

Geschäftsnummer:  
U 781/08.Kart  
4 HK.O 9/07  
LG Koblenz

Verkündet  
am 12.02.2009  
Wetzlar, Justizsekretärin  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

**OBERLANDESGERICHT**

KOBLENZ

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

P... S...,

Beklagter, Widerkläger und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigte:           Rechtsanwälte

g e g e n

E... GmbH,

Klägerin, Widerbeklagte und Berufungsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte:           Rechtsanwälte

Der Kartellsenat des Oberlandesgerichts Koblenz hat durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Sartor, den Richter am Oberlandesgericht Ritter und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Metzger

auf die mündliche Verhandlung vom 22.01.2009

für R e c h t erkannt:

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das am 27.05.2008 verkündete Teilurteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

a. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 261,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 29,- € seit dem 02.02.2006, 02.03.2006, 03.04.2006, 02.05.2006, 02.06.2006, 03.07.2006, 02.08.2006, 02.09.2006 und 04.10.2006 zu zahlen.

b. Auf die Widerklage wird festgestellt,

(1) dass die von der Klägerin in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag zum 01.01.2006, 01.05.2006 und 15.10.2006 vorgenommenen Preisbestimmungen der Gastarife unwirksam sind;

(2) dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresabrechnung der Klägerin vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 187,- € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind;

(3) dass die Jahresendabrechnung der Klägerin vom 16.11.2006 bezogen auf den Erdgasverbrauch im Zeitraum vom 23.09.2005 bis 25.09.2006 unwirksam ist.

c. Die Widerklage wird abgewiesen, soweit der Beklagte verlangt, festzustellen,

(1) dass die von der Klägerin in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag zum 11.10.2002, 01.01.2003, 01.07.2003, 11.10.2003, 01.01.2004, 01.12.2004 und 01.07.2005 vorgenommenen Preisbestimmungen der Gastarife unbillig und unwirksam sind;

(2) dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004 und 18.11.2005 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen von 01.01.2002 bis 22.09.2005 unbillig und unwirksam sind;

(3) dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005 und 16.11.2006 bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen 11.10.2002 bis 25.09.2006 unbillig und unwirksam sind;

(4) dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresendabrechnung vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 29,- € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

2. Die Sache wird unter Aufhebung des am 27.05.2008 verkündeten Teilurteils der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, soweit der Widerklageantrag zurückgewiesen worden ist, festzustellen,

dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresendabrechnung vom 19.11.2007 in Höhe von jeweils 30,- € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

3. Die weitergehende Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.

4. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten.

5. Das Urteil ist in Bezug auf Ziff. 1. a. des Tenors vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

6. Die Revision wird zugelassen.

## G r ü n d e :

### I.

Die Klägerin versorgt Endverbraucher im Bereich der Stadt K... mit Erdgas. Die

Wasserversorgung obliegt der V... GmbH; in deren Auftrag und Rechnung hat die Klägerin die Betriebsführung übernommen. Der Beklagte ist seit mehr als 10 Jahren Wasser- und Gaskunde der Klägerin für sein Anwesen in V.... Das Gas bezieht er aufgrund eines Gasvollversorgungs-Sondervertrages (Bl. 283 ff. GA) vom Oktober 1996 nach dem Tarif „E.-Komfort“. In dem Vertrag heißt es unter § 2: „Die... Gaspreise ändern sich, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise für Gas eintritt.“ § 5 des Vertrages lautet: „Soweit in diesem Sondervertrag nichts anderes vereinbart wird, gelten die jeweils gültige ‚Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden‘ (AVBGasV) und die Anlagen hierzu...“. Hinsichtlich des Wasserbezuges haben die Parteien besondere Vereinbarungen nicht ausdrücklich getroffen.

Die Klägerin setzte während der Bezugsdauer des Beklagten den Arbeitspreis für Erdgas wiederholt neu fest, und zwar in der streitgegenständlichen Zeit seit Oktober 2002 jeweils 2-3x jährlich. Der Arbeitspreis für Wasser wurde zum 01.01.2001 von 1,41 €/cbm auf 1,35 €/cbm abgesenkt, dann erst wieder zum 01.01.2007 auf 1,45 €/cbm erhöht. Jährlich im November eines Jahres rechnete die Klägerin getrennt über den Gas- und Wasserverbrauch der verstrichenen 12 Monate ab, wobei sie in den Abrechnungen jeweils die monatlich zu leistenden Abschläge für die kommende Abrechnungsperiode festsetzte. Diese Abrechnungen, bis einschließlich derjenigen vom 18.11.2005 (für Wasser: Bl. 18, 123 f. GA; für Gas: Bl. 114, 125 GA), ließ der Beklagte zunächst jeweils unbeanstandet; soweit die Klägerin Nachzahlungsbeträge errechnet hatte, ließ er diese von seinem Konto abbuchen, wie auch die Vorauszahlungen bis einschließlich denjenigen vom 01.01.2006.

Mit Schreiben vom 11.01.2006 rügte der Beklagte erstmals die Unbilligkeit der Gas- und Wasserpreise. Seither leistet er jedenfalls für Wasser keine Abschläge oder Nachzahlungen mehr. Die Klägerin macht mit ihrer Klage die festgesetzten Abschläge für Wasser für die Monate Februar bis Oktober 2006 in Höhe von je 29,- € geltend. Mit seiner Widerklage begehrt der Beklagte die Überprüfung der Preisbestimmungen für Gas seit derjenigen zum 11.10.2002, der Abrechnungen für Gas und Wasser seit denjenigen vom 19.11.2003 sowie der Abschlagszahlungen für Gas und Wasser gemäß Abrechnungen vom 16.11.2006 und 19.11.2007.

Die Klägerin war der Auffassung, der Wasserpreis sei vertraglich vereinbart, eventuelle Einwendungen des Beklagten seien insoweit jedenfalls verwirkt. Im übrigen entsprächen die Wasserpreise der Billigkeit. – Die Gaspreise habe sie aufgrund der vertraglichen Bestimmungen und der AVBGasV erhöhen dürfen. Die einschlägigen Klauseln seien wirksam, zumal diese im Ergebnis den für Tarifkunden geltenden Anpassungsklauseln entsprächen, die jedenfalls im Wege ergänzender Vertragsauslegung anwendbar seien. Die Gaspreise der Klägerin seien marktüblich und billig; bei den Erhöhungen habe sie nur gestiegene Einkaufspreise – und das nur teilweise - weitergegeben.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 261,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 29,- € seit dem 02.02.2006, 02.03.2006, 02.04.2006, 02.05.2006, 02.06.2006, 03.07.2006, 02.08.2006, 02.09.2006 und 04.10.2006 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Widerklagend hat er beantragt,

festzustellen,

1. dass die von der Klägerin in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag zum 11.10.2002, 01.01.2003, 01.07.2003, 11.10.2003, 01.01.2004, 01.12.2004, 01.07.2005, 01.01.2006, 01.05.2006, 15.10.2006, 18.12.2006, 01.01.2007,

05.04.2007, 01.05.2007 und 01.10.2007 vorgenommene Preisbestimmung der Gastarife unbillig und unwirksam ist;

2. dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresabrechnungen der Klägerin vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 187,- € und vom 19.11.2007 in Höhe von jeweils 147,- € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind;

3. dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005, 16.11.2006 und 19.11.2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen von 01.01.2002 bis 04.10.2007 unbillig und unwirksam sind;

4. dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005, 16.11.2006 und 19.11.2007 bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen 11.10.2002 bis 04.10.2007 unbillig und unwirksam sind;

5. dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresabrechnungen vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 29,- € sowie der vom 19.11.2007 in Höhe von jeweils 30,- € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

Die Klägerin hat beantragt,  
die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte hat vorgetragen, sowohl Gas- als auch Wasserpreise unterstünden zeitlich unbeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung, weil die Klägerin in beiden Bereichen – was für die Wasserversorgung unstreitig ist – eine Monopolstellung besitze. Ein Preiserhöhungsrecht stehe der Klägerin nicht zu, die festgesetzten Preise seien unbillig.

Mit Teilurteil vom 27.05.2008 hat das Landgericht Koblenz den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 261,- € nebst Zinsen verurteilt. Die Widerklage hat das Landgericht abgewiesen, soweit der Beklagte beantragt hatte, festzustellen,

1. dass die Festsetzungen der Gaspreise bis einschließlich derjenigen zum 15.10.2006 unbillig und unwirksam sind;

2. dass die Abschlagszahlungen anlässlich der Jahresabrechnung vom 16.11.2006 für Erdgas unbillig und unwirksam sind;

3. dass die Jahresendabrechnungen (Gas) bis einschließlich derjenigen vom 16.11.2006 unbillig und unwirksam sind;

4. dass die Jahresendabrechnungen bis einschließlich derjenigen vom 19.11.2007 unbillig und unwirksam sind;

5. dass die Abschlagszahlungen anlässlich der Jahresabrechnung vom 16.11.2007 sowie vom 19.11.2007 für Wasser unbillig und unwirksam sind.

Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt, die Preisfestsetzung für Wasser sei vorliegend der Billigkeitskontrolle entzogen, weil der Beklagte nach der Preisänderung der Klägerin zum 01.01.2001 – die zudem eine Preissenkung gewesen sei – die vorgelegten Jahresabrechnungen wiederholt akzeptiert habe, ohne sie innerhalb angemessener Zeit zu beanstanden. Dadurch werde der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende Preis zu dem zwischen den Parteien vereinbarten; er sei seither auch nicht verändert worden. – Die Preisfestsetzungen für Gas unterlägen, soweit der Beklagte sie unbeanstandet hingenommen habe, gleichfalls keiner Billigkeitskontrolle. Die Preisbestimmungen zum 01.12.2004 bis 15.10.2006, die auf einem bestehenden Preisbestimmungsrecht nach § 5 des Vertrages i. V. m. § 4 AVBGasV beruhten, entsprächen der Billigkeit, weil die Klägerin damit lediglich ihre gestiegenen Bezugskosten

weitergegeben habe und der Anstieg nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werde.

Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt und hierzu sein erstinstanzliches Vorbringen erweitert und vertieft. Er führt insbesondere seine Auffassung näher aus, der Klägerin stehe für Erdgas ein Recht zur einseitigen Preisbestimmung nicht zu. Ein solches Preisanpassungsrecht sei für das streitige Gasbezugsverhältnis nicht gesetzlich vorgesehen, da die AVBGasV nur für Kunden der Grundversorgung gelte, er aber Sondervertragskunde sei. Auch im Vertrag sei ein Preisanpassungsrecht nicht wirksam vereinbart, weil § 3 unklar sei und die Verweisung in § 5 des Vertrages auf die ABVGasV von vornherein nicht greife, jedenfalls aber unwirksam sei. Auch unter dem Gesichtspunkt ergänzender Vertragsauslegung bestehe kein Preisänderungsrecht. Nehme man gleichwohl ein Preisanpassungsrecht an, so hielten die Preise jedenfalls der Billigkeitskontrolle nicht stand.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts

1. die Klage abzuweisen;
2. festzustellen, dass die von der Klägerin in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag zum 11.10.2002, 01.01.2003, 01.07.2003, 11.10.2003, 01.01.2004, 01.12.2004, 01.07.2005, 01.01.2006, 01.05.2006 und 15.10.2006 vorgenommene Preisbestimmung der Gstarife unbillig und unwirksam ist;
3. festzustellen, dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresabrechnungen der Klägerin vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 187,- € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind;
4. festzustellen, dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005, 16.11.2006 und 19.11.2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen von 01.01.2002 bis 25.09.2006 unbillig und unwirksam sind;
5. festzustellen, dass die Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005, 16.11.2006 und 19.11.2007 bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen 11.10.2002 bis 04.10.2007 unbillig und unwirksam sind;
6. festzustellen, dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresabrechnungen vom 16.11.2006 in Höhe von jeweils 29,- € sowie der vom 19.11.2007 in Höhe von jeweils 30,- € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind;

hilfsweise,

den Rechtsstreit an das Landgericht zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Auch sie erweitert und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie verteidigt insbesondere die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel im Gasversorgungsvertrag und beruft sich hilfsweise auf ein Preisanpassungsrecht unter dem Gesichtspunkt ergänzender Vertragsauslegung. Eine ersatzlose Streichung der vertraglichen Klausel führe zu einer für keine der Parteien angemessenen Lösung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils und die zur Akte gereichten Schriftsätze und Schriftstücke Bezug genommen.

### III. - Wasserbezugspreise

A.

Keinen Erfolg hat die Berufung des Beklagten, soweit er sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 261,- € nebst Zinsen wendet.

1.

Die Klägerin macht die Zahlungen nach dem Wortlaut ihrer im Oktober 2006 eingereichten Klage unter dem Gesichtspunkt monatlicher Abschlagszahlungen geltend. Die Klage ist aber nicht bereits deshalb unschlüssig (geworden), weil im Verlaufe des Rechtsstreits der Abrechnungszeitraum, für den die Abschläge verlangt werden, verstrichen ist und seither Zahlungsansprüche nur noch auf Basis einer erteilten Abrechnung verlangt werden könnten. Ob letzteres der Fall ist, kann dahin stehen. Das Klagebegehren ist dahin gehend auszulegen, dass die Klägerin die in Rede stehenden Beträge zumindest hilfsweise als Teilbeträge der Nachforderung geltend macht, die sie mit der Abrechnung vom 16.11.2006 (Anlage B15, Bl. 126 f. GA) errechnet hat. Denn in dieser Abrechnung sind die zuvor verlangten, unstrittig bis heute offenstehenden Abschlagszahlungen für Februar bis Oktober 2006 zugunsten des Beklagten als gezahlt berücksichtigt.

2.

Der Klägerin steht gegen den Beklagten für Wasserbezug in den Monaten Februar bis Oktober 2006 monatlich 29,- €, insgesamt ein Betrag von 261,- €, zu. Sowohl die Abrechnung vom 18.11. 2005, mit der für die Zeit von 28.09.2004 bis 22.09.2005 monatliche Abschlagszahlungen festgesetzt worden sind, als auch die Jahresendabrechnung vom 16.11.2006 für den Zeitraum von 23.09.2005 bis 25.09.2006 legen einen Arbeitspreis von 1,35 € / cbm zugrunde. Dieser ist nicht zu beanstanden. Zu Recht führt das angefochtene Urteil aus, dass die Wasserpreise in dem hier relevanten Zeitraum nicht (mehr) der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen. Die hiergegen mit der Berufung vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

a. Eine gerichtliche Billigkeitskontrolle in unmittelbarer Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB scheidet aus, weil diese voraussetzt, dass der Preis durch einen der Vertragsschließenden einseitig bestimmt worden ist; der Arbeitspreis, den die Klägerin den vorzitierten Abrechnungen zugrunde gelegt hat, gilt hingegen zwischen den Parteien als vereinbart.

Zwar haben die Parteien hinsichtlich der Wasserversorgung unstrittig zu keinem Zeitpunkt eine ausdrückliche Preisabsprache getroffen. Ein von einem Versorgungsträger für die Inanspruchnahme von Leistungen der Daseinsvorsorge einseitig festgesetzter Tarif wird aber zum vereinbarten Preis, wenn der Kunde die auf dem geänderten Tarif basierende Jahresabrechnung des Versorgers unbeanstandet hinnimmt, indem er weiterhin die in Rede stehende Leistung von ihm bezieht, ohne die Tariffestsetzung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB als unbillig zu beanstanden (BGH, Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 -, BGHZ 172, 315, Tz. 36; Urt. v. 28.03.2007 – VIII ZR 144/06 -, BGHZ 171, 374, Tz. 17). So liegt der Fall hier. Die Klägerin berechnete für den Wasserbezug von 01.01.2001 bis zum 31.12.2006 unverändert einen Arbeitspreis von 1,35 € / cbm. Mehrere auf dieser Basis erstellte Jahresabrechnungen hat der Beklagte vorbehaltlos akzeptiert, darin festgesetzte Nachzahlungen von seinem Konto abbuchen lassen und die für den jeweils angebrochenen Abrechnungszeitraum festgesetzten

Vorauszahlungen geleistet. Dadurch wurde der Arbeitspreis von 1,35 € / cbm zum zwischen den Parteien vereinbarten und ist er einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entzogen.

Der hiergegen gerichtete Einwand des Beklagten, der Verbraucher müsse zunächst die allgemeine Preisentwicklung abwarten können (Bl. 492 GA), geht fehl. Als vereinbart galt der zum 01.01.2001 festgesetzte Preis nicht bereits damit, dass er zur Grundlage von Abschlagszahlungen gemacht wurde, sondern erst mit unbeanstandeter Begleichung von Abrechnungen für vergangene Bezugszeiträume. Die Marktentwicklung in dem Bezugszeitraum, für den eine endgültige Abrechnung erstellt wird, steht aber zum Zeitpunkt der Abrechnung bereits fest; insoweit gab es nichts abzuwarten. Der einmal akzeptierte Preis galt dann allerdings, weil für einen gegenteiligen Willen der Parteien keine Anhaltspunkte vorliegen, auf unbestimmte Zeit als vereinbart. Unter welchen Umständen sich eine der Parteien unter Hinweis auf die allgemeine Marktentwicklung von einer solchen Vereinbarung nachträglich wieder lösen kann, wird in anderem Zusammenhang zu erörtern sein; die Möglichkeit, sich später von einer Preisvereinbarung lösen zu wollen, kann jedenfalls der Annahme einer ausdrücklichen oder konkludenten Preisvereinbarung nicht entgegen stehen.

b. Auch eine Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB, der unter Umständen vereinbarte Preise unterliegen können, ist vorliegend nicht geboten.

aa. Es entspricht zwar ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und einer Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind, auch wenn sie zwischen den Parteien vereinbart wurden oder als vereinbart gelten. Dies gilt bei einer Monopolstellung des Versorgers gleichermaßen wie wenn ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht (BGH, Urt. v. 28.03.2007 – VIII ZR 144/06 -, BGHZ 171, 374, Tz. 17, Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 -, BGHZ 172, 315, Tz. 33). Unstreitig war die Klägerin während des gesamten streitgegenständlichen Zeitraumes im Bereich der Wasserversorgung einzige Anbieterin im Wohnort des Beklagten.

bb. Zu Recht macht die Klägerin jedoch geltend, der Einwand des Beklagten, die Preisbestimmung sei unbillig, sei verwirkt. Die Erhebung der Klage nach § 315 Abs. 3 BGB ist zwar nicht an gesetzliche Fristen gebunden, insbesondere unterliegt das Recht, eine gerichtliche Entscheidung nach § 315 Abs. 3 BGB (in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung dieser Bestimmung) herbeizuführen, nicht der Verjährung. Die Verjährung eines Anspruchs, der von einer gerichtlichen Leistungsbestimmung abhängt, beginnt nicht vor seiner Bestimmung durch Urteil, die durch beide Parteien herbeigeführt werden kann (BGH, Urt. v. 24.11.1995 – V ZR 174/94 -, NJW 1996, 1054, Tz. 30). Der Betroffene kann aber durch illoyale Verzögerung der Klageerhebung sein Klagerecht aus § 315 Abs. 3 Nr. 2 BGB verwirken.

Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Verpflichteten entnehmen durfte, dass dieser sein

Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Urt. v. 06.03.86 – III ZR 195/84 -, BGHZ 97, 212). Als Maßstab dafür, wann die Annahme des Zeitmoments eines Verwirkungstatbestandes frühestens in Betracht kommt, dürfte dabei die regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren heranzuziehen sein; vor ihrem Ablauf kann eine Verwirkung des Klagerechts aus § 315 Abs. 3 BGB nur bei Hinzutreten ganz besonderer Umstände angenommen werden.

Der Beklagte bezog über 10 Jahre lang sein Wasser von der Klägerin, ohne vor dem 11.01.2006 jemals die Höhe der verlangten Preise zu beanstanden. Dabei hatte die Klägerin vor dem nun zur Überprüfung gestellten Arbeitspreis von 1,35 € / cbm sogar einen höheren Arbeitspreis von 1,41 € / cbm berechnet. Wie bereits diesen früheren Preis, hat der Beklagte auch den zum 01.01.2001 abgesenkten Preis für annähernd fünf weitere Jahre (01.01.2001 – 22.09.05) widerspruchslos hingenommen und auf Basis dieses Preises errechnete Nachforderungen und Abschlagszahlungen stets beanstandungslos gezahlt. Die Klägerin konnte infolgedessen darauf vertrauen, dass der Beklagte, der bereits einen Arbeitspreis von 1,41 € / cbm jahrelang hingenommen hatte, den über weitere Jahre widerspruchslos akzeptierten Arbeitspreis von 1,35 € / cbm nicht mehr zur gerichtlichen Überprüfung stellen würde. Dieses Vertrauen der Klägerin ist auch schutzwürdig. Zwar kann sie sich nicht ohne weiteres darauf berufen, sie habe im Vertrauen auf den Bestand des Preises keine Rückstellungen gebildet; dieses Vertrauen wäre bei – unterstellt: - unbilliger Preisfestsetzung nicht schutzwürdig. Schutzwürdiges Vertrauen kann die Klägerin aber daraus herleiten, dass ihr infolge Zeitablaufes der Nachweis der Billigkeit ihrer Preisfestsetzung erschwert ist, weil sie mithin keine Veranlassung sehen musste, die zur Begründung früherer Preisbestimmungen erforderlichen Dokumente und Unterlagen für unbegrenzte Zeit aufzubewahren.

c. Ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, der zum 01.01.2001 festgesetzte und über Jahre hinweg unbeanstandet hingenommene und bezahlte Preis sei mittlerweile unbillig (geworden), weil sich der Tarif der Klägerin und der Marktpreis „auseinanderentwickelt“ hätten, weshalb der Arbeitspreis für den Wasserbezug inzwischen nicht mehr der Billigkeit entspreche. Ob unter diesem Gesichtspunkt ein betragsmäßig vereinbarter oder jahrelang unbeanstandet hingenommener Preis, obwohl er weiterhin in unveränderter Höhe berechnet wird, ab einem gewissen Zeitpunkt wieder einer Billigkeitskontrolle unterstehen kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Voraussetzung hierfür wäre jedenfalls, dass sich die für die Beurteilung der Billigkeit einer Preisbestimmung maßgeblichen Umstände seit dieser Preisbestimmung – im Fall einer Verwirkung des Rechts aus § 315 Abs. 3 BGB: seit der Vollendung des Verwirkungstatbestandes – in relevantem Maße geändert haben. Dies hat der Beklagte nicht schlüssig dargetan. Er verweist lediglich darauf, dass der Wasserpreis der Verbandsgemeindewerke W..., die ihr Trinkwasser ebenfalls von den V... GmbH erhielten, sich im Januar 2006 nur auf 0,80 € / cbm belaufen habe (Bl. 65 GA). Wegen des Einflusses örtlicher Gegebenheiten auf die Kosten der Wasserversorgung kann der Preis eines einzelnen Anbieters ohnehin nur bedingt zum Beleg der Unbilligkeit einer Preisbestimmung herangezogen werden. Vor allem aber ist auch der Wasserpreis der Verbandsgemeinde Weißenthurm nur für einen einzigen Zeitpunkt genannt. Es fehlt jeder Vortrag des Beklagten zur Preisentwicklung, sei es bei dem zum Vergleich herangezogenen Anbieter, sei es zur allgemeinen Entwicklung der Marktpreise, obwohl zumindest allgemein gehaltener Vortrag zur Marktentwicklung dem Beklagten aufgrund veröffentlichter Preisvergleiche möglich sein müsste. Daher sind keine nachträglich eingetretenen Umstände ersichtlich, aufgrund deren in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 313a BGB das verwirkte Recht, die Höhe des Wasserpreises

gerichtlich prüfen zu lassen, trotz unveränderter Höhe dieses Wasserpreises für die Zukunft wiederaufleben würde.

B.

Die Berufung des Beklagten hat gleichfalls keinen Erfolg, soweit er seinen Widerklageantrag weiterverfolgt, festzustellen, dass die Jahresendabrechnungen vom 19.11.2003, 18.11.2004, 18.11.2005 und 16.11.2006 bezogen auf den Wasserverbrauch unbillig und unwirksam sind. Allen genannten Abrechnungen liegt der seit dem 01.01.2001 gültige Arbeitspreis von 1,35 € / cbm zugrunde; wie dieser Preis (oben A.) sind mithin auch die auf seiner Grundlage erstellten Abrechnungen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle entzogen. Das gilt auch für die Abrechnung vom 16.11.2006; insoweit kommt es wegen der Fortgeltung des alten Preises weder darauf an, dass die Abrechnung erst erstellt worden ist, nachdem der Beklagte mit Schreiben vom 11.01.2006 die Wasserpreise als unbillig beanstandet hatte, noch darauf, dass der Abrechnungszeitraum deutlich über den Zeitpunkt der Beanstandung hinausreicht.

C.

Unbegründet ist die Berufung schließlich auch, soweit der Beklagte die in der Abrechnung vom 16.11.2006 festgesetzten Abschlagszahlungen zur gerichtlichen Überprüfung stellt. Zwar hat die Klägerin mit der Abrechnung vom 16.11.2006 die Abschlagszahlungen für die Monate von Dezember 2006 bis November 2007 festgesetzt, und ist zum 01.01.2007 der Arbeitspreis von 1,35 € / cbm auf 1,45 € / cbm erhöht worden. Die Höhe der Abschlagszahlungen orientiert sich indes ersichtlich noch an dem alten Arbeitspreis. Dies ergibt sich aus einem Vergleich der im verstrichenen Abrechnungszeitraum – nach alten Preisen – angefallenen Kosten (322,10 €, das entspricht 26,84 € pro Monat) mit der Höhe des festgesetzten Abschlags (gerundet auf 27,- € pro Monat). Auf der Basis der zum 01.01.2007 neu festgesetzten Preise hätte sich für dieselbe prognostizierte Verbrauchsmenge ein monatlicher Abschlag von 28,83 € errechnet.

D.

Auf die Berufung des Beklagten aufzuheben war das erstinstanzliche Urteil hingegen, soweit das Landgericht auch den Antrag abgewiesen hat, festzustellen, dass die Abrechnung vom 19.11.2007 unbillig und unwirksam ist, und soweit der Beklagte die in der Abrechnung vom 19.11.2007 festgesetzten Abschlagszahlungen zur gerichtlichen Überprüfung gestellt hat.

Der Beklagte hat auf Nachfrage klargestellt, dass der Antrag dahin gehend verstanden werden möge, dass mit den Abrechnungen zugleich die ihnen zugrunde liegenden Preisbestimmungen überprüft werden sollten. Eine gerichtliche Überprüfung begehrt der Beklagte mithin auch für die – vom Landgericht offenbar übersehene - Preisbestimmung zum 01.01.2007, die sowohl der Abrechnung vom 19.11.2007 (soweit sie sich auf den Zeitraum seit 01.01.2007 bezieht) als auch den mit dieser Abrechnung festgesetzten Abschlagszahlungen zugrunde liegt. Zum 01.01.2007 hat die Klägerin für den Wasserbezug den Arbeitspreis von 1,35 € / cbm auf 1,45 € / cbm angehoben. Diese Preiserhöhung unterliegt als einseitige Preisbestimmung der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, die zu beantragen dem Beklagten freisteht, nachdem er die ab 01.01.2007 berechneten höheren Preise zu keinem Zeitpunkt beanstandungsfrei hingenommen hat.

#### IV. - Gasbezugspreise

A.

Hinsichtlich des Gasbezuges verfolgt der Beklagte mit seiner Berufung zunächst seinen Antrag weiter, die Unbilligkeit und Unwirksamkeit der Preisbestimmungen ab 11.10.2002 bis hin zu derjenigen vom 15.10.2006 festzustellen. Die Berufung hat keinen Erfolg, soweit sie sich auf die Preisbestimmungen zum 11.10.2002, 01.01.2003, 01.07.2003, 11.10.2003, 01.01.2004, 01.12.2004 und 01.07.2005 bezieht; insoweit hat das Landgericht die Widerklage zu Recht abgewiesen.

1.

Zu den vorbezeichneten Terminen hat die Klägerin ihre Gaspreise für die Belieferung des Beklagten auf Beträge festgesetzt, die über denjenigen lagen, die ursprünglich im Vertrag vom Oktober 1996 betragsmäßig festgesetzt worden waren. Gleichwohl hängt die Wirksamkeit der Preisbestimmungen zu den Stichtagen von 11.10.2002 bis 01.07.2005 nicht davon ab, ob der Klägerin nach dem zwischen den Parteien geltenden Gasvollversorgungs-Sondervertrag überhaupt ein Preisanpassungsrecht zustand. Denn auch die hier in Rede stehenden Gaspreise gelten, wie der seit dem 01.01.2001 berechnete Wasserpreis (oben A.), als vereinbart.

Unter dem 19.11.2003 und 18.11.2004 rechnete die Klägerin jeweils den Gasbezug des vorangegangenen Abrechnungszeitraumes ab. Jede dieser Abrechnungen nahm der Beklagte beanstandungslos entgegen; er beglich die unter dem 18.11.2004 errechnete Nachzahlung und ließ die Klägerin jeweils nach Erteilung der Abrechnungen die dort zugleich festgesetzten Abschlagszahlungen des neu angelaufenen Abrechnungszeitraumes von seinem Konto abbuchen. Dasselbe gilt für die Abrechnung des Gasverbrauchs vom 18.11.2005, bezogen auf den Abrechnungszeitraum von 28.09.2004 bis 22.09.2005: Wiederum ließ der Beklagte sowohl die Abbuchung der errechneten Nachforderung als auch die Abbuchung der Abschlagszahlungen für Dezember 2005 und Januar 2006 zu.

All dies musste für die Klägerin den Eindruck erwecken (§§ 133, 157 BGB), der Beklagte sei mit den Abrechnungen vom 19.11.2003, 18.11.2004 und 18.11.2005 und den darin angesetzten Preisen, mögen diese auch gegenüber dem ursprünglichen Preisniveau angehoben worden sein, einverstanden. Keine entscheidende Bedeutung misst der Senat dabei dem Umstand zu, dass der Beklagte die Nachzahlungen und Abschläge nicht überwies, sondern nur deren Einzug durch die Klägerin geduldet hatte. Denn die Klägerin hatte mit der Abrechnung darauf hingewiesen, dass sie beabsichtige, von der ihr erteilten Einzugsermächtigung Gebrauch zu machen, und die erste relevante Abbuchung erst rund zwei Wochen nach der Ankündigung getätigt. In die Würdigung des Verhaltens des Beklagten ist daher auch die Tatsache einzubeziehen, dass er, wäre er mit den abgerechneten Preisen nicht einverstanden gewesen, die Gelegenheit gehabt hätte, die Einzugsermächtigung zu widerrufen, von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht hat.

Dem Einwand, ein Recht zur Preiserhöhung habe gar nicht bestanden, ist der Boden entzogen, wenn die Parteien den erhöhten Preis ausdrücklich vereinbaren oder aufgrund ihres Verhaltens so zu stellen sind, als sei er ausdrücklich vereinbart worden. Insoweit gilt, soweit nicht wegen einer Monopolstellung des Energieversorgungssträgers eine entsprechende Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB eröffnet ist (dazu nachfolgend 3.), für den Energiebezugsvertrag in gleicher Weise wie für jedes andere Dauerschuldverhältnis, dass es den Parteien freisteht, vereinbarte Preise während der Vertragslaufzeit neu festzusetzen.

2.

Die zu den Stichtagen 11.10.2002 bis 01.07.2005 berechneten Preise unterliegen, weil sie als vereinbart gelten, keiner gerichtlichen Billigkeitskontrolle in unmittelbarer Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB, weil es an der hierfür erforderlichen einseitigen Preisbestimmung fehlt; auf die vorstehenden Ausführungen (oben A. 2. a.) wird Bezug genommen.

3.

Die Gaspreise, die die Klägerin dem Beklagten ab den Stichtagen 11.10.2002 bis 01.07.2005 berechnet hat, sind schließlich auch nicht in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB für unbillig und unwirksam zu erklären.

Es entspricht, wie dargelegt, mehrjähriger ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen. Auch wenn die hierfür berechneten Preise im Einzelfall vertraglich vereinbart wurden oder als vereinbart gelten, unterliegen sie einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB. Sie findet insbesondere statt, wenn ein Energieversorgungsunternehmen eine Monopolstellung innehat (BGH, Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 -, BGHZ 172, 315, Tz. 33; Urt. v. 28.03.2007 – VIII ZR 144/06 -, BGHZ 171, 374, Tz. 17).

Auch diese Grundsätze unterwerfen die vorliegend streitigen Gaspreise indes nicht der Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB.

a. Zweifelhaft ist bereits, ob die Monopolrechtsprechung des BGH unter Berücksichtigung der neuesten gesetzlichen Entwicklungen auf die Preise von Gasversorgungsunternehmen überhaupt noch Anwendung finden kann. Der Bundesgerichtshof hat hierzu in einer Entscheidung vom 19.11.2008 ausgeführt: Einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens im Sinne von § 10 EnWG 1998 (§ 36 EnWG 2005), § 4 Abs. 1 AVBGasV analog § 315 Abs. 3 BGB stehe entgegen, dass sie der Intention des Gesetzgebers zuwider liefe, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife wiederholt abgelehnt habe. Noch in jüngster Zeit – auch nach der Entscheidung des BGH vom 13.06.2007 zur entsprechenden Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB – habe der Gesetzgeber an dieser Wertentscheidung festgehalten, auf den bei Gas bestehenden Substitutionswettbewerb zu anderen Energieträgern hingewiesen und deutlich gemacht, überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen (BGH, Urt. v. 19.11.2008 – VIII ZR 138/07 -, juris, Tz. 17 ff.).

b. Ob die vorstehenden Erwägungen Anlass geben, kraft gesetzgeberischer Wertung den Bereich der Gasversorgung künftig generell als von der Monopolrechtsprechung des BGH ausgenommen anzusehen, bedarf im vorliegenden Rechtsstreit keiner abschließenden Entscheidung. Denn die Voraussetzungen, unter denen die Monopolrechtsprechung eine Billigkeitskontrolle analog § 315 Abs. 3 BGB zulässt, sind schon nicht gegeben. Die Klägerin hatte, als sie im Oktober 1996 mit dem Beklagten den Gasvollversorgungs-Sondervertrag abschloss, auf dem sachlich relevanten Markt keine Monopolstellung inne, die die Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB eröffnen würde.

Unstreitig war die Klägerin zwar im Jahre 1996 am Wohnort des Beklagten einziger Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Erdgas. Auf dem Gasversorgungsmarkt war sie daher keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt. Sie stand aber, wie alle Gasversorgungsunternehmen auf dem Wärmemarkt in einem (Substitutions-)Wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme; der Beklagte selbst hatte im Zusammenhang mit dem Abschluss des streitigen Vertrages die Energieversorgung seines Anwesens von Heizöl auf Erdgas umgerüstet. Dieser Substitutionswettbewerb schließt im Kontext des § 315 Abs. 3 BGB die Annahme einer Monopolstellung der Klägerin aus, weil insoweit von einem einheitlichen Wärmemarkt auszugehen ist. Ein (im Fall des Beklagten: erneuter) Wechsel zu einer anderen Energieform mag für den Verbraucher aus wirtschaftlichen Gründen regelmäßig ausscheiden. Das zwingt aber nicht dazu, isoliert auf den Gasmarkt abzustellen. Denn jedenfalls Neukunden können zur Deckung ihres Wärmebedarfs unmittelbar zwischen verschiedenen Energieträgern wählen; durch eine solche Konkurrenzsituation entsteht ein Wettbewerbsdruck, der wegen der Einheitlichkeit der Preise auch den Altkunden zugute kommt (BGH, Urt. v. 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 -, BGHZ 172, 315, Tz. 34).

Die Entscheidung des BGH vom 29.04.2008 (- KZR 2/07 -, BGHZ 176, 244) steht dem im Ergebnis nicht entgegen. Mit jener Entscheidung hat der Kartellsenat des BGH ausgeführt, der für die kartellrechtliche Beurteilung sachlich relevante Markt sei ungeachtet der im Urteil des VIII. Senates des BGH vom 13.06.2007 aufgezeigten Erwägungen der Gasversorgungsmarkt, da ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie nicht bestehe. Die Gasversorgung sei aus Sicht der Erdgas als Heizenergie verwendenden Letztverbraucher grundsätzlich nur in Ausnahmefällen, in denen die Grundentscheidung über die für die Beheizung eines Gebäudes verwendete Energie erstmals oder erneut getroffen werde, durch andere Heizenergieträger substituierbar. – Damit ist aber ausdrücklich nur die Frage einer marktbeherrschenden Stellung im kartellrechtlichen Sinne angesprochen, für die der Markt für leitungsgebundene Gasversorgung getrennt vom Markt (oder den Märkten) für andere Energieträger zu betrachten ist und die ggf. zur Anwendung kartellrechtlicher Kontrollmechanismen, insbesondere wegen Verstoßes gegen § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, führen kann. Gegenstand der Entscheidung vom 29.04.2008 war aber nicht die kartellrechtliche Preiskontrolle, sondern die (letztlich verneinte) Wirksamkeit der der Preiserhöhung zugrunde liegenden Vertragsklausel. Diese müsse sich, so der BGH, nicht an kartellrechtlichen Kriterien ausrichten.

Entgegen der Rechtsauffassung des Beklagten nicht übertragbar sind auch die Erwägungen, die der Kartellsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 04.03.2008 (- KZR 29/06 -, NJW 2008, 2175, Tz. 22 ff.) angestellt hat. Sie setzen sich mit einem Netznutzungsvertrag auseinander und tragen dort „... gerade dem Umstand Rechnung, dass der Netzbetreiber typischerweise ein Monopol innehat und seiner Preisbildung daher, anders als es der VIII. Zivilsenat für den von ihm zu beurteilenden Sachverhalt angenommen hat, nicht durch den Wettbewerb kontrolliert wird“ (a. a. O., Tz. 24).

Nach alledem ist zu Recht der Widerklageantrag des Beklagten zurückgewiesen worden, festzustellen, dass die Preisbestimmungen der Klägerin zum 11.10.2002, 01.01.2003, 01.07.2003, 11.10.2003, 01.01.2004, 01.12.2004 und 01.07.2005 unbillig und unwirksam waren.

B.

Keinen Erfolg hat die Berufung des Beklagten deshalb auch, soweit er beantragt, die Unbilligkeit und Unwirksamkeit der Jahresabrechnungen vom 19.11.03, 18.11.2004 und 18.11.05 festzustellen. Sie beruhen auf den Preisen, deren Höhe nach den vorstehenden Ausführungen (oben A.) mangels Monopolstellung der Klägerin einer Überprüfung nach

den Maßstäben des § 315 Abs. 3 BGB entzogen sind.

C.

Begründet sind Widerklage und Berufung hingegen, soweit der Beklagte beantragt, festzustellen, dass die Preisbestimmungen zum 01.01.06, 01.05.06 und 15.10.06 unwirksam sind.

1.

Die Preisbestimmungen der Klägerin zu den genannten Stichtagen sind nicht als vereinbarte Preise der gerichtlichen Kontrolle entzogen. Zu keinem Zeitpunkt ließ das Verhalten des Beklagten darauf schließen, dass er auch mit diesen Preisfestsetzungen einverstanden gewesen wäre. Vielmehr hat er mit Schreiben vom 11.01.2006 der Festsetzung des Gaspreises durch die Klägerin widersprochen, in der Folge, soweit ersichtlich, keine Zahlungen mehr geleistet und schließlich noch im Verlaufe des Jahres 2006 im vorliegenden Rechtsstreit die Feststellung der Unbilligkeit und Nichtigkeit der Preiserhöhungen beantragt.

2.

Die Preisbestimmungen der Klägerin zum 01.01.06, 01.05.06 und 15.10.06 sind unwirksam.

Ausgangspunkt für die Feststellung des zwischen den Parteien maßgebenden Gaspreises ist der Gasvollversorgungs-Sondervertrag vom Oktober 1996 (Anlage K49, Bl. 283 f. GA), mit dem die Klägerin es übernommen hatte, den Beklagten als Sondertarifkunden nach dem Tarif E.. Komfort leitungsgebunden mit Gas zu versorgen. Hierfür war zunächst ein in der Vertragsurkunde bezifferter Arbeitspreis von 3,60 Pf. / kWh vereinbart worden. Diesen Anfangspreis haben die Parteien im Laufe der Zeit durch jeweils beanstandungslos akzeptierte Preiserhöhungen angehoben bis zu einem Arbeitspreis von 3,98 Ct / kWh, gültig ab dem 01.07.2005. Weitere Preiserhöhungen sind mangels Zustimmung des Beklagten nur wirksam geworden, wenn und soweit der Klägerin ein Recht zur einseitigen Preisbestimmung zustand. Das aber war nicht der Fall. Die Klägerin kann sich insoweit weder auf die Anpassungsklausel in § 2 Abs. 6 des Vertrages stützen („Die umseitig genannten Gaspreise ändern sich, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise für Gas eintritt.“) noch auf die AVBGasV, auf die § 5 des Vertrages verweist.

a. Die Preisanpassungsregelung in § 2 des Vertrages ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB unwirksam, weil sie nicht klar und verständlich ist und die Kunden der Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

aa. Die streitige Preisanpassungsklausel ist als Versorgungsbedingung in dem Vertrag eines Gasversorgungsunternehmens mit Sonderkunden nicht durch § 310 Abs. 2 BGB der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB entzogen. Sie unterliegt gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB (st. Rspr., zuletzt BGH, Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 -, Tz. 13; juris).

bb. Die Preisanpassungsklausel ist nicht hinreichend klar und verständlich und

benachteiligt die Kunden der Klägerin deshalb unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Nach ihrem Wortlaut ändern sich die Gaspreise, "wenn eine Änderung der allgemeinen Tarifpreise eintritt". Damit regelt die Klausel zwar die Voraussetzung für eine Preisänderung. Nicht hinreichend klar geregelt ist aber, wie sich die Gaspreise bei Vorliegen der Voraussetzung ändern sollen. Man mag der Klausel noch im Wege der Auslegung entnehmen können, dass jedenfalls die Richtung der Änderung (Erhöhung oder Senkung der Preise) dieselbe sein soll. Auch im Wege der Auslegung lässt sich aber die Frage nach dem Umfang der jeweiligen Erhöhung oder Senkung nicht hinreichend klären; in Betracht kommt eine nominelle Übertragung der Änderung der Tarifpreise, eine prozentuale Übertragung oder ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin ohne feste rechnerische Bindung an die Änderung der Tarifpreise. Insoweit führt auch die Unklarheitenregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, denn es lässt sich schon nicht feststellen, welche Auslegungsvariante am kundenfreundlichsten wäre (so für eine identische Klausel BGH, Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 -, Tz. 14; juris).

Die Unklarheit wird nicht dadurch beseitigt, dass § 5 des Vertrages auf die seinerzeit noch gültigen "Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung (AVBGasV)" verweist. Denn die Verweisung auf die AVBGasV soll nach ihrem Wortlaut nur gelten, "soweit in diesem Sondervertrag nichts anderes vereinbart wird". Der Sondervertrag enthält in § 2 aber bereits eine Vereinbarung zur Preisanpassung, die sich für einen durchschnittlichen Kunden als abschließende Regelung darstellt und nicht erkennen lässt, dass zu ihrem Verständnis ergänzend die Bestimmungen der AVBGasV heranzuziehen sein könnten (BGH, a. a. O., Tz. 17).

Damit fehlt es an einer hinreichend bestimmten Regelung, wie sich der vertraglich vereinbarte Gaspreis bei einer Änderung der allgemeinen Tarifpreise ändern soll. Darin liegt zugleich eine unangemessene Benachteiligung der Kunden der Klägerin (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB), weil diese die Berechtigung einer Preisänderung nicht verlässlich nachprüfen können. Der Klägerin wird es dadurch ermöglicht, das in dem ursprünglich vereinbarten Gaspreis zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern (BGH, a. a. O., Tz. 18 m. w. N.).

Ohne Erfolg hält die Klägerin dieser Beurteilung entgegen, die Preisanpassungsklausel entspreche dem gesetzlichen Leitbild des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV. Es trifft zwar zu, dass die AVBGasV eine Wertentscheidung des Ordnungsgebers im Tarifkundenbereich verkörpert; sie enthält somit einen gewichtigen Hinweis auf das, was auch im Vertragsverhältnis mit Sonderabnehmern als angemessen zu betrachten ist. Daher steht es nach § 310 Abs. 2 BGB, wie bereits nach § 23 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, den Versorgungsträgern frei, ihre AGB mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen zu gestalten. Dass das geschehen wäre, kann vorliegend aber gerade nicht festgestellt werden, weil der Verweisungsklausel nicht klar und verständlich zu entnehmen ist, ob der Klägerin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zustehen soll, wie es sich aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV ergibt (BGH, a. a. O., Tz. 19 ff.).

Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Klägerin wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Auch insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht von dem, den der BGH am 17.12.2008 zu entscheiden hatte. Wie der dort betroffene Abnehmer kann der Beklagte den Vertrag ungeachtet einer Preiserhöhung nur mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Abrechnungsjahres kündigen. Ein Recht zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag, das erst nach der Preiserhöhung wirksam wird, stellt aber keinen angemessenen Ausgleich für eine den Vertragspartner unangemessen benachteiligende Preiserhöhungsklausel dar (BGH, Urt. v. 13.12.2006 – VIII ZR 25/06 -, NJW 2007, 1054 – Flüssiggas II -; Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 -, juris, Tz. 22 ff.). Ein weiter gehendes Kündigungsrecht ergibt sich auch

nicht aus § 32 Abs. 2 AVBGasV, weil unklar ist, ob § 5 des Vertrages angesichts der in § 4 getroffenen Kündigungsregelung überhaupt auf diese Bestimmung verweist und ob sie gegebenenfalls bei einer Preisänderung nach § 2 des Vertrages anwendbar wäre (BGH, Ur. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 -, juris, Tz. 23).

b. Der Klägerin ist auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht zuzubilligen.

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen zwar auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (BGH, a. a. O., Tz. 25 m. w. N.). Das ist hier nicht der Fall.

Gemäß § 4 des Vertrages tritt dieser mit einer zunächst einjährigen Laufzeit in Kraft. Er verlängert sich um jeweils ein Abrechnungsjahr, wenn er nicht 3 Monate vor Ablauf gekündigt wird. Selbst der Umstand, dass sich ein Versorger erst nach zweijähriger Vertragsdauer mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende des Abrechnungszeitraumes vom Vertrag lösen kann, führt nicht ohne weiteres zu einem für den Versorger unzumutbaren Ergebnis (BGH, Ur. v. 28.04.2008 – KZR 2/07 – BGHZ 176, 244, Tz. 33; Ur. v. 17.12.2008 – VIII ZR 74/06 -, Tz. 26).

Die im Schriftsatz der Klägerin vom 14.10.2008 (Bl. 522 ff. GA) aufgezeigten Gesichtspunkte führen zu keiner anderen Bewertung.

Die Klägerin verweist auf das bei langfristigen Lieferverträgen anerkannte Bedürfnis nach Preisanpassungsklauseln, das, weil die Möglichkeit von Kündigung und Neuabschluss im Massenkundengeschäft keine Alternative sei, Grund für den Erlass der AVBGasV gewesen sei. Mit den AVBGasV hat der Ordnungsgeber indes das Bedürfnis, in laufenden Gaslieferungsverträgen einseitige Preisanpassungen zuzulassen, gerade nicht ausnahmslos für sämtliche Gaslieferungsverträge anerkannt, sondern solche Preisanpassungen nur für die Tarifkunden zugelassen. Auf Sondervertragskunden, zu denen der Beklagte zählt, ist die AVBGasV von vornherein nicht anwendbar; insoweit hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit einseitiger Preiserhöhungen im laufenden Bezugsvertrag einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien vorbehalten.

Der Senat vermag sich auch der Bewertung der Klägerin nicht anzuschließen, dass der Beklagte mit einer Preisbestimmungsklausel schon deshalb einverstanden gewesen wäre, weil die Alternative einer Vertragskündigung durch die Klägerin für ihn rechtlich und wirtschaftlich nachteiliger gewesen wäre. Es mag zutreffen, dass der Beklagte im Falle einer Kündigung des Gasvollversorgungs-Sondervertrages der Klägerin zumindest auf kurze Sicht realistisch keine andere Wahl gehabt hätte, als erneut einen Gasversorgungsvertrag mit der Klägerin abzuschließen, weshalb er gezwungen gewesen wäre, sich auf diesem Wege doch wieder den Preisvorstellungen der Klägerin zu beugen. Zugang zu einem anderen Gasversorgungsunternehmen hatte der Beklagte bei Abschluss des streitigen Sondervertrages im Jahre 1996 jedenfalls noch nicht. Auch nach dem Vortrag der Klägerin besteht Gas-zu-Gas-Wettbewerb am Wohnort des Beklagten erst seit dem Jahr 2007; und die Frage, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der vertraglichen Preiserhöhungsklausel gekannt hätten, ist auf Grundlage

des Kenntnisstandes der Parteien bei Vertragsschluss zu entscheiden. Gleichwohl hätte der Beklagte nicht, wie die Klägerin meint, bei Kündigung und Neuabschluss zwangsläufig schlechter gestanden als im Falle einer Preisanpassung aufgrund ergänzender Vertragsauslegung. Denn der Beklagte hätte dann, soweit er an der Entscheidung für Gas als Wärmeenergieträger festhalten wollte, zumindest die Wahl gehabt, entweder einen neuen Vertrag zum dann geltenden Sondertarif abzuschließen – und damit diesen Tarif für die Vertragslaufzeit festzuschreiben –, oder vom Abschluss eines neuen Sondervertrages abzusehen und sich den für Tarifkunden geltenden Bestimmungen zu unterwerfen, mit allen damit verbundenen Vor- und Nachteilen: Die allgemeinen Tarife der Klägerin mögen, wie sie vorträgt, über den gleichzeitig angebotenen Sondertarife liegen; auch sehen die AVBGasV, die dann anwendbar gewesen wären, das Recht des Versorgers zu einseitigen Preiserhöhungen vor. Solche Preiserhöhungen wären dann aber wenigstens zweifelsfrei einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterworfen gewesen.

Im übrigen scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung auch daran, dass verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten (OLG Oldenburg, Urf. v. 05.09.2008 – 12 U 49/07 -, OLGR 2008, 885, Tz. 92). Selbst wenn man der Klägerin darin folgen wollte, dass die Parteien ihr irgendeine Möglichkeit zugebilligt hätten, im laufenden Sondervertrag die Bezugspreise für Erdgas zu erhöhen, ist völlig offen, wie die Parteien eine solche Regelung ausgestaltet hätten. Dass die Parteien die Lösung der AVBGasV übernommen hätten, kann schon deshalb nicht unterstellt werden, weil die Klägerin bei der Ausgestaltung des streitigen Sondervertrages hinsichtlich etlicher Punkte von den AVBGasV abgewichen ist.

Schließlich kann sich die Klägerin zur Begründung einer ergänzenden Vertragsauslegung auch nicht auf den von ihr als unzumutbar empfundenen Aufwand berufen, der mit einer Änderungskündigung der Verträge verbunden gewesen wäre. Die Klägerin verkennt, dass sie es in der Hand gehabt hätte, ihren Kunden nach Kündigung der Altverträge neue Verträge unter Einbeziehung neuer AGB mit ordnungsgemäßen, hinreichend bestimmten Preiserhöhungsklauseln anzubieten. Der einmalige Aufwand, der mit der Umstellung von Dauerschuldverhältnissen von fehlerhaften auf fehlerfreie AGB verbunden ist, geht aber zu Lasten des Verwenders.

### 3.

Nach alledem sind die vom Beklagten rechtzeitig beanstandeten Preisbestimmungen zum 01.01.2006, 01.05.2006 und 15.10.2006 unwirksam. Im Rechtsverhältnis der Parteien gilt der letzte Preis, den der Beklagte zunächst beanstandungslos hingenommen hatte – derjenige gemäß Festsetzung zum 01.07.2005 (3,98 Ct / kWh) – über den 31.12.2005 hinaus fort. Die Klägerin war auch nicht berechtigt, in der Zeit von 23.09.2005 bis 31.12.2005 einen Arbeitspreis von 4,01 Ct / kWh zugrunde zu legen. Zwar liegt dem, wie sie in der mündlichen Verhandlung vom 22.01.2009 klargestellt hat, keine echte Preiserhöhung zugrunde, sondern die Einstufung des Beklagten in eine andere Verbrauchs(mengen)gruppe gemäß dem bereits zum 01.07.2005 eingeführten Tarif. Mit dem Preis von 4,01 Ct / kWh hat sich der Beklagte aber dadurch, dass er die Nachzahlung aus der Abrechnung vom 18.11.2005 und die darin festgesetzten Vorauszahlungen für Dezember 2005 und Januar 2006 beanstandungslos beglichen hat, gerade nicht konkludent einverstanden erklärt. Denn die Abrechnung vom 18.11.2005 bezog sich nur auf den Zeitraum bis 22.09.2005, basierte auf dem bis zu diesem Zeitpunkt noch berechneten niedrigeren Arbeitspreis und ließ auch nicht erkennen, ob die Abschläge auf Basis eines Arbeitspreises von 4,01 Ct / kWh kalkuliert waren.

Einer gesonderten Feststellung, dass die Preisbestimmungen zum 01.01.2006,

01.05.2006 und 15.10.2006 (zudem) unbillig seien, bedarf es nicht. Der auf diese Feststellung gerichtete Antrag ist gegenstandslos, weil der Beklagte mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Preiserhöhungen das Rechtsschutzziel aus dem Feststellungsantrag bezüglich der Preisbestimmungen zum 01.01.2006, 01.05.2006 und 15.10.2006 voll erreicht hat (BGH, Urt. v. 17.12.08 – VIII ZR 274/06 –, Tz. 27; juris).

D.

Erfolg hat die Berufung des Beklagten schließlich auch, soweit er beantragt, festzustellen, dass die Festsetzung eines neuen Abschlages in der Abrechnung vom 16.11.2006 unbillig und unwirksam ist. Hinsichtlich der Abschläge, anders als hinsichtlich der Arbeitspreise, dürfte der Klägerin zwar ein Leistungsbestimmungsrecht zugestanden haben (§ 5 des Vertrages i. V. m. § 25 AVBGasV). Das stellt auch der Beklagte nicht in Frage, indem er es als mehr oder minder selbstverständlich hinnimmt, dass die Klägerin zur Ermittlung der für die jeweils laufende Abrechnungsperiode verlangten Abschläge den Verbrauch schätzt, auf 12 Monate umlegt und den hieraus sich ergebenden monatlichen Betrag rundet. Der Billigkeit entspricht aber nur eine Festsetzung von Vorauszahlungen, die sich nicht an höheren als den in der künftigen Abrechnungsperiode geltenden Preisen orientiert. Vorliegend hat die Klägerin aber der Festsetzung von Vorauszahlungen die von ihr zur Zeit der Festsetzung berechneten Preise zugrunde gelegt. Für die Vorauszahlungen, die die Klägerin in der Abrechnung vom 16.11.2006 für das Verbrauchsjahr 2006/2007 festgesetzt hat, waren das die gemäß Festsetzung zum 01.05.2006 erhöhten Preise. Diese Preisfestsetzung war aber gegenüber dem Beklagten unwirksam.

V.

Hinsichtlich der Abschlagszahlungen für Wasser gemäß Abrechnung vom 19.11.2007 hält es der Senat für angezeigt, die Sache entsprechend dem Hilfsantrag des Beklagten zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen. Das erstinstanzliche Verfahren leidet an einem wesentlichen Mangel, soweit das Landgericht den Vortrag der Parteien zur Erhöhung der Arbeitspreise für die Wasserversorgung zum 01.01.2007 übergangen hat. Die Sache ist insoweit nicht zur Entscheidung reif, weil den Parteien noch Gelegenheit zu geben sein wird, zu der Billigkeit der Preiserhöhung für Wasser zum 01.01.2007 näher vorzutragen, und weil sich hieran voraussichtlich eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme anschließen müssen (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).

VI.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits war dem Schlussurteil erster Instanz vorzubehalten.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 2.550,- € festgesetzt. Er berechnet sich wie folgt:

- a) für die Klageforderung: 261,- €
- b) für die Widerklage, soweit sie sich auf die Wasserabrechnungen bezieht:  
1/3 der jährlichen Rechnungssumme, insgesamt also für 5 Verbrauchs-

jahre	550,- €
c) für die Widerklage, soweit sie sich auf die Gasabrechnungen bezieht: in grober Anlehnung an das Maß der Preiserhöhungen, jeweils bezogen auf den Stand zum 11.10.2002:	
für das Verbrauchsjahr 2002/2003 10 % des abgerechneten Verbrauchs	146,- €
für das Verbrauchsjahr 2003/2004 20 % des abgerechneten Verbrauchs	300,- €
für das Verbrauchsjahr 2004/2005 30 % des abgerechneten Verbrauchs	494,- €
für das Verbrauchsjahr 2005/2006 40 % des abgerechneten Verbrauchs	797,- €
zu c) insgesamt	1.737,- €
d) zu a) bis c) insgesamt (gerundet)	2.550,- €

Sartor

Ritter

Dr. Metzger