



Landgericht Hamburg

U R T E I L

Im Namen des Volkes

Geschäfts-Nr.:

320 S 116/10

20A C 234/09

Verkündet am:

30.11.2010

In der Sache

Jessen, JAe

als Urkundsbeamtin

der Geschäftsstelle

E.ON Hanse Vertrieb GmbH,

vertreten durch die Geschäftsführer Roman Kaak, Matthias Wendel,
Kühnehöfe 1-5, 22761 Hamburg

- Klägerin /

Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte

gegen

- Beklagte /

Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte

erkennt das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 20 ,
auf die mündliche Verhandlung vom 22.10.2010

durch

die Richterin am Landgericht Wandel

den Richter am Landgericht Dr. Tolkmitt

den Richter am Landgericht Mundhenk

für Recht:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Amtsgerichts Hamburg vom 28.04.2010 (Az.: 20A C 234/09) wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Klägerin, ein Energieversorgungsunternehmen, versorgt die Beklagte mit Erdgas, das diese für Haushaltszwecke benötigt. Sie begehrt Restzahlung der für den Zeitraum vom 10.06.2005 bis zum 09.06.2008 in Rechnung gestellten Entgelte.

Die Klägerin ist ein Tochterunternehmen der E.ON Hanse AG, die 2003 aus dem Zusammenschluss der Schleswig AG, der HEINGAS Hamburger Gaswerke GmbH und der HGW Hanse Gas GmbH hervorgegangen ist und zum 01.09.2008 ihr Vertriebsgeschäft Strom und Gas auf die Klägerin ausgegliedert hat. Im Zuge dieser Umstrukturierung sind alle Strom- und Gaslieferungsverträge der E.ON Hanse AG sowie die hierauf beruhenden Ansprüche auf die Klägerin übergegangen.

Im Jahr 2002 schloss die Beklagte mit HEIN Gas einen Erdgaslieferungsvertrag (Anlage K2). Dieser sieht einen verbrauchsunabhängigen Grundpreis sowie einen Arbeitspreis für die abgenommene Gasmenge vor. In dem Vertrag heißt es unter anderem:

*Ziff. 4. HEIN GAS ist berechtigt, ihre Preise der Preisentwicklung auf dem Wärme-
markt anzupassen.*

*Ziff. 5. Die umseitig gedruckten Allgemeinen Bestimmungen zum Sondervertrag
HEIN Klassik, Hein Vario, HEIN Komfort und HEIN Hinz und Kunzt der HEIN Gas
Hamburger Gaswerke GmbH (Anlage K3, Bl. 36 d.A.) sind Bestandteil dieses Ver-
trags.*

Die Allgemeinen Bestimmungen lauten auszugsweise:

Ziff. 1.3. Die Gaslieferung erfolgt gemäß der „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden“ (AVBGasV) vom 21. Juni 1979 (BGBl. I S. 676) in der jeweils gültigen Fassung. Bei Widersprüchen haben die Bestimmungen dieses Vertrages vor denen der AVBGasV Vorrang.

Ziff. 2.1. Bei Preisänderungen wird der Kunde vorab informiert. Dies kann schriftlich, aber auch durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Die Änderungen werden zu dem in der Bekanntmachung/Information genannten Termin wirksam.

Gemäß 1.3. der Allgemeinen Bestimmungen zum Sondervertrag in Verbindung mit § 32 Abs. 1 AVBGasV steht es der Klägerin offen, sich jeweils mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr und sodann mit einer Frist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats von den Verträgen zu lösen.

Infolge einer Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes versandte die Klägerin am 10.04.2007 ein Schreiben, in dem es unter anderem heißt:

„Diese [d.h. AVBGasV] wird hiermit durch die GasGVV und die zugehörigen Ergänzenden Bedingungen der E.ON Hanse AG ersetzt.

... Änderungen der Preise oder unserer Ergänzenden Bedingungen erfolgen künftig nach § 5 Abs. 2 GasGVV. Dies bedeutet für Sie, dass z.B. eine Preisanpassung Ihnen gegenüber nicht wirksam wird, sollten Sie Ihren Vertrag fristgemäß kündigen und innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung einen Vertragsschluss mit einem anderen Anbieter nachweisen können.

Änderungen wie z.B. Preiserhöhungen gelten nur dann, wenn wir Sie mindestens 6 Wochen vor Inkrafttreten öffentlich und auf unserer Internetseite bekanntgeben. Zusätzlich werden Sie von uns per Brief persönlich informiert.“

Wegen des weiteren Inhalts wird auf dieses Schreiben verwiesen (Anlage K4). Im Umschlag war ein Exemplar der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden (GasGVV) beigelegt.

Die Klägerin nahm im Zeitraum vom 01.08.2005 bis zum 01.08.2008 mehrfach Preiserhöhungen vor. Wegen der Erhöhungen im Einzelnen wird auf die Klagschrift vom 12.10.2009 verwiesen. Die Preisänderungen wurden jeweils in Übereinstimmung mit § 4 Abs. 2

AVBGasV beziehungsweise § 5 Abs. 2 S. 1 GasGVV öffentlich in Tageszeitungen sowie auf der Internetseite der Klägerin bekannt gemacht. Seit dem 01.06.2007 wurde die Beklagte zusätzlich durch briefliche Mitteilung auf die Preisanpassungen hingewiesen.

Die Beklagte widersprach den Preiserhöhungen der Klägerin erstmals mit Schreiben vom 18.07.2005 (Anlage K 8). In diesem heißt es auszugsweise:

„...mit Ihrem Schreiben vom 07. Juli 2005 teilen Sie mit, dass sich der Gaspreis ab dem 01.08.2005 um 0,58 ct/kWh netto erhöht. Diese Erhöhung halte ich angesichts der Entwicklung des Gaseinkaufspreises für unbillig. Da Sie den Nachweis der Billigkeit nicht erbracht haben, ist der von Ihnen geltend gemachte Anspruch nach § 315 Absatz 3 Satz 2 BGB nicht fällig.“

Auch den weiteren Preisanpassungen widersprach die Beklagte jeweils und behielt die auf der Erhöhung beruhenden Rechnungsbeträge ein.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Klägerin wendet sich unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags gegen das angegriffene Urteil. Sie vertritt die Auffassung, sie habe die Preise bis zum 31.05.2007 auf Grundlage des vertraglichen Anpassungsrechts aus Ziff. 4 wirksam erhöht. Die „Wärmemarktklausel“ sei wirksam. Sie benachteilige die Beklagte nicht unangemessen. Aus der Formulierung „ist berechtigt“ folge, dass der Klägerin bei der Preisanpassung ein Ermessensspielraum zustehe, der wiederum zur Annahme eines offenen Preisanpassungsrechts führe. Preisanpassungen auf dieser Grundlage unterlägen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Eine unangemessene Benachteiligung sei dadurch ausgeschlossen.

Selbst wenn die Klausel gegen § 307 Abs. 1 BGB verstoße, lasse sich ein einseitiges Preisänderungsrecht jedenfalls im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung herleiten. Zum einen ergebe sich dies aus der Vereinbarung der Preisvariabilität als solcher. Jedenfalls folge aus § 306 Abs. 2 BGB die Notwendigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung. Die ersatzlose Streichung der Preisanpassungsklausel führe zu einem Ergebnis, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trage, indem es das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten der Beklagten verschiebe. Die Beklagte hätte nämlich so einen Anspruch auf Belieferung zu einem Festpreis. Einen solchen gewähre die Klägerin jedoch nur unter hier nicht vorliegenden Voraussetzungen. Überdies sei es für die Klägerin unzumutbar, die Beklagte zu einem Preis zu beliefern, der nicht dem objektiven Wert des

Gases entspreche. Die unzumutbare Belastung ergebe sich außerdem daraus, dass der Klägerin Rückforderungsansprüche aller Kunden drohten, in deren Verträgen die streitige Preisanpassungsklausel enthalten sei. Dies führe zu einem Gesamtrückforderungsrisiko von etwa 749 Mio. €. Bei ersatzloser Streichung der Preisanpassungsklausel werde die Beklagte schließlich auch deshalb unangemessen bevorteilt, weil sie bei Unwirksamkeit nur der Preisanpassungsklausel besser stünde als bei vollständiger Unwirksamkeit des Vertrags. Das Kündigungsrecht der Klägerin aus Ziffer 1.3. der Allgemeinen Bestimmungen zum Sondervertrag i.V.m. § 32 Abs. 1 AVBGasV lasse die unzumutbare Belastung auch nicht entfallen. Angesichts der Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln in Gaslieferungsverträgen bis 2008/2009 habe sie keinen Anlass gehabt, den Liefervertrag zu kündigen. Die im Vertrag entstehende Regelungslücke sei durch Rückgriff auf eine den Vorgaben des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV vollständig entsprechende Anpassungsklausel zu schließen.

Seit dem 01.06.2007 habe sie, die Klägerin, die Preise auf Grundlage einer dem gesetzlichen Anpassungsrecht des § 5 GasGVV entsprechenden Klausel erhöht. § 5 GasGVV sei wirksamer Bestandteil des Sonderkundenvertrags geworden. Dadurch seien die Sonderkunden mit den Vertragskunden gleichgestellt worden, welches eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten ausschließe. Die Klägerin habe über § 4 AVBGasV, der ergänzend in den Sonderkundenvertrag einbezogen gewesen sei, die Vertragsbedingungen einseitig ändern können. Dies sei durch das Schreiben vom 10.04.2010 geschehen. Die ursprünglich in dem Vertrag enthaltene Wärmemarktklausel sei durch § 5 GasGVV ersetzt worden. Das Schreiben sei insoweit klar und verständlich gewesen. Die Beklagte habe der Änderung durch fortgesetzten Gasbezug konkludent zugestimmt. Dies reiche aus, damit die Neufassungen der AGB Vertragsinhalt würden.

Jedenfalls habe die Beklagte ein der Regelung des § 315 BGB entsprechendes Anpassungsrecht der Klägerin anerkannt, indem sie mit ihrem Widerspruchsschreiben nur die Unbilligkeit der Preiserhöhung angegriffen und erklärt habe, sie würde eine angemessene Anhebung der Preise akzeptieren.

Die Klägerin beantragt,

abändernd die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 619,68€ zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung gegen das Urteil des Amtsgerichts Hamburg vom 28.04.2010, Az. 20A C 234/09, zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die streitgegenständliche Klausel verstoße gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB und sei daher unwirksam. Der Klausel könne keine Verpflichtung des Energieversorgers entnommen werden, die Preise einer Preisermäßigung auf dem Wärmemarkt anzupassen. Zudem lasse die Klausel nicht erkennen, welcher Wärmemarkt gemeint sei und nach welchen Kriterien die Preisanpassung erfolgen solle.

Ein Rückgriff auf die Preisanpassungsregelungen der §§ 4 Abs. 1 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasVV im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sei nicht zulässig.

Die Parteien hätten keine Preiserhöhungen vereinbart. Die Beklagte habe den Erhöhungen nicht zugestimmt. In der Entnahme von Gas aus dem Versorgungsnetz liege keine entsprechende Erklärung.

Schließlich sei durch das Schreiben der Klägerin vom 10.04.2007 der streitgegenständliche Vertrag nicht auf die GasGVV umgestellt worden. Es fehle an einer einvernehmlichen Vertragsänderung.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Der Klägerin steht für den streitigen Zeitraum kein weiterer Zahlungsanspruch für das gelieferte Gas gemäß § 433 Abs. 2 BGB zu. Die von der Klägerin vorgenommenen Preiserhöhungen waren nicht wirksam. Die vertragliche Preisanpassungsklausel hält einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nicht stand (1.). An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt weder kraft Gesetzes ein dem § 4 AVBGasV entsprechendes Preisanpassungsrecht, noch steht der Klägerin im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Recht zur Preisanpassung zu (2.). Die Beklagte hat die Preiserhöhungen nicht insoweit anerkannt, als sie der Billigkeit entsprechen (3.). Auch seit dem 01.06.2007 waren die Preisanpassungen für die Beklagte nicht

verbindlich. Die Klägerin hat den Sondergaslieferungsvertrag nicht mit Wirkung vom 01.06.2007 wirksam geändert (4.).

1. Die von der Klägerin in Ziff. 4 des Gassondervertrags verwendete Preisanpassungsklausel ist gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

a) Die Preisanpassungsregelung unterliegt der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB. Die streitgegenständliche Klausel ist Teil eines durch die Klägerin vorformulierten Vertrags über die Erdgasversorgung von Sonderkunden. § 310 Abs. 2 BGB schließt bei Verträgen der Gasversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit Gas lediglich die Anwendung der §§ 308 und 309 BGB aus. Die Anpassungsklausel ist der gerichtlichen Kontrolle auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit entzogen. Sie stellt keine die Preise unmittelbar regelnde Vereinbarung dar. Vielmehr handelt es sich um eine schlichte Preisnebenabrede, die der Inhaltskontrolle des § 307 BGB unterfällt (vgl. BGH, NJW 2009, 2662, Rn. 18). Schließlich ist eine gerichtliche Überprüfung nicht durch § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Ziff. 4 des Erdgassondervertrags stellt keine rein deklaratorische Regelung dar, die ausschließlich das Gesetz, eine Verordnung oder eine vergleichbare Regelung wiederholt. Die Regelung des § 4 AVBGasV – welche ein Preisänderungsrecht enthält – gilt nur für Tarifkunden. Die Beklagte ist aber Sonderkunde.

b) Die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsklausel benachteiligt die Beklagte unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Eine unangemessene Benachteiligung durch Preisanpassungsklauseln liegt vor, wenn

„sie nur das Recht [des Versorgungsunternehmens] vorsehen, Erhöhungen ihrer Gasbezugskosten an ihre Kunden weiterzugeben, nicht aber die Verpflichtung, bei gesunkenen Gestehungskosten den Preis zu senken. Chancen und Risiken einer Veränderung der Gasbezugskosten werden damit zwischen den Parteien ungleich verteilt. Eine Preisanpassungsklausel muss aber das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren und darf dem Verwender nicht die Möglichkeit geben, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 25).

Nach diesen Grundsätzen liegt eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten vor. Die von der Klägerin verwendete Anpassungsklausel enthält jedenfalls in der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 25; BGH, NJW 2008, 2172, Rn. 19) keine Verpflichtung, gefallenen Gasbezugskosten nach gleichen Maßstäben wie gestiegenen Kosten Rechnung zu tragen und verschafft der Klägerin aus diesem Grund die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Erhöhung ihrer Gewinnspanne.

Die Formulierung:

„HEIN GAS ist berechtigt [Hervorhebung nur hier], ihre Preise der Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt anzupassen.“ lässt eine Auslegung zu, nach der die Klägerin „zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach gleichlaufenden Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung unabhängig davon vorzunehmen, in welche Richtung sich die Gasbezugskosten seit Vertragsschluss oder seit der letzten Preisanpassung entwickelt haben“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 27).

Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht durch die Formulierung „anzupassen“. Aus dieser folgt lediglich, dass die Entwicklungen auf dem Wärmemarkt Maßstab für eine Preisänderung der Klägerin sein sollen (vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 27). Eine engere Bindung im Sinne eines vollständigen Gleichlaufs lässt sich dadurch jedoch nicht ableiten.

Die Anforderungen, welche das gesetzliche Preisanpassungsrechts aus § 4 AVBGasV statuiert, nämlich insbesondere auch eine Pflicht zur Preissenkung bei entsprechender Entwicklung der Preise auf dem Wärmemarkt, können nicht wegen der Leitbildfunktion der gesetzlichen Norm in die Anpassungsklausel hineingelesen werden. Denn nach der Rechtsprechung des BGH, der sich die Kammer anschließt, kommt die Leitbildfunktion des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV nur zum Tragen, wenn die Preisanpassungsklausel das gesetzliche Preisanpassungsrecht unverändert übernimmt (vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 29). Das ist durch die streitgegenständliche Klausel nicht geschehen. Das gesetzliche Preisanpassungsrecht gemäß § 4 Abs. 2 AVBGasV lautet:

„Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam.“

Diese Vorschrift wurde nicht wörtlich unverändert übernommen. Auch inhaltlich weicht das vertragliche Preisanpassungsrecht von dem gesetzlichen ab. Letzteres enthält wegen der Bindung des Allgemeinen Tarifs an billiges Ermessen die durch ergänzende Auslegung gewonnene Pflicht des Versorgungsunternehmens zur Preisanpassung, wenn die Preisentwicklung für den Kunden günstig ist (vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 29). Die vertragliche Klausel sieht indes nach der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung gerade keine Verpflichtung zur Preissenkung vor.

Es ist letztlich kein Widerspruch darin zu sehen, dass in die vertragliche Anpassungsklausel nicht ebenso wie bei der gesetzlichen Preisanpassungsmöglichkeit die Pflicht hineingelesen wird, auch Preissenkungen weiterzugeben. Dies folgt aus dem unterschiedlichen Maßstab, der bei der Auslegung anzulegen ist. Gesetze sind nach ihrem objektiven Sinn weder zugunsten der einen noch zugunsten der anderen Partei auszulegen. Bei Willenserklärungen ist auf den objektiven Empfängerhorizont abzustellen, wobei allerdings § 305c Abs. 2 BGB bei der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen Zweifel zu Lasten des Verwenders

gehen und zudem nach der Rechtsprechung des BGH (s.o.) die kundenfeindlichste Auslegung zugrunde zu legen ist.

c) Die streitgegenständliche Klausel benachteiligt die Beklagte überdies deshalb unangemessen, weil sie nicht hinreichend klar und verständlich ist, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Es soll verhindern, dass der Verwender durch einen ungenauen Tatbestand oder eine ungenaue Rechtsfolge ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume in Anspruch nehmen kann. Preiserhöhungsklauseln müssen grundsätzlich die Voraussetzungen sowie den zulässigen Umfang der Erhöhungen konkretisieren (Palandt/Grüneberg, 69. Auflage, § 307, Rn. 23, BGH, NJW 1980, 2518, 2519; BGH, NJW 1986, 3134, 3135).

Die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsklausel wird diesen Anforderungen nicht gerecht. Aus der Formulierung *„HEIN-GAS ist berechtigt, ihre Preise der Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt anzupassen“* wird nur der Anlass der Preiserhöhungen ersichtlich. Die Klausel enthält aber nicht die erforderlichen Angaben über die quantitative Gewichtung der Kriterien, die bei einer Preisanpassung zu berücksichtigen sind. Ferner lässt sie nicht erkennen, in welchem Umfang die Erhöhung der Gasbezugskosten eine Erhöhung des Entgelts gegenüber der Beklagten ermöglicht. Die Benutzung des Verbs „anpassen“ eröffnet einen Spielraum, der keine Einzelheiten erkennen lässt. Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben, ob durch die generelle Bezugnahme auf die Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt die Bezugsgrößen für eine Preisanpassung bereits deshalb ausreichend deutlich werden, weil der Gesetzgeber in § 24 AVBFernwärmeV selbst den Begriff des Wärmemarkts zugrunde legt.

Eine tatbestandliche Konkretisierung hinsichtlich Anlass, Voraussetzungen und Umfang des Preisanpassungsrechts ist vorliegend auch nicht ausnahmsweise entbehrlich. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Preisanpassungsklauseln, die das gesetzliche Anpassungsrecht nach § 4 AVBGasV unverändert übernehmen, ist auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar. In derartigen Fällen müssen die Voraussetzungen, die aus der Bindung an den Maßstab des billigen Ermessens folgen, nicht vom Verwender dargelegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 33ff.). Diese Erleichterung beruht im Wesentlichen auf der Erwägung, dass bei einer unveränderten Übernahme eines gesetzlichen Preisanpassungsrechts an die Transparenz der vertraglichen Regelung keine höheren Anforderungen gestellt werden können als an die ge-

gesetzliche Regelung. Es ist daher auch grundsätzlich zulässig, vom Gesetz verwendete unbestimmte Rechtsbegriffe zu übernehmen (Palandt/Grüneberg, 69. Auflage, § 307, Rn. 18 m.w.N.). Diese Erwägungen kommen bei der streitgegenständlichen Klausel jedoch nicht zum Tragen, da sich die Wärmemarktklausel gerade nicht an einem gesetzlichen Vorbild orientiert (dazu vorstehend unter 1.b)).

Die Kammer verkennt nicht, dass die Formulierung des § 4 Abs. 2 AVBGasV ebenfalls nicht aus sich heraus verständlich ist. Eine Verpflichtung zur Preissenkung kann ihr nur unter Hinzuziehung der einschlägigen höchstrichterlichen Rechtsprechung entnommen werden. Es gelten jedoch, wie vorstehend ausgeführt, grundsätzlich unterschiedliche Maßstäbe für die Auslegung von Gesetzen (bzw. gesetzeswiederholenden Bestimmungen in AGB) und von AGB, die auch unterschiedliche Auslegungsergebnisse widerspruchsfrei nach sich ziehen können.

c) Die unangemessene Benachteiligung der Beklagten wird nicht durch ein ihr vertraglich eingeräumtes Kündigungsrecht ausgeglichen. Der BGH hat dazu bereits ausgeführt:

„Eine unangemessene Benachteiligung der Kunden durch eine Preisanpassungsklausel, die dem Verwender Preiserhöhungen zur Steigerung seines Gewinns ermöglicht, kann grundsätzlich nicht durch ein Recht zur Kündigung ausgeräumt werden“ (BGH, NJW 2008, 360, Rn. 13; BGH, NJW 2009, 2051, Rn. 36 ff.; BGH, NJW 2010, 993, Rn. 33).

Dieser Grundsatz greift auch vorliegend in Bezug auf das Kündigungsrecht gemäß § 32 Abs. 2 AVBGasV ein, das der Beklagten gemäß Ziff. 1.3. der Allgemeinen Informationen zum Sondervertrag KlassikGas eingeräumt wird. Denn bei einer Konstellation wie der vorliegenden setzt eine Kompensationsmöglichkeit mindestens voraus,

„dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preiserhöhung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 33; BGH, NJW 2007, 1054, Rn. 30).

Eine rechtzeitige Information der Beklagten, die es ihr ermöglicht, vor Wirksamwerden der Preisänderung zu kündigen, ist vorliegend nicht hinreichend sichergestellt. Nach Ziff. 2 der Allgemeinen Bestimmungen des Sondervertrags wird der Kunde zwar vorab über die Preisänderungen durch schriftliche Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung informiert. Die Änderungen werden dann zu dem in der Bekanntmachung/Information genannten Termin wirksam. Dabei ist es möglich, dass die Preisanpassung unmittelbar nach der Bekanntgabe wirksam wird. Das Kündigungsrecht der Beklagten gemäß § 32 Abs. 2 AVBGasV ist hingegen fristgebunden, mit der Folge, dass die Beklagte – wenn auch nur für einen kurzen Zeit-

raum – die höheren Bezugspreise, die mit der Preisanpassung vor ihrer Kündigungsmöglichkeit wirksam werden, zu entrichten hätte.

2. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt weder kraft Gesetzes ein dem § 4 AVBGasV entsprechendes Preisanpassungsrecht, noch steht der Klägerin im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Recht zur Preisanpassung zu.

a) Das Preisanpassungsrecht aus § 4 AVBGasV kann nicht als ergänzend anwendbares dispositives Recht herangezogen werden.

(1) Die Anwendbarkeit des gesetzlichen Anpassungsrechts ergibt sich nicht im Wege einer Verweisung auf die AVBGasV durch Ziff. 1.3. der Allgemeinen Informationen zum Sondervertrag. § 4 AVBGasV gilt nicht subsidiär, wenn ein Vertrag eine eigenständige Vereinbarung zur Preisanpassung enthält, die sich als abschließende Regelung darstellt (vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 37). Ziff. 4 des Gaslieferungsvertrags stellt eine solche abschließende Vereinbarung über die Preisanpassung dar. Denn sie nennt mit dem Verweis auf die Preisentwicklung auf den Wärmemarkt ein Kriterium, nach dem die Anpassungen erfolgen sollen. Überdies ergibt sich die Unanwendbarkeit von § 4 AVBGasV bereits aus der einschränkenden Formulierung des Verweises:

„Bei Widersprüchen haben die Bestimmungen dieses Vertrages vor denen der AVBGasV Vorrang.“

(2) Ein Rückgriff auf § 4 AVBGasV ist auch nicht auf Grundlage des § 306 Abs. 2 BGB möglich. Zwar bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam, wenn allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt gemäß § 306 Abs. 2 BGB das dispositive Recht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist jedoch ein Rückgriff auf § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV dann nicht möglich, wenn es sich – wie vorliegend – um einen Sonderkundenvertrag handelt:

„Eine Rechtsnorm, die für Verträge über die Versorgung von Sonderkunden mit Gas eine Preisanpassungsmöglichkeit für den Fall vorsieht, dass sich die Bezugskosten des Gasversorgungsunternehmens ändern, ist nicht ersichtlich. Insbesondere zählt § 4 I und II AVBGasV schon deshalb nicht zu den an die Stelle der unwirksamen Preisanpassungsklausel tretenden gesetzlichen Vorschriften, weil es sich bei den Kl. jeweils um Sonderkunden und nicht um Tarifkunden i.S. von § AVBGASV § 1 AVBGASV § 1 Absatz II AVBGasV handelt, deren Versorgung mit Gas nach Maßgabe von Sonderbedingungen und nicht ... nach allgemeinen Bedingungen und zu allgemeinen Tarifpreisen erfolgt“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 39).

(3) Auch eine analoge Anwendung des § 4 AVBGasV scheidet aus, da es bereits an einer für die analoge Anwendung von Rechtsvorschriften erforderlichen planwidrigen Regelungslücke fehlt (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 41 mit Verweis auf BGH NJW 2009, 1200, Rn. 24). Zur Begründung führt der BGH aus:

„Mit dem Erlass von § 4 AVBGasV hat der Verordnungsgeber von der Ermächtigung in § 7 II EnWG Gebrauch gemacht (vgl. BR-Dr 77/79, S. 33). Diese Vorschrift war durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9. 12. 1976 (BGBl I, 3317) in das Energiewirtschaftsgesetz eingefügt worden (vgl. BR-Dr 360/75, S. 45). Durch das gleiche Gesetz wurde die mit dem heutigen § 310 Absatz II BGB übereinstimmende Regelung des § 23 Nr. 2 AGBG eingeführt, mit der der Gesetzgeber beabsichtigte, weiterhin eine Versorgung der Sonderabnehmer ganz oder teilweise zu den für Tarifabnehmer geltenden Bedingungen zuzulassen, weil Sonderabnehmer regelmäßig keines stärkeren Schutzes bedürften als Tarifabnehmer (vgl. BR-Dr 360/75, S. 42). Den hinter dieser Ausnahme stehenden Gedanken, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer, so dass es den Versorgungsunternehmen frei stehen müsse, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten, hat der Gesetzgeber bei Schaffung des inhaltsgleichen § BGB § 310 BGB § 310 Absatz II BGB beibehalten. Im Gesetzgebungsverfahren ist dazu ausgeführt worden, dass die bisherigen §§10, 11 AGBG (= §§ 308, 309 RE) nicht für Verträge mit Sonderabnehmern von Strom und Gas gelten, es sei denn, dass die Verträge Abweichungen von den Verordnungen über „Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität bzw. Gas“, die für den Regelfall der typisierten Vertragsbeziehungen der Versorgungsunternehmen zu Tarifkunden den Inhalt der Versorgungsverträge bestimmen, vorsehen (BT-Dr 14/6040, S. 160). Das zeigt zugleich, dass dem Gesetzgeber und – diesem folgend – dem Verordnungsgeber die Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderabnehmern ebenso bewusst war wie die vom Gesetzgeber angestrebte sachliche Gleichbehandlung dieser Abnehmergruppen. Dennoch – und nach dem vorstehend Ausgeführten ersichtlich auf Grund einer bewussten Entscheidung – ist eine Regelung der Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung von Sonderkunden im Verordnungswege ebenso wenig erfolgt wie die Allgemeinen Bedingungen für Tarifkunden auf Sonderkunden ganz oder teilweise für anwendbar erklärt worden sind. Es ist vielmehr umgekehrt den Versorgungsunternehmen freigestellt worden, für ihre Vertragsgestaltung mit Sonderkunden die Allgemeinen Bedingungen für Tarifkunden durch rechtsgeschäftliche, hier in Bezug auf § 4 I und II AVBGasV aber gerade nicht ausgesprochene Anwendungserklärung [...] ganz oder teilweise zu übernehmen“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 41).

(4) Eine entsprechende Anpassungsmöglichkeit lässt sich gleichfalls nicht aus der Rechtsnatur des Versorgungsvertrags herleiten:

„Ebenso wenig folgt eine solche Anpassungsmöglichkeit als vertragsimmanente Gestaltung aus der Rechtsnatur des Versorgungsvertrags. Sie ist auch keineswegs zwingend. Vielmehr besteht für die Parteien eines solchen Vertrags alternativ die Möglichkeit, Änderungen der Bezugskosten etwa bei der Preisbemessung durch entsprechende Risikozuschläge zu erfassen, im Falle solcher Änderungen eine Pflicht zur Neuverhandlung des Preises vorzusehen oder ein (Sonder-)Kündigungsrecht zu vereinbaren“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 40).

(5) Letztlich rechtfertigt auch die § 4 AVBGasV zukommende Leitbildfunktion eine Anwendung dieser Bestimmung nicht. Denn eine Übernahme in den Vertrag an Stelle der verwendeten Preisanpassungsklausel verbietet sich insbesondere dann, wenn die vertragliche Anpassungsklausel sich nicht an dem Leitbild orientiert (Vgl. BGH, NJW 2010, 993, Rn. 40). Dass vorliegend die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsklausel nicht dem gesetzlichen Leitbild entspricht, ist bereits oben ausgeführt worden (siehe unter 1.b)).

b) Ein Preisänderungsrecht ist der Klägerin nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zuzubilligen.

(1) Die durch Wegfall der Klausel entstehende Lücke ist nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung über § 306 Abs. 2 BGB zu schließen. Zwar zählen die §§ 133, 157 BGB als Grundlage für das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung zu den gesetzlichen Vorschriften im Sinne dieser Norm. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt indes nach der Rechtsprechung des BGH 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, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt“ (BGH, NJW 2010, 993, Rn. 44).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Der ersatzlose Wegfall der angefochtenen Klausel führt nicht dazu, dass das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten der Beklagten verschoben wird.

Eine unzumutbare Belastung ergibt sich zunächst nicht daraus, dass ein ersatzloser Wegfall der Klausel zu einem Anspruch der Beklagten auf Belieferung zu einem Festpreis führte. Dabei ist unerheblich, ob die Klägerin die Beklagte zu einem Preis beliefern musste, der nicht dem objektiven Wert des Gases entsprach. Denn der Klägerin stand es jedenfalls nach den vertraglichen Regelungen frei, das Vertragsverhältnis zu kündigen und den Vertrag mit wirksamen Klauseln auf der Grundlage der gegebenenfalls geänderten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen neu abzuschließen. Die Klägerin konnte sich jeweils mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit von einem Jahr und sodann mit einer Frist von einem Monat auf das Ende des Kalendermonats von dem Verträgen lösen (vgl. § 32 Abs. 1 AVBGasV, § 20 Abs. 1 S. 1 GasGVV). Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, so führt das nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis (Vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 51 f., BGH, NJW 2010, 993, Rn. 45; LG Hamburg, Urteil vom 27.10.2009, Az.: 301 O 32/05, S. 16).

Für die Klägerin bestand auch Anlass, eine Kündigung des Vertrags in Erwägung zu ziehen. Ein ausreichender Grund, über eine Kündigung des Vertragsverhältnisses nachzudenken, besteht bereits, wenn der Kunde den Preiserhöhungen widersprochen und dadurch deutlich gemacht hat, dass er mit diesen nicht einverstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 51). Dies hat die Beklagte mit Schreiben vom 21.07.2005 getan. Dabei hatte sie die Wirksamkeit der Anpassungsklausel auch nicht außer Streit gestellt. Eine solche Erklärung ergibt sich nicht daraus, dass die Beklagte im Widerspruchsschreiben lediglich die Unbilligkeit der Preisanpassungen gerügt hat. Aus der Beanstandung der Billigkeit der Preise lässt sich nicht ableiten, dass für die Zukunft auf andere Einwände, die zur Unwirksamkeit der Preiserhöhung führen könnten, verzichtet werden soll. Die von der Beklagten gewählte Formulierung -

„Diese Erhöhung halte ich angesichts der Entwicklung des Gaseinkaufspreises für unbillig. Da Sie den Nachweis der Billigkeit nicht erbracht haben, ist der von Ihnen geltend gemachte Anspruch nach § 315 Absatz 3 Satz 2 BGB nicht fällig.“

- lässt einen entsprechenden Willen nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen. Die Klägerin musste infolge dessen eine gerichtliche Überprüfung in Betracht ziehen. Dabei durfte sie auch nicht darauf vertrauen, dass die bisherige Rechtsprechung, nach der die Wärmemarktklausel uneingeschränkt für wirksam gehalten wurde, beibehalten wird. Zwar besteht nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen ein gewisser Vertrauensschutz in Bezug auf Änderungen der Rechtsprechung. Eine solche ist jedoch jederzeit möglich, wenn sie sich im Rahmen der vorhersehbaren Entwicklung bewegt oder ausreichend begründet wird (vgl. Maunz/Dürig/Grzeszick, 58. EL, 2010, Art. 20, Rn. 106). Gerade im Bereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen trägt grundsätzlich der Verwender das Risiko, dass eine zunächst unbeanstandet gebliebene Klausel in späteren höchstrichterlichen Entscheidungen wegen unangemessener Benachteiligung des Vertragspartners als unwirksam beurteilt wird. Denn

„ein Vertragspartner, der sich nicht mit der gesetzlichen Regelung begnügt und zur Erweiterung seiner Rechte den Weg der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wählt, wird in der Regel nicht dadurch in seinem schutzwürdigen Vertrauen beeinträchtigt, dass eine Klausel geraume Zeit unbeanstandet geblieben ist und erst nach Jahren gerichtlich für unwirksam erachtet wird“ (BGH NJW 2008, 1438, Rn. 20).

Gründe, von dieser grundsätzlichen Risikoverteilung abzuweichen, liegen hier nicht vor.

Eine unzumutbare Belastung der Klägerin ergibt sich ebenfalls nicht daraus, dass sie befürchtet, den Rückforderungen zahlreicher anderer Kunden ausgesetzt zu sein. Es ist aus

Rechtsgründen nur eine individuelle Betrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen im einzelnen Energielieferungsverhältnis vorzunehmen (vgl. LG Hamburg, Urteil vom 27.10.2009, Az.: 301 O 32/05, S. 17; OLG Rostock, Urteil vom 28.05.2010, Az.: 4 U 117/09, S.4). Dem Zivilrecht sind grundsätzlich kollektive Betrachtungen fremd, die dazu führen, dass durch Einbeziehung einer Vielzahl vergleichbarer Fälle sich die Rechtslage gegenüber der Lage bei individueller Betrachtung verschiebt (vgl. Bördenbender, NJW 2009, 3125, 3128).

Denn dies liefe letztlich darauf hinaus, den Verwender gerade und nur deshalb zu privilegieren, weil er eine rechtlich unhaltbare Klausel in einer Vielzahl von Vertragsverhältnissen verwendet. Diese Vielzahl setzen jedoch bereits Begriff und Systematik des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit den oben beschriebenen Rechtsfolgen der teilweisen Unwirksamkeit einer Preisabrede voraus. Zudem ist auch nicht ersichtlich, weshalb eine bloße Addition der wirtschaftlichen Nachteile, die sich aus der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel im Einzelvertrag ergeben und vor denen sich der Verwender durch Kündigung schützen könnte (s.o.), zu einer anderen Beurteilung der Rechtsfolgen führen sollte. Schließlich würde eine mehrere Vertragsverhältnisse zusammenfassende Betrachtung eine Gesamtbeurteilung des unternehmerischen Verhaltens der Klägerin erforderlich machen, das in seiner Gesamtheit einer rechtlichen Beurteilung durch das Gericht praktisch nicht zugänglich ist.

Anderes ergibt sich auch nicht aufgrund energierechtlicher Besonderheiten. Zwar ist nach § 18 Abs. 2 - 54 NDVGas eine Haftungshöchstgrenze für den Fall einer nicht vorsätzlichen Schadenszufügung bei Störung der Energieversorgung vorgesehen. Bei der Regelung handelt es sich aber um eine Ausnahmenvorschrift, deren Rechtsgedanke für die vorliegende Konstellation nicht herangezogen werden kann. Denn auf die Gestaltung ihrer eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat die Klägerin Einfluss. Soweit sie aber ungestörte Energieversorgung sicherstellen muss, können Störungen auf einer Vielzahl von Ursachen beruhen, die außerhalb des von ihr beherrschten Gefahrenbereichs liegen.

Überdies würde eine ergänzende Vertragsauslegung jedenfalls ausscheiden, weil keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne dass erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (BGH, NJW 1996, 996, Rn. 37).

Vorliegend ist nicht erkennbar, welche genauen Modalitäten nach dem hypothetischen Willen beider Parteien für ein Erhöhungsrecht hätten gelten sollen (zur identischen Preisanpas-

sungsklausel so auch AG Hamburg-Blankenese, Urteil vom 31.07.2009, Az.: 518 C 46/09; LG Hamburg, Urteil vom 27.10.2009, Az.: 301 O 32/05, S. 15f.). Es kommen sowohl zum Grund als auch zur Höhe zahlreiche Gestaltungen in Betracht, ohne dass es belastbare Hinweise darauf gäbe, welche Vorstellungen beide Parteien hierzu gehabt oder entwickelt hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der Regelung gekannt hätten. Die Folgerung der Klägerin, es käme nur ein an Billigkeitsmaßstäben orientiertes Preisanpassungsrecht in Betracht, ist nicht zwingend. Aus dem Umstand, dass die Beklagte nach der Preiserhöhung, d.h. nach Vertragsschluss die Unbilligkeit der Preise rügt, kann nicht geschlossen werden, sie habe ursprünglich ein an der Billigkeit orientiertes Preisanpassungsrecht vereinbaren wollen. Vielmehr verdeutlicht dies nur, dass sie dachte, die Klägerin sei aufgrund der aktuellen Preisanpassungsklausel an diesen Maßstab gebunden. Ebenso geht der Verweis, es sei im Interesse der Beklagten gewesen, ein solches Preisanpassungsrecht zu vereinbaren, fehl. Es kommt darauf an, was die Parteien vereinbart hätten; nicht darauf, was sie vernünftigerweise hätten vereinbaren sollen. Ob eine entsprechende Vereinbarung tatsächlich den Interessen der Beklagten diene, ist daher irrelevant.

Letztlich führt auch der Vergleich der Klägerin mit der Rechtslage bei Gesamtwirksamkeit des Gasversorgungsvertrags zu keinem anderen Ergebnis. Bei der Gesamtwirksamkeit eines Vertrags sind die ausgetauschten Leistungen mangels vertraglicher Preisvereinbarung nach dem objektiven Marktwert auszugleichen. Ist von der Unwirksamkeit nur ein Teil der Preisabrede, nämlich die Preisanpassung für die Zukunft, betroffen und ist die Grundpreisabrede hingegen wirksam, so besteht schon keine Notwendigkeit, die vertragliche Preisvereinbarung durch den kaum zu ermittelnden objektiven Wert der Leistung zu ersetzen. Dass dadurch Nachteile für den Verwender entstehen, wird im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich hingenommen. Denn dieser trägt die Verantwortung für den Wortlaut sowie für die Einbeziehung seiner Bedingungen in den Vertrag.

(2) Die Parteien haben, anders als die Klägerin meint, im Versorgungsvertrag keine Preisvariabilität als solche vereinbart mit der Folge, dass lediglich die Regelung über die Ausgestaltung der Preisanpassung unwirksam wäre. Die Rechtsprechung, nach der bei auf längere Zeit angelegten Spar- und Darlehensverträgen die Wahl zwischen einer gleich bleibenden und einer variablen Verzinsung eine freie, keiner AGB-Kontrolle unterliegende Entscheidung der Vertragspartner darstellt (BGH, NJW 2008, 3422), ist auf die vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar, denn die Parteien haben nicht von vorneherein einen variablen Preis vereinbart. Vielmehr geht es um die Befugnis der Klägerin zur nachträglichen Änderung eines ursprünglich vereinbarten (festen) Preises (BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 53; vgl. auch BGH, NJW 2010, 993).

3. Die Beklagte hat die Preiserhöhungen nicht durch den bloßen Weiterbezug des Gases anerkannt. Der BGH hat jüngst in diesem Zusammenhang ausgeführt:

„Bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens aufgrund einer Preisanpassungsklausel, die unwirksam ... ist, kann die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden. Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Selbst wenn der Kunde aufgrund der Rechnung Zahlungen erbringt, kommt darin zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält grundsätzlich über seinen Charakter als Erfüllungshandlung hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit zu stellen“ (BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 57).

Die Rechtsprechung zu einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarfkundenvertrag, nach der ein einseitig erhöhter Preis nicht mehr auf seine Billigkeit gem. § 315 Abs. 3 BGB überprüft werden kann, wenn der Kunde eine auf der Grundlage einer öffentlich bekannt gegebenen Preiserhöhung vorgenommene Jahresabrechnung akzeptiert hat, indem er weiterhin widerspruchslos Gas bezogen hat, ist auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

„Denn anders als in solchen Fällen ist bei einseitigen Preisanpassungen in einem Tarfkundenvertrag ... nicht zweifelhaft, ob das Versorgungsunternehmen den Preis überhaupt anpassen durfte; es besteht lediglich Ungewissheit darüber, ob die Preisanpassung der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB standhält. Diese gerichtliche Billigkeitskontrolle findet nur statt, wenn der Kunde die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung durch Klage geltend macht oder wenn er gegenüber der Leistungsbestimmung des Versorgers den Einwand der Unbilligkeit erhebt und der Versorger im Wege der Leistungsklage vorgeht... Vor diesem Hintergrund hält der Senat es weiterhin für gerechtfertigt, das Verhalten des Kunden, der nach der Übersendung einer auf einer einseitigen Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden, dahin auszulegen, dass er die Billigkeit der Preiserhöhung nicht in Frage stellt und ihr unter diesem Aspekt zustimmt. Hingegen kommt eine weiter gehende Auslegung des Kundenverhaltens dahin, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung, sondern – soweit es darauf ankommt – auch die Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiert, nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08 = BeckRS 2010, 18944, Rn. 59).

b) Die Beklagte hat die Preise auch nicht dadurch anerkannt, dass sie im Widerspruchsschreiben lediglich die Unbilligkeit der Preisanpassungen gerügt hat. Aus der Beanstandung der Billigkeit der Preise lässt sich nicht ohne weiteres ableiten, dass andere Gründe, die zur Unwirksamkeit der Preiserhöhung führen könnten, außer Streit gestellt werden sollten. Dazu

müsste ein entsprechender Wille eindeutig aus dem Schreiben hervorgehen. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

4. Auch seit dem 01.06.2007 hat die Klägerin die Preise nicht wirksam erhöht. Die Parteien haben den Vertrag nicht dahingehend geändert, dass sich ein Preisanpassungsrecht der Klägerin nunmehr aus § 5 GasGVV ergibt.

a) Das Schreiben der Klägerin vom 10.04.2007 stellt schon kein Angebot auf Ersetzung der Preisänderungsklausel der Ziff. 4 des Sondervertrags durch die Regelungen der GasGVV dar. Ein entsprechender Wille lässt sich nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont nicht erkennen. Denn in dem Schreiben wird nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Preisanpassungsklausel der Ziff. 4 des Sondervertrags umfassend durch § 5 Abs. 2 GasGVV ersetzt werden sollte. Aus der Formulierung, dass bislang die AVBGasV mit ihren allgemeinen Bestimmungen Vertragsbestandteil gewesen seien und „diese hiermit durch die GasGVV und die zugehörigen Ergänzenden Bedingungen der E.ON Hanse ersetzt“ würden, wird nur deutlich, dass die Bestimmungen der AVBGasV ersetzt werden sollten. Der Wendung ist indes nicht zu entnehmen, dass die vertragliche Regelung der Ziff. 4 Ebenfalls bedeutungslos werden sollte. Für diese Auslegung spricht auch der weitere Inhalt des Schreibens. Obwohl ausdrücklich erwähnt wird, dass Änderungen der Preise nunmehr nach § 5 Abs. 2 GasGVV erfolgen, wird nicht ausreichend klar, dass die Befugnis zu einer Preisanpassung als solche auf eine neue Grundlage gestellt werden sollte. Vielmehr ist die Aussage unter Berücksichtigung des weiteren Inhalts des Schreibens –

„Dies bedeutet für Sie, dass z.B. eine Preisanpassung Ihnen gegenüber nicht wirksam wird, sollten Sie Ihren Vertrag fristgemäß kündigen und innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung einen Vertragsschluss mit einem anderen Anbieter nachweisen können.

Änderungen wie z.B. Preiserhöhungen, gelten nur dann, wenn wir Sie mindestens 6 Wochen vor Inkrafttreten öffentlich und auf unserer Internetseite bekanntgeben. Zusätzlich werden Sie von uns per Brief persönlich informiert.“

– nach dem objektiven Empfängerhorizont so auszulegen, dass lediglich für die Modalitäten der Anpassung nunmehr die Vorschriften der GasGVV gelten sollen. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass die Bestimmung des § 5 Abs. 2 GasGVV ausdrücklich nur Regelungen über das Verfahren bei Preisänderungen treffen. Aus dem Wortlaut der Vorschrift war für die Beklagte nicht zu erkennen, dass die Norm aufgrund der Auslegung durch die Recht-

sprechung die Befugnis zu einer einseitiger Preisanpassung enthält. Einen entsprechenden Hinweis hat die Klägerin in diesen Schreiben nicht gegeben. Auf die Frage, ob die Beklagte ein etwaiges Angebot angenommen hat, kommt es daher nicht mehr an.

c) Selbst wenn die Klägerin berechtigt gewesen wäre, den Vertragsinhalt einseitig zu ändern, wäre doch nur eine Änderung mit dem vorstehend genannten Inhalt zustande gekommen. Ob ihr ein entsprechendes Änderungsrecht aus § 4 AVBGasV in Verbindung mit den vertraglichen Bestimmungen überhaupt zustand, kann daher offen bleiben.

d) Der Vertrag wurde schließlich auch nicht kraft Gesetzes dahingehend geändert, dass sich ein Preisanpassungsrecht der Klägerin nunmehr aus § 5 Abs. 2 GasGVV ergibt. Es kann offen bleiben, ob die Pflicht zur Umstellung auf die GasGVV gemäß § 115 Abs. 3 S. 3 EnWG nach Fristablauf zu einer Vertragsänderung kraft Gesetzes führt. Jedenfalls wäre § 5 Abs. 2 GasGVV nicht Vertragsbestandteil geworden. Die Norm zählt nicht zu den Vorschriften, die für Sondervertragskunden zwingend gelten sollen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der sich auf „Änderungen der Allgemeinen Preise“ bezieht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

IV.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da der Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordert (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Die Frage, ob die streitgegenständliche Klausel wirksam ist, ist höchstrichterlich bereits hinreichend geklärt. Auch handelt es sich bei der Frage, ob eine materiell dem Preisanpassungsrecht des § 4 AVBGasV bzw. §§ 6 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 2 GasGVV entsprechende Preisanpassungsklausel nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ist, nicht um eine Rechtsfrage, die es erfordern würde, die Revision zuzulassen. Die Frage ist vorliegend nicht entscheidungserheblich. Denn die streitgegenständliche Preisanpassungsklausel weicht materiell von dem gesetzlichen Preisanpassungsrecht ab. Gleiches gilt für die Frage der Billigkeit der von der Klägerin vorgenommenen Preisanpassungen. Auch auf diese kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht an. Der Klägerin steht bereits kein Recht zur Anpassung zu.

Schließlich ergibt sich aus der Frage, welche Klausel an die Stelle einer unwirksamen Preisanpassungsklausel treten würde, keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Diese Frage wurde jüngst höchstrichterlich dahingehend entschieden, dass weder die gesetzliche Regelung an die Stelle der Klausel tritt, noch dem Energieversorgungsunternehmen im Wege ergänzender Vertragsauslegung ein Recht zur Änderung des vereinbarten Preises zusteht, wenn ihm – wie auch im konkreten Fall – ein Festhalten am vereinbarten Preis deshalb nicht unzumutbar ist, weil es sich innerhalb überschaubarer Zeit durch Kündigung vom Vertrag lösen kann (BGH 28.10.2009, Az.: VIII ZR 320/07, BGH, Urteil 14.07.2010, Az.: VIII ZR 246/08). Die bisher höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung aufgrund von wirtschaftlichen Nachteilen, die sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleich lautender Verträge ergeben, geboten sein kann, macht vorliegend die Zulassung der Revision nicht erforderlich. Zu dieser Frage hat die Klägerin nicht hinreichend vorgetragen. Sie trägt lediglich vor, dass bei Betrachtung aller Verträge, welche die streitgegenständliche Klausel enthalten, ein Gesamtrückforderungsrisiko in Höhe von insgesamt 749 Mio. €, bei isolierter Betrachtung der Widerspruchskunden von 73 Mio. € bestehe. Diese Zahlen sind für sich genommen jedoch nicht aussagekräftig. Die der Frage der Unzumutbarkeit kommt es nicht auf *Verlustrisiken*, sondern auf die sich tatsächlich realisierenden Verluste an. Vor allem aber legt die Klägerin nicht dar, in welcher Relation die behaupteten Risiken zum gesamten Umsatz und Gewinn des Unternehmens stehen und ob im Saldo überhaupt Verluste eintreten. Ein solcher Vortrag wäre aber erforderlich, um beurteilen zu können, ob die behaupteten finanziellen Nachteile unzumutbar sind und zu einer nicht mehr hinnehmbaren einseitigen Verschlebung des Vertragsgefüges zulasten der Klägerin führen. Schließlich hat die Klägerin nichts dazu vorgetragen, ob die drohenden Verluste bereits durch Gewinne in anderen Zeiträumen in demselben Vertragsverhältnis kompensiert wurden. Bei einem Dauerschuldverhältnis – wie einem Energielieferungsvertrag – ist es indes naheliegend, auch hinsichtlich des Vertragszeitraums eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Ansonsten könnte sich ein Vertragspartner auf eine unzumutbare Belastung berufen, sobald Verluste in einer nicht unerheblichen Höhe aufgrund einer unwirksamen Klausel eintreten, obwohl er über Jahre hinweg hohe Gewinne erzielt hat und daher im gesamten Vertragszeitraum kein Negativsaldo eingetreten ist.

Eine über diese Streitfrage hinausgehende grundsätzliche Bedeutung ist dem vorliegenden Rechtsstreit nicht zu entnehmen.