

**Gericht:** OLG Oldenburg, 05. Zivilsenat  
**Typ, AZ:** Urteil, 5 U 103/11  
**Datum:** 22.06.2011  
**Sachgebiet:** Kein Sachgebiet eingetragen  
**Normen:** Keine Normen eingetragen  
**Leitsatz:** Kein Leitsatz eingetragen

---

**Volltext:** OBERLANDESGERICHT OLDENBURG

Im Namen des Volkes  
Urteil

5 U 103/11  
9 O 3717/10 Landgericht Oldenburg verkündet am 22. Juni 2011

..., Justizangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

EWE ENERGIE AG, vertreten durch den Vorstand, Tirpitzstraße 39, 26122 Oldenburg,  
Beklagte und Berufungsklägerin,  
Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte ...

gegen

J... M...C..., ...  
Kläger und Berufungsbeklagter,  
Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt ...

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter  
am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht  
... und die Richterin am Landgericht ... auf die mündliche Verhandlung vom 22.06.2011 für  
Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 14.04.2011 verkündete Urteil der 9.  
Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg, unter Zurückweisung des Rechtsmittels im  
Übrigen, geändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 5.355,21 € nebst Zinsen in Höhe  
von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.01.2011 zu zahlen. Die weiter  
gehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 40 % und die Beklagte zu 60 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

A.

Der Kläger, ein Landwirt, verlangt von der Beklagten die Rückzahlung von ihm geleisteter Entgelte für Gaslieferungen im Zeitraum vom 01.04.2008 bis 30.06.2009, soweit diese auf Gaspreiserhöhungen in dieser Zeit beruhen.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten lieferte dem Kläger seit 1992 bis zum Herbst 2010 Erdgas. Für die Verträge mit den Endnummern ..., ... und ... galt ursprünglich der Tarif Sondervereinbarung S I.

Zum 26.10.2006 trat die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (GasGVV) in Kraft, deren §§ 5 Abs. 2 und 20 Abs. 1 lauten:

#### § 5 Art der Versorgung

(2) Änderungen der Allgemeinen Preise und der ergänzenden Bedingungen wer den jeweils zum Monatsbeginn und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam, die mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung erfolgen muss. Der Grundversorger ist verpflichtet, zu den beabsichtigten Änderungen zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen.

#### § 20 Kündigung

(1) Der Grundversorgungsvertrag kann mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Bei einem Umzug ist der Kunde berechtigt, den Vertrag mit zweiwöchiger Frist auf das Ende eines Kalendermonats zu kündigen...

Zur Umsetzung wurden in die AGB der Beklagten für die „Lieferung von Energie durch EWE AG außerhalb der Grundversorgung“ folgende Regelungen aufgenommen:

#### 1. Vertragsgrundlage für die Energielieferung

Die Lieferung von Erdgas erfolgt auf der Grundlage der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2396)...

#### 3. Vertragslaufzeit und Kündigung

...Der Erdgaslieferungsvertrag hat eine Laufzeit von sechs Monaten gerechnet ab Lieferungsbeginn. Er verlängert sich automatisch jeweils um weitere sechs Monate, wenn er nicht von einer Vertragspartei gekündigt wird. Es gilt eine Kündigungsfrist von einem Monat zum Ende des jeweiligen Ablaufs.

#### 4. Preisänderung

Der Erdgaspreis ändert sich, wenn eine Änderung der Preise der EWE AG für die Grundversorgung eintritt. es ändert sich der Arbeitspreis um den gleichen Betrag in Cent/kWh, der Grundpreis um den gleichen Betrag in Euro/a. Die Preisänderung wird zu dem in der öffentlichen Bekanntgabe über die Änderung der Erdgaspreise genannten Zeitpunkt wirksam....

Im Falle einer Preisänderung hat der Kunde ein Sonderkündigungsrecht. Der Kunde ist berechtigt, das Vertragsverhältnis mit zweiwöchiger Frist zum Wirksamwerden der

Preisänderung zu kündigen.

Ab dem 01.01.2007 verwendete die Rechtsvorgängerin der Beklagten diese AGB für Neukunden. Der bisher Sondervereinbarung S I genannte Tarif wurde in EWE ErdgasClassic umbenannt, der Sondervereinbarung S II genannte in EWE ErdgasBusiness.

Für Bestandskunden, wie den Kläger, wurden die Verträge zum 01.04.2007 umgestellt. Zu den Verträgen ... und ... wurde der Kläger anschließend durchgängig im Tarif EWE ErdgasClassic beliefert. Zum Vertrag ... wurde der Kläger bis zum 10.10.2008 im Tarif EWE ErdgasClassic und ab dem 11.10.2008 im Tarif EWE ErdgasBusiness beliefert. Der Tarifwechsel erfolgte ohne Absprache zwischen den Parteien automatisch durch die Beklagte je nach Abnahmemenge.

Im Laufe der Jahre erhöhte und senkte die Beklagte mehrfach den „Arbeitspreis“, d.h. das Entgelt pro Kilowattstunde. Der Preis im Tarif EWE ErdgasBusiness betrug netto

bis zum 31.03.2007 4,21 ct/kWh  
ab dem 01.04.2007 3,81 ct/kWh  
ab dem 01.04.2008 4,31 ct/kWh  
ab dem 01.08.2008 5,11 ct/kWh  
ab dem 01.02.2009 4,81 ct/kWh  
ab dem 01.04.2009 4,11 ct/kWh  
ab dem 01.07.2009 3,51 ct/kWh.

Derjenige im Tarif Sondervereinbarung S I bzw. EWE ErdgasClassic lag netto jeweils um 0,30 ct/kWh höher.

Die auf den Erhöhungen basierenden Jahresabrechnungen der Rechtsvorgängerin der Beklagten hat der Kläger vollständig ausgeglichen. Preiserhöhungen und den darauf beruhenden Jahresabrechnungen hat er zu keinem Zeitpunkt widersprochen.

Der Kläger hat von der Beklagten die Rückzahlung der geleisteten Beträge verlangt, soweit diese in der Zeit vom 01.04.2008 bis 30.06.2009 Arbeitspreise in Rechnung gestellt hat, die den am 01.04.2007 geltenden von 3,81 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasBusiness bzw. 4,11 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasClassic überstiegen. Er hat nicht bezweifelt, dass die Preisänderungen nach billigem Ermessen i.S.d. § 315 BGB erfolgt sind, aber unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes VIII ZR 246/08 vom 14.07.2010 die Auffassung vertreten, dass der Rechtsvorgängerin der Beklagten wegen Unwirksamkeit der in den neuen AGB verwendeten Preisänderungsklausel kein Preisanpassungsrecht zugestanden habe.

Der Kläger hat beantragt,  
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.819,33 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.01.2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, die zitierte Entscheidung des BGH sei auf den zu

entscheidenden Fall nicht übertragbar. Während sich der BGH in jener Entscheidung mit der Zulässigkeit von Preisanpassungsklauseln gegenüber Privatverbrauchern befasst habe, handele es sich beim Kläger um einen Landwirt, der das Gas in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit bezogen habe, mithin um einen Unternehmer i.S.v. § 14 BGB. Als solcher sei der Kläger geschäftserfahren im Allgemeinen sowie im Hinblick auf den Energiebezug und deshalb weniger schutzwürdig.

Aber auch wenn man die Unwirksamkeit der in den neuen AGB verwendeten Preisänderungsklausel unterstelle, bestehe kein Rückforderungsanspruch des Klägers. Ihr Preisanpassungsrecht nach § 315 BGB ergebe sich dann aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Eine solche sei geboten, weil die durch den Wegfall der unwirksamen Preisanpassungsklausel entstandene Lücke sich nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lasse und dies zu einem Ergebnis führe, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trage. Würde man sie für verpflichtet halten, den Kläger zum letzten wirksam vereinbarten Preis weiter zu beliefern, so würde hierdurch das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschoben, weil dieser Preis für den relevanten Zeitraum - vom Kläger unbestritten - unter ihren Gestehungskosten gelegen habe. Die Gleichbehandlungszusage habe sich erkennbar nur auf die Billigkeit der Preishöhe bezogen, nicht aber auf die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel. Falls man eine ergänzende Vertragsauslegung nicht für zulässig ansehen wollte, sei von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages nach § 306 Abs. 3 BGB auszugehen. Es liege dann aufgrund der Entnahme von Erdgas ein faktischer Vertrag vor, auf den ebenfalls § 315 BGB anzuwenden sei.

Gehe man von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages aus, lehne ein Preisanpassungsrecht aber ab, so werde hilfsweise die Aufrechnung mit Rückforderungsansprüchen nach § 818 Abs. 1 und 2 BGB erklärt. Äußerst hilfsweise berufe sie sich nach § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben und zur Begründung ausgeführt:

Die Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in den seit dem 01.04.2007 geltenden AGB sei auch auf Unternehmer übertragbar.

Für eine ergänzende Vertragsauslegung sei kein Raum. Zwar handele es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis. Auch habe der Kläger über einen längeren Zeitraum Preiserhöhungen nie widersprochen. Hierauf könne sich die Beklagte wegen der von ihr abgegebenen Gleichbehandlungszusage aber nicht berufen. Zwar habe sich diese nur auf die Frage bezogen, ob die Erhöhung der Billigkeit entsprochen habe und nicht auf die Frage der Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel. Dies ändere aber nichts daran, dass die Kunden hierdurch von einem Widerspruch abgehalten worden seien.

Da kein Rechtsgrund für die Preiserhöhungen der Beklagten ab dem 01.04.2008 bestanden habe, habe diese den zuviel gezahlten Betrag zu erstatten. Die unwirksame Preisanpassungsklausel beruhe auf der Änderung der AGB ab dem 01.04.2007. Ebenfalls ab dem 01.04.2007 habe die Beklagte den Arbeitspreis im Tarif EWE Classic von 4,51 auf 4,11 ct/kWh und im Tarif EWE Business von 4,21 auf 3,81 ct/kWh gesenkt. Diese Preissenkung sei aber noch nicht auf der Grundlage der neuen unwirksamen AGB, sondern auf der Grundlage der bis zum 31.03.2007 geltenden wirksamen AGB erfolgt. Der Arbeitspreis vom 01.04.2007 stelle daher den Basispreis dar, von dem aus die Überzahlungen zu berechnen seien.

Gegenansprüche der Beklagten bestünden nicht. Diese könne sich auch nicht auf Entreicherung berufen.

Gegen diese Entscheidung hat die Beklagte frist und formgerecht Berufung eingelegt, mit der sie unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin Klagabweisung

begehrt.

Hilfsweise vertritt sie die Auffassung, dass ein dem Kläger möglicherweise zustehender Rückzahlungsanspruch auf die Differenz zwischen den geleisteten Zahlungen und dem letzten aufgrund einer wirksamen Preisanpassungsklausel festgesetzten Preis zu begrenzen sei. Dies seien die bis zum 31.03.2007 geltenden Arbeitspreise von netto 4,51 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasClassic und von 4,21 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasBusiness. Die ab dem 01.04.2007 auf 4,11 bzw. 3,81 ct/kWh gesenkten Arbeitspreise beruhten bereits auf der unwirksamen Preisanpassungsklausel der ebenfalls am 01.04.2007 in Kraft getretenen neuen AGB.

Der Kläger verstoße gegen Treu und Glauben, wenn er sich einerseits auf die Unwirksamkeit späterer Preiserhöhungen berufe, andererseits aber die auf denselben AGB beruhenden Preissenkungen als wirksam behandelt haben wolle.

Der Kläger rügt die Zuständigkeit des erkennenden Senats und verteidigt im Übrigen das angefochtene Urteil.

B.

I. Der Senat ist sachlich zuständig. Die Auffassung des Klägers, durch die Entscheidung des Präsidiums des Oberlandesgerichts, dem Senat im Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2011 die Sonderzuständigkeit für Streitigkeiten aus Energielieferungsverträgen zuzuweisen, sei ein nach § 16 GVG unstatthafes Ausnahmegericht geschaffen worden, ist unzutreffend. Zwar kann auch ein einzelner Spruchkörper ein Ausnahmegericht darstellen, wenn ihm durch Geschäftsverteilung ein Einzelfall oder eine Gruppe von Einzelfällen zugewiesen wird. Die Schaffung von Spezialspruchkörpern ist aber stets zulässig, wenn sich ihre Zuständigkeit nach abstrakten Merkmalen auf Grund einer bestimmten Materie bestimmt, hier Energielieferungssachen. Dass die Beklagte als für große Teile des OLGBezirks zuständiger Grundversorger in der überwiegenden Zahl der Fälle als Partei beteiligt ist und wahrscheinlich auch in Zukunft sein wird, steht dem nicht entgegen.

II Die Berufung der Beklagten ist zulässig und teilweise begründet.

Die Preiserhöhungen vom 01.04.2008 und 01.08.2008 entbehrten einer vertraglichen Grundlage. Der Kläger hat deshalb in der Zeit vom 01.04.2008 bis zum 31.03.2009 seine Zahlungen teilweise ohne Rechtsgrund erbracht und kann die Differenz nach § 812 Abs. 1 BGB zurück verlangen.

1. Ein Rechtsgrund ergibt sich nicht aus den ab dem 01.04.2007 verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, denn die darin enthaltene Preisanpassungsklausel ist nach dem Urteil des BGH vom 14.07.2010 (VIII ZR 246/08) wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam, weil sich bei kundenfeindlichster Auslegung aus der Klausel nicht hinreichend deutlich ergibt, dass Preisänderungen auch bei Normsonderverträgen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegen, und zudem unklar ist, ob die Bekanntgabe und Mitteilungspflichten der Beklagten nach § 5 Abs. 2 GasGVV auch für Normsonderkunden gelten.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes betraf zwar Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Zutreffend hat das Landgericht aber die Auffassung vertreten, dass diese Entscheidung auch auf den Kläger zu übertragen ist, bei dem es sich nicht um einen Verbraucher, sondern - weil er das Erdgas als Landwirt in Ausübung dieser Tätigkeit bezogen hat - um einen Unternehmer i.S.d. § 14 BGB handelt. Irgendeinen Anhaltspunkt dafür, dass

Landwirte, Freiberufler oder vergleichbare mittelständische Unternehmer, gleich welcher Rechtsform sie sich bei ihrer Tätigkeit bedienen, weniger schutzbedürftig sein könnten, vermag der Senat angesichts der komplexen energierechtlichen Spezialmaterie nicht zu erkennen.

2. Ein Rechtsgrund ergibt sich auch nicht aus einem faktischen Vertrag. Dies würde voraussetzen, dass der ab dem 01.04.2007 geltende Gasversorgungsvertrag wegen Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel nach § 306 Abs. 3 BGB insgesamt unwirksam wäre, weil der Beklagten ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar wäre. Das ist bei der insoweit gebotenen isolierten Betrachtung des Individualvertrages nicht der Fall, zumal in dem für die Beurteilung entscheidenden Zeitpunkt der Geltendmachung konkreter Ansprüche aus dem Vertrag (BGHZ 130, 115) dieser bereits beendet war, so dass für die Zukunft keine weiteren Schäden drohten.

3. Schließlich ergibt sich ein Rechtsgrund im zu entscheidenden Fall auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung.

a. Allerdings besteht bei Gaslieferungsverträgen als langfristigen auf Leistungsaustausch gerichteten Vertragsverhältnissen nach der vom Senat geteilten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ein anerkennenswertes Bedürfnis, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. Hierzu bietet sich die seit Jahrzehnten übliche Verwendung von Preisanpassungsklauseln an. Diese dienen dazu, einerseits dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher, ihn belastender Kostensteigerungen zu sichern, und andererseits den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (VIII ZR 138/07 vom 19.11.2008 Rn. 30 = BGHZ 178, 362. VIII ZR 36/06 vom 13.06.2007 Rn. 22 = BGHZ 172, 315. VIII ZR 25/06 vom 13.12.2006 Rn. 20 = NJW 2007, 1054. VIII ZR 297/88 vom 12.07.1989 Rn. 12 = NJW 1990, 115. so für InternetProvider auch III ZR 63/07 vom 11.10.2007 Rn. 19 = NJWR 2008, 134).

Stellt sich im Nachhinein heraus, dass eine Vertragsklausel wegen Verstoßes gegen AGBRecht, hier § 307 BGB, unwirksam oder nicht wirksam vereinbart worden ist, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und sein Inhalt richtet sich gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Fehlt es, wie hier, an materiellrechtlichen gesetzlichen Regelungen zur Schließung dieser planwidrigen Lücke und führte dies zu einem Ergebnis, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt, käme eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht. Denn es wäre unbillig und widerspräche der Zielsetzung des AGBRechts, dem Kunden auf diese Weise einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn zu verschaffen (VIII ZR 54/83 vom 01.02.1984 Rn. 24 = BGHZ 90, 69 . IX ZR 289/96 vom 13.11.1997 Rn. 11 = BGHZ 137, 153. V ZR 26/01 vom 22.02.2002 Rn. 11 = NJWR 2002, 1136).

Nach den - vom Kläger nicht bestrittenen - Darlegungen der Beklagten konnte sie im relevanten Zeitraum durch den zuvor verlangten Preis von 4,11 bzw. 3,81 ct/kWh nicht einmal ihre Gestehungskosten decken, geschweige denn einen Gewinn erzielen. Nach Auffassung des Senats kann nicht ernstlich zweifelhaft sein, dass hierin eine völlig einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges zugunsten des Kunden läge, so dass Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung wäre. Zu fragen wäre dann, was die Parteien nach angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben und unter

Berücksichtigung der Verkehrssitte als redliche Vertragspartner vereinbart hätten (XI ZR 197/09 vom 13.04.2010 Rn. 18 = BGHZ 185, 166), wenn sie am 01.04.2007 die planwidrige Lücke im Vertragswerk erkannt hätten. Bei unwirksamen Bestimmungen in AGB hat die ergänzende Vertragsauslegung solcher Bestimmungen nach einem objektivgeneralisierenden Maßstab zu erfolgen, der am Willen und Interesse der typischerweise beteiligten Verkehrskreise (und nicht nur an den konkret beteiligten Parteien) ausgerichtet sein muss. Insbesondere bei Massenverträgen ist die Ergänzung auf einer höheren Abstraktionsebene und damit ohne Rücksicht auf Anhaltspunkte für eine bestimmte Lösungsvariante vorzunehmen. Die Vertragsergänzung muss deshalb für den betreffenden Vertragstyp als allgemeine Lösung eines stets wiederkehrenden Interessengegensatzes angemessen sein (V ZR 162/03 vom 12.10.2005 Rn 47 = BGHZ 164, 297. VII ZR 56/04 vom 14.04.2005 Rn. 15 = NJWRR 2005, 1040. XI ZR 197/09 vom 13.04.2010 Rn. 18 = BGHZ 185, 166). Sie scheitert, anders als bei Verträgen zwischen einzelnen Personen, auch nicht daran, dass - was hier seinerzeit ohnehin nicht der Fall war - mehrere Möglichkeiten zur Ausfüllung der Regelungslücke in Betracht kommen (V ZR 162/03 vom 12.10.2005 Rn 47 = BGHZ 164, 297 unter Verweis auf VIII ZR 54/83 vom 01.02.1984 = BGHZ 90, 69). Ergebnis einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung wäre die Vereinbarung eines einseitigen Preisanpassungsrechts des Versorgers, das der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegt.

b. Nach neuerdings ständiger Rechtsprechung des VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes ist der Versorger allerdings bei unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Gaslieferungsverträgen zunächst darauf zu verweisen, das ihm vertraglich zustehende Kündigungsrecht wahrzunehmen. Wenn er dann bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibe, führe das nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis und eine ergänzende Vertragsauslegung komme deshalb nicht in Betracht (ständig seit VIII ZR 274/06 vom 17.12.2008 Rn. 26 = BGHZ 179, 186). Ein Anlass zur Kündigung sei in der Einlegung eines Widerspruchs gegen eine Preiserhöhung oder in der Erhebung einer Klage zu sehen. Mache der Kunde auf diese Weise deutlich, dass er mit weiteren Preiserhöhungen nicht einverstanden sei, bestehe für den Versorger Anlass, auch eine Kündigung des mit dem Kunden bestehenden Vertrages „etwa mit dem Ziel der Rückkehr in ein Tarifkundenverhältnis in Betracht zu ziehen, um auf diese Weise einer unbefriedigenden Erlössituation zu begegnen.“ (VIII ZR 246/08 vom 14.07.2010 = BGHZ 186, 180 Rn. 51 und VIII ZR 295/09 vom 09.02.2011 Rn. 39).

Eine solche Sichtweise erscheint nicht selbstverständlich. Es leuchtet nicht unmittelbar ein, warum der Versorger einem Kunden, der gegen eine Preiserhöhung Widerspruch einlegt, kündigen sollte. Hieran mag noch zu denken sein, wenn der Kunde gleichzeitig Teile der geforderten Beträge einbehält. Für diese Fälle hatte das Bundeskartellamt in Abstimmung mit den Landeskartellbehörden allerdings bereits im Jahre 2006 bekannt gegeben, dass man „die um sich greifende Praxis mancher Energieunternehmen, in dieser Situation günstige Sonderverträge mit Verbrauchern zu kündigen und den Kunden in den teureren Grundversorgungstarif herabzustufen“ als Verstoß „gegen das kartellrechtliche Verbot ausbeutender Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen“ ansehe, und kartellrechtliche Verfahren angedroht. Auch wenn man den Standpunkt des Bundeskartellamtes für falsch hielte, wäre es einem Versorger kaum zuzumuten, dieses Risiko in Kauf zu nehmen und sich damit in der Öffentlichkeit dem Vorwurf ausbeuterischer Geschäftsmethoden auszusetzen. Dieser Konflikt verstärkt sich noch, wenn der Kunde – wie in vielen Fällen – zwar Widerspruch einlegt, dessen ungeachtet die festgesetzten Abschläge aber weiter zahlt. Abgesehen davon, dass ein Kunde, dem es nicht um einen Anbieterwechsel, sondern nur um eine Klärung der Vertragsgrundlagen

und mehr Transparenz geht, eine Kündigung zu Recht als äußerst befremdliche Reaktion ansehen würde, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass bis vor kurzem auf dem Gasmarkt ein rechtliches und nachwirkend zumindest für einige Zeit ein faktisches Monopol bestanden hat. Die vom BGH empfohlene Kündigung mit der automatischen Folge, dass der Kunde beim selben Versorger in den teureren Grundtarif eingestuft würde, hätte als „Bestrafung unbotmäßiger Kunden“ unzweifelhaft zu einem verheerenden Echo in der Öffentlichkeit geführt.

Aus Gründen der Rechtssicherheit geht der Senat für den zu entscheidenden Fall gleichwohl vom Standpunkt des VIII. Zivilsenats des BGH aus. Danach ist geklärt, dass es im jeweiligen Einzelfall nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis führt, wenn der Versorger vom Zeitpunkt des Widerspruchs oder der Klageerhebung an bis zum Ende der laufenden Kündigungsfrist an den letzten wirksam vereinbarten Preis gebunden bleibt, und auch darüber hinaus, wenn er die Kündigung unterlässt. Ungeklärt ist hingegen bislang die im vorliegenden Fall entscheidende Frage, ob und unter welchen Umständen eine ergänzende Vertragsauslegung möglich ist, wenn Ansprüche aus einem Zeitraum geltend gemacht werden, der vor dem durch den Kunden per Widerspruch oder Klage gegebenen Anlass zur Kündigung liegt. Hier ist die Klage erst am 29.12.2010 anhängig geworden, und damit zu einem Zeitpunkt, als der Vertrag bereits beendet war. Geltend gemacht werden ausschließlich Rückforderungen für die Zeit vor Klageerhebung, nämlich für den Zeitraum vom 01.04.2008 bis zum 30.06.2009.

Dem in der Entscheidung VIII ZR 246/08 vom 14.07.2010 Rn. 52 enthaltenen obiter dictum ist zu entnehmen, dass der BGH seinerzeit die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung erwogen hat für den Fall eines langjährigen Gasversorgungsverhältnisses, bei dem der Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des Senats sämtlich erfüllt.

Gleichwohl steht der Beklagten kein durch ergänzende Vertragsauslegung einbezogenes Preisanpassungsrecht zu, denn sie kann sich wegen ihres im Kundenbrief von Februar 2006 abgegebenen 'Gleichbehandlungsversprechens' gegenüber dem Kläger nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, dass er Preiserhöhungen und darauf beruhenden Jahresabrechnungen über längere Zeit nicht widersprochen hat. In diesem Schreiben heißt es u.a.:

„Beschweren oder nicht?

Viele Kunden haben sich bei EWE über die letzte Preiserhöhung beschwert. Das ist verständlich und Ihr gutes Recht. Unabhängig davon lautet unser klares Versprechen an alle EWEKunden: Sollte das Bundeskartellamt oder die höchstrichterliche Rechtsprechung EWE wegen überhöhter Preise zur Zurücknahme der Preiserhöhung zwingen, so werden wir natürlich alle Kunden gleich behandeln – egal, ob sie Beschwerde eingereicht haben oder nicht.“

Zwar erscheint es dem Senat eindeutig, dass sich dieses Versprechen nur auf den Fall bezieht, dass Preiserhöhungen wegen 'überhöhter Preise' aufgrund vom Bundeskartellamt oder vom Bundesgerichtshof festgestellten Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder Unbilligkeit der Preisfestsetzung im Sinne von § 315 BGB zurückgenommen werden müssen, nicht hingegen auf den Fall der formalen Unwirksamkeit einer ein Jahr später verwendeten Preisanpassungsklausel. Aus dem Empfängerhorizont des Klägers, der weder über juristische Spezialkenntnisse verfügt noch

in die Entscheidungsprozesse der Gremien der Beklagten eingebunden ist, stellte sich die Sache bisher jedoch anders dar. Von ihm konnte nicht erwartet werden, dass er juristisch feinsinnig zwischen der Unwirksamkeit einer Preiserhöhung wegen überhöhter Preise einerseits und wegen Intransparenz der Klausel nach § 307 BGB andererseits unterscheidet.

4.a. Hat die Berufung der Beklagten somit dem Grunde nach keinen Erfolg, so ist sie doch zur Höhe teilweise begründet. Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass es dem Kläger nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich im Wege der 'Rosinenpickerei' hinsichtlich der Preiserhöhungen auf Unwirksamkeit zu berufen, die Preissenkungen aber als wirksam hinzunehmen. Berufet sich der Kläger auf die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel, so muss er sich deren Unwirksamkeit vielmehr insgesamt entgegenhalten lassen. Er kann deshalb nur die Rückzahlung der Differenz zwischen dem während der Geltung der neuen unwirksamen Preisanpassungsklausel gezahlten höheren Preis und dem letzten vor Inkrafttreten der neuen unwirksamen Preisanpassungsklausel wirksam gewordenen Preis verlangen. Dies waren die ab 01.11.2006 geltenden Arbeitspreise von 4,51 ct/kWh im Tarif Sondervereinbarung S I bzw. 4,21 ct/kWh im Tarif Sondervereinbarung S II.

Vertragliche Grundlage für das Wirksamwerden der folgenden Preisanpassung am 01.04.2007 auf 4,11 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasClassic bzw. 3,81 ct/kWh im Tarif EWE ErdgasBusiness waren bereits die für Bestandskunden zum gleichen Zeitpunkt und für Neukunden schon zum 01.01.2007 in Kraft getretenen neuen AGB. Dementsprechend waren zuvor auch bereits die erstmals aus § 1 der neuen AGB i.V.m § 5 Abs. 2 GasGVV folgenden Bekanntmachungs und Mitteilungspflichten eingehalten worden.

b. Auf der Grundlage eines Basispreises von 4,51 bzw. 4,21 ct/kWh ergibt sich folgende Überzahlung des Klägers:

Vertrag Nr. ... - EWE ErdgasClassic

Im Zeitraum vom 01.04.2008 bis zum 31.07.2008 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 4,61 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,1 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 40.260 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 40,26 €. Im Zeitraum vom 01.08.2008 bis zum 31.01.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 5,41 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,9 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 117.918 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 1.061,26 €.

Im Zeitraum vom 01.02.2009 bis zum 31.03.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 5,11 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,6 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 57.529 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 345,17 €. Insgesamt beträgt der Rückzahlungsanspruch des Klägers für die vorgenannten Zeiträume mithin 1.446,69 € netto. Zuzüglich 19 % MWSt von 274,87 € ergeben sich 1.721,56 €.

Vertrag Nr. ... - EWE ErdgasClassic

Im Zeitraum vom 01.04.2008 bis zum 31.07.2008 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 4,61 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,1 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 12.522 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 12,52 €. Im Zeitraum vom 01.08.2008 bis zum 31.01.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 5,41 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,9 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 38.175 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 343,58 €.

Im Zeitraum vom 01.02.2009 bis zum 31.03.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis von netto 5,11 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,6 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 18.747 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 112,48 €. Insgesamt beträgt der Rückzahlungsanspruch des Klägers für die vorgenannten Zeiträume mithin 468,58 € netto. Zuzüglich 19 % MWSt von 89,03 € ergeben sich 557,61 €.

Vertrag Nr. ... - EWE ErdgasClassic/EWE ErdgasBusiness

Im Zeitraum vom 01.04.2008 bis zum 31.07.2008 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis im Tarif EWE ErdgasClassic von netto 4,61 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,1 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 52.645 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 52,65 €.

Im Zeitraum vom 01.08.2008 bis zum 10.10.2008 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis im Tarif EWE ErdgasClassic von netto 5,41 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,9 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 21.497 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 193,47 €.

Im Zeitraum vom 11.10.2008 bis zum 31.01.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis im Tarif EWE ErdgasBusiness von netto 5,11 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,9 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 188.587 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 1.697,28 €.

Im Zeitraum vom 01.02.2009 bis zum 31.03.2009 wurde dem Kläger ein Arbeitspreis im Tarif EWE ErdgasBusiness von netto 4,81 ct/kWh in Rechnung gestellt. Die Differenz zum Basispreis betrug mithin 0,6 ct/kWh. Bei einem Verbrauch von 106.919 kWh ergibt sich eine Überzahlung von 641,51 €.

Insgesamt beträgt der Rückzahlungsanspruch des Klägers für die vorgenannten Zeiträume mithin 2.584,91 € netto. Zuzüglich 19 % MWSt von 491,13 € ergeben sich 3.076,04 €.

Der Rückzahlungsanspruch für die drei Verträge beläuft sich auf 5.355,21 €.

5. Gegenüber diesem Anspruch kann sich die Beklagte nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB auf Entreicherung berufen, weil sie als Verwenderin der unwirksamen Preisanpassungsklausel das infolge hoher Bezugskosten bestehende Entreicherungsrisiko zu tragen hat.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. diejenigen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

D.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache besitzt keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Ebenso wenig erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

... ..