder der Vertrag zunächst ohne Allgemeine Geschäftsbedingungen zustande gekommen ist (vgl. BGH NJW 1983, 816, 817; KG NJW-RR 1994, 1265; weitere Nachweise bei Schlosser, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2006, § 305 Rn. 104). Die hiergegen erhobenen grundsätzlichen Einwände des Beklagten sind nicht begründet.

b) Eine nachträgliche Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat nach Maßgabe des § 305 Abs. 2 BGB zu erfolgen. Die Klägerin war daher gehalten, den Beklagten ausdrücklich auf die geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuweisen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB) und ihm die Möglichkeit zu verschaffen, in zumutbarer Weise von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Beides ist geschehen.

Das unstreitig zugegangene Schreiben der Klägerin vom 12.12.2003 war als Hinweis auf die geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausreichend (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Auch hatte der Beklagte nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB in zumutbarer Weise Gelegenheit von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen, weil ihm von der Klägerin mit dem Schreiben vom 12.12.2003 ein vollständiges Exemplar der Sonderbedingungen des Erdgassondertarifs zugesendet worden ist (BGH NJW 1988, 2106; Schlosser, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2006 Rn. 145).

Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die Klägerin das Schreiben vom 12.12.2003 an eine Vielzahl von Kunden versandt hat und dabei ein Exemplar der Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) maschinell mit einkuvertiert wurde. Bei diesem Vorgang kam es unstreitig zu keinen Fehlermeldungen, obwohl ein entsprechendes Meldesystem installiert war. Der Beklagte kann die Bedingungen des Erdgassondertarifes also nur dann nicht erhalten haben, wenn sich gerade bei der Verarbeitung des an ihn gerichteten Schreibens ein unbemerkt gebliebenes Versagen der Kuvertiermaschine ereignet hat. Ein derartiger Vorgang wäre als eine nicht nur theoretisch gegebene Möglichkeit in Betracht zu ziehen, wenn der Schilderung des Beklagten die Bedingungen nicht erhalten zu haben, eine gewisse Glaubwürdigkeit zukäme oder Anhaltspunkte für ein häufigeres Versagen der Maschine bestünden. Beides ist nicht der Fall.

Die Behauptung des Beklagten, die Bedingungen des Erdgassondertarifes der Klägerin nicht als

Anlage zum Schreiben vom 12.12.2003 erhalten zu haben, ist unglaublich. Der Beklagte hat in der Klageerwidernng vom 22.9.2008 zunächst ausdrücklich bestritten, das Schreiben vom 12.12.2003 überhaupt erhalten zu haben. Als ihm von der Klägerin in der Replik vom 4.3.2009 unter Vorlage der schriftlichen Korrespondenz (Schreiben vom 27.6.2006 und 25.6.2007) entgegengehalten wurde, außergerichtlich mehrfach nur die Billigkeit einzelner Bedingungen gerügt und sogar ausdrücklich auf diese Bezug genommen zu haben, blieb der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 6.4.2009 (Seiten 1 und 2) dabei, weder das Anschreiben, noch die Anlagen erhalten zu haben. Erst in der Sitzung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.5.2009 räumte er auf richterliches Befragen erstmalig ein, das Schreiben vom 12.12.2003 doch erhalten zu haben, allerdings seien die Bedingungen des Erdgassondertarifes nicht beigelegt gewesen. Zumindest könne er „definitiv sagen“, dass sie nicht bei seinen Akten gewesen seien. Erst im Jahr 2005 habe er sich ein Exemplar der Bedingungen des Erdgassondertarifes bei den Stadtwerken geholt und diese dabei zum ersten Mal gesehen. Der Umstand, dass der Beklagte den inzwischen eingeräumten Zugang des Anschreibens vom 12.12.2003 auch noch dezidiert bestritten hat, nachdem diese Frage zu einem zentralen Streitpunkt des Verfahrens geworden war und dieses Bestreiten auch noch aufrecht erhielt, obwohl die Klägerin dagegen sprechende vorgerichtliche Korrespondenz in den Rechtsstreit eingeführt hatte, stellt die Zuverlässigkeit seiner Angaben durchgreifend in Frage und entwertet seine Einlassung in der Sitzung des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.5.2009. Auch die Tatsache, dass der in diesem Kontext durchaus markante Vorgang einer späteren persönlichen Abholung der Bedingungen bei der Klägerin im Jahr 2005 nicht mit der Klageerwidernng, sondern erstmals am 29.5.2009 angebracht worden ist, legt die Annahme nahe, dass das Vorbringen des Beklagten zu diesem Punkt vornehmlich am Verfahrensstand ausgerichtet ist.

Die von dem Beklagten im Schriftsatz vom 15.6.2009 unter Beweisantritt angeführten Fälle (Voss und Pscherer) unterbliebener Übersendungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen seitens der Klägerin betreffen Vorgänge aus den Jahren 1999 und 2001. Dabei handelte es sich offensichtlich jeweils um eine Einzelkorrespondenz der Klägerin mit Kunden im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gasanschlusses. Diesen Vorgängen kommt keinerlei Aussagekraft in Bezug auf die Zuverlässigkeit der Versendung der streitgegenständlichen Bedingungen des Erdgassondertarifes durch die Klägerin im Jahr 2003 zu. Hinsichtlich des Zeugen [REDACTED] fehlt ein tatsächengestützter Sachvortrag. Der angebotene Beweis war daher für den Rechtsstreit ohne Bedeutung und deshalb nicht zu erheben (Zöller/Greger, ZPO 28.Aufl. Vor § 284 Rn. 9 m.w.N.).

c) Der Beklagte hat die ihm übermittelten Bedingungen des Erdgassondertarifes (Stand: 1.1.2004) als zukünftigen Vertragsbestandteil akzeptiert, indem er das Vertragsverhältnis fortsetzte.

Eine nachträgliche Änderung oder Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch eine entsprechende Vereinbarung folgt den allgemeinen Regeln über einen Vertragsschluss. Dabei ist es Sache des Verwenders, der nachträglich die Einbeziehung seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen erreichen will, dies unmissverständlich deutlich zu machen (KG NJW-RR 1994, 1265, 1266). Nur wenn dies geschehen ist, kann einer Fortsetzung der Geschäftsbeziehung ein Einverständnis des Vertragsgegners mit der Einbeziehung der geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen entnommen werden (vgl. BGHZ 52, 61, 62 f.; Basedow, in: MK-BGB 5. Aufl. § 305 Rn. 78). Dies ist vorliegend geschehen. Das dem Beklagten zugegangene Schreiben vom 12.12.2003 enthielt einen eindeutigen Hinweis auf die neuen beigefügten Bedingungen. Der Fortsetzung des Gasbezuges durch den Beklagten kommt daher die Bedeutung eines stillschweigenden Einverständnisses zu. In der späteren Korrespondenz hat der Beklagte nie eine unterbliebene Einbeziehung der Vertragsbedingungen, sondern nur deren Unbilligkeit geltend gemacht.

2. Die in den Bedingungen des Erdgassondertarifes der Klägerin unter Ziffer 2.2.1 enthaltene Klausel zur einseitigen Änderung des Arbeitspreises benachteiligt den Beklagten jedoch unangemessen und ist deshalb nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

a) Die Bestimmung unter Ziffer 2.2.1 unterliegt der richterlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Sie bewirkt eine Koppelung des zwischen den Parteien vereinbarten Arbeitspreises an die Entwicklung des Preises für leichtes Heizöl (sog. HEL-Klausel) und kann damit zu Änderungen des Arbeitspreises führen, wenn sich der als Bezugsgröße herangezogene Preis für leichtes Heizöl ändert. Im Gegensatz zu einer Preisvereinbarung, die das zu zahlende Entgelt unmittelbar bestimmt und deshalb als essentieller Bestandteil der privatautonomen Vertragsgestaltung einer gerichtlichen Inhaltskontrolle entzogen ist (vgl. BGH NJW 1999, 3411, 3412; Kieninger, in: MK-BGB 5. Aufl. § 307 Rn. 16 m.w.N.), hat Ziffer 2.2.1 nur Entgeltmodifikationen zum Gegenstand. Es handelt sich daher bei dieser Klausel nur um eine Ergänzung der zwischen den Parteien bereits bestehenden Preishauptabrede. Derartige sogenannte Preisnebenabreden sind grund-

sätzlich kontrollfähig (BGH, Urt.v.24.3.2010, Az. VIII ZR 178/08, Rn. 20; de Wyl/Essig, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2. Aufl., § 11 Rn. 330).

b) Bei der Entscheidung der Frage, ob die Klausel unter Ziffer 2.2.1 der Bedingungen des Erdgassondertarifes den Beklagten im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unbillig benachteiligt, war eine Interessenabwägung vorzunehmen, die alle Umstände des Falles in Betracht zieht (Kieninger, in: MK-BGB 5. Auf. § 307 Rn. 33 m.w.N.). Die Klägerin als Gasversorgungsunternehmen hat ein berechtigtes Interesse daran, während der Vertragslaufzeit Kostensteigerungen in adäquater Weise an ihre Kunden weitergeben zu können (BGH NJW 2009, 2662 Rn. 22). Demgegenüber steht das Interesse des Beklagten, von Preisanhebungen verschont zu werden, die nicht durch tatsächliche Kostensteigerungen gedeckt sind (vgl. BGH Urt.v.24.3.2010, Az. VIII. ZR 304/08, Rn. 33 m.w.N.). Eine Preisanpassungsklausel entspricht daher nur dann der Billigkeit, wenn sie das Äquivalenzverhältnis wahrt und dem Versorgungsunternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Eine Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten darf daher nur insoweit erfolgen, als die Kostensteigerung nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGH NJW 2007, 2540 Rn. 26; 2009, 502 Rn. 39; 2009, 2662 Rn. 26 m.w.N.). Auch muss gewährleistet sein, dass Kostensteigerungen und Kostensenkungen uneingeschränkt gleichbehandelt (BGH NJW 2009, 2662 Rn. 28) und sinkende Kosten umgehend an den Kunden weitergegeben werden (BGH NJW 2009, 2667 Rn. 29). Dem wird Ziffer 2.2.1 der Bedingungen des Erdgassondertarifs der Klägerin nicht gerecht.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Bezugskosten der Klägerin maßgeblich durch die Entwicklung des Preises für leichtes Heizöl bestimmt werden, weil auch die Vorlieferanten mit der Klägerin entsprechende Ölpreisbindungen vereinbart haben, bleiben zusätzliche Gewinnsteigerungen für die Klägerin möglich. Die rigide mathematische Verknüpfung von Heizölpreis und Arbeitspreis bewirkt, dass es bei steigenden Preisen für leichtes Heizöl auch dann zu einer entsprechenden Erhöhung des Arbeitspreises gegenüber dem Beklagten kommt, wenn die durch die Ölpreisbindung im Verhältnis zu den Vorlieferanten in gleicher Weise ausgelöste Steigerung der Bezugskosten von der Klägerin durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ganz oder teilweise aufgefangen werden konnte (vgl. BGH Urt.v.24.3.2010, Az. VIII ZR 178/08, Rn. 38; Urt.v.24.3.2010,

Az. VIII ZR 304/08, Rn. 44; OLG Frankfurt NJOZ 2009, 1446, 1449). Auch gibt die in Ziffer 2.2.1 vorgesehene Koppelung des Arbeitspreises an den Preis für leichtes Heizöl der Klägerin die Möglichkeit, den Beklagten von Einsparungen etwa im Bereich der Netz- oder Vertriebskosten auszuschließen, wenn zur gleichen Zeit der Preis für leichtes Heizöl unverändert bleibt.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn durch die Klausel über Änderungen des Grundpreises sichergestellt wäre, dass Kostensenkungen außerhalb der Bezugskosten umgehend an den Beklagten weitergegeben werden. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die in Ziffer 2.1.5 der Bedingungen des Erdgassondertarifes enthaltene Änderungsklausel für den Grundpreis koppelt diesen allein an den Monatstabellelohn eines Arbeitnehmers in der Entgeltgruppe 4 Stufe 3 des Tarifvertrags für Versorgungsbetriebe und bildet damit lediglich einen Faktor ab, der für die Entwicklung der Personalkosten maßgebend ist. Eine Weitergabe der tatsächlichen Kostenentwicklung in allen Unternehmensbereichen der Klägerin ist auch durch diese Klausel nicht gewährleistet. So bleiben etwa Kostensenkungen im Personalbereich infolge von Verkleinerungen des Personalkörpers vollständig ausgeblendet. Auch rückläufige Kosten bei staatlichen Abgaben oder Sachkosten werden nicht erfasst (vgl. BGH Urt.v.24.3.2010, Az. VIII ZR 304/08, Rn. 49).

Soweit die Klägerin darauf abhebt, dass mit dem Beklagten eine sog. Bestabrechnung vereinbart worden sei, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass dem Beklagten dadurch eine Tarifgestaltung eröffnet worden wäre, die zu einer Berücksichtigung von Kostensenkungen in allen Unternehmensbereichen geführt hat.

c) Auf die Frage, ob die Klägerin in ihrem Netzgebiet als Gaslieferantin eine Monopolstellung einnimmt, kommt es nicht an. Auch ist es für die rechtliche Bewertung der in Rede stehenden Klauseln ohne Bedeutung, ob die Klägerin die ihr eingeräumten Spielräume tatsächlich vollständig ausgeschöpft hat. Da mit Ziffer 2.2.1 die zentrale Klausel für die Änderung des Arbeitspreis unwirksam ist, braucht nicht mehr erörtert zu werden, ob und inwieweit das Klauselwerk der Klägerin im Übrigen einer Überprüfung stand hält und ob eine inhaltliche Trennbarkeit gegeben ist.

3. Der Beklagte kann sich auf die Unwirksamkeit von Ziffer 2.2.1 der Bedingungen des Erdgassondertarifes berufen, ohne dadurch gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu verstoßen. Grundsätzlich dürfen Parteien ihre Rechtsansichten ändern und auch ein unter ihrer Beteiligung zustan-

de gekommenes Rechtsgeschäft angreifen (BGH NJW 1992, 834; 1997, 3377, 3379 f.). Eine unzulässige Rechtsausübung liegt erst dann vor, wenn dadurch für den anderen Teil ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist (BGH NJW 1986, 2104, 2107; 1997, 3377, 3379 f.) oder andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen (BGH NJW 1992, 834). Vorliegend hat der Beklagte der Einbeziehung der ihm übersandten Bedingungen der Klägerin zunächst nicht widersprochen und auch die erste danach erhaltene Abrechnung vom 09.06.2004 akzeptiert. Dass dadurch ein besonderer Vertrauenstatbestand bei der Klägerin entstanden sein könnte, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Tatsache, dass der Beklagte von der Unwirksamkeit der Klausel wirtschaftlich profitiert, lässt sein Verhalten nicht als treuwidrig erscheinen, da die Klägerin die Möglichkeit hatte, sich zeitnah von dem für sie wirtschaftlich nachteilig gewordenen Vertrag zu lösen. Zwar enthält der mit dem Beklagten geschlossene Gaslieferungsvertrag keine eigenständige Kündigungsregelung, doch gelangt über die Bezugnahme in Ziffer 4.3 der Bedingungen des Erdgassondertarifs § 23 Abs. 1 AVBGasV zur Anwendung. Dies hatte zur Folge, dass die Klägerin das Vertragsverhältnis mit dem Beklagten innerhalb eines Monats kündigen konnte. Eine bis zu diesem Zeitpunkt andauernde Bindung an den Vertrag war ihr nicht unzumutbar (vgl. BGH NJW 2009, 2662 Rn. 37).

4. Die Klägerin war auch nicht nach § 5 Abs. 2 der AVBGasV zu Preisänderungen befugt. Da zwischen den Parteien unstreitig ein Sondervertragsverhältnis besteht, kann die AVBGasV nur insoweit zur Geltung kommen, als sie wirksam in den Vertrag einbezogen worden ist (Büdenbender NJW 2009, 3125, 3126). Dies ist in Bezug auf § 5 Abs. 2 AVBGasV nicht der Fall. Nach Ziffer 4 Abs. 3 der Bedingungen des Erdgassondertarifes gilt die AVBGasV nur insoweit, als in diesen Bedingungen nichts anderes geregelt ist. Die unter den Ziffern 2.1 und 2.2 getroffene Bestimmung zur Änderung von Grund- und Arbeitspreis ist eine § 5 Abs. 2 AVBGasV vorgehende anderweitige Regelung. Eine Einbeziehung von Regelungen der AVBGasV für den Fall, dass einzelne Bestimmungen der Bedingungen des Erdgassondertarifes unwirksam sein sollten, wurde nicht vereinbart.

5. Ein Preisänderungsrecht der Klägerin kann schließlich auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden. Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, richtet sich der Inhalt eines Vertrages nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Danach ist grundsätzlich auch eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß den §§ 133, 157 BGB

möglich (BGH NJW 2009, 2662 Rn. 36). Eine ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass die mit dem Wegfall der unwirksamen Klausel entstehende Lücke zu einem Ergebnis führt, dass die Vertragslage völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (BGH NJW 1984, 1177). Sie scheidet aus, wenn sich der Verwender zeitnah vom Vertrag lösen und dadurch der zu seinen Ungunsten veränderten Vertragssituation entziehen kann (BGH NJW 2009, 2662 Rn. 37). So liegt es hier. Wie unter Ziffer 3 ausgeführt, war es der Klägerin nach § 23 Abs. 1 AVBGasV möglich, sich zeitnah von dem Vertrag zu lösen. Eine bis zu diesem Zeitpunkt andauernde Bindung an den Vertrag war ihr nicht unzumutbar (vgl. BGH NJW 2009, 2662 Rn. 37).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt § 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

gez.

Dr. Franke
Präsident
des Oberlandesgerichts

Hilzinger
Richter
am Oberlandesgericht

Dr. Quentin
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 10. August 2010

gez.
Beyer Anja, JSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle