



**Im Namen des Volkes
Urteil**

In dem Rechtsstreit

Kläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hönig & Siebert, Lechfeldstraße 8, 61350 Bad
Homburg
Geschäftszeichen:

gegen

Gasversorgung Main Kinzig GmbH vertr. d.d. GF.: Rudolf E. Bentele, Rudolf-Diesel-
Straße, 63571 Gelnhausen

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte Clifford Chance Partner-
schaftsgesellschaft, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf

hat das Amtsgericht Gelnhausen durch Richter Hain aufgrund der mündlichen Verhand-
lung vom 23.09.2011 **für Recht erkannt:**

**Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger 1.212,59 € nebst Zinsen in Höhe von fünf
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.02.2011 zu zahlen.**

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

**Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Si-
cherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Be-
trags abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe
von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leisten.**

Tatbestand

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Rückzahlung eines Betrags in Anspruch, den die Beklagte aufgrund von Gaspreiserhöhungen zu Unrecht vereinnahmt haben soll.

Die Beklagte, ein regionales Energieversorgungsunternehmen, belieferte den Kläger hinsichtlich der Verbrauchsstelle in mit Gas auf Grundlage eines Sondervertrags Heizgas-Vollversorgung zum Tarif 249. Streitgegenständlich sind Gaslieferungen in der Zeit vom 01.01.2006 bis zum 27.04.2007. Seit 28.04.2007 bezieht der Kläger von der Beklagten Gas auf Grundlage eines sog. „Maxi-Spar“-Tarifs. Das Vertragsverhältnis der Parteien hinsichtlich der Verbrauchsstelle besteht seit dem Jahre 1992. Der ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarte Bezugspreis betrug als 4,25 Pf (entspricht: 2,17 Cent) pro Kilowattstunde netto. Als monatlicher Grundpreis waren 28,00 DM (entspricht: 14,32 €) vereinbart. Der Kläger leistete unterjährig Abschlagszahlungen an die Beklagte. Die Beklagte rechnete die Gaslieferung jeweils am Anfang des Folgejahres hinsichtlich des im vergangenen Kalenderjahr bezogenen Gases ab.

Unter Ziffer 3 der „Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag“ verwendete die Beklagte folgende Preisanpassungsklausel:

„MainKinzigGas wird den Erdgaspreis unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung für die Bereitstellung von Erdgas und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärme- markt in der Regel zum 01. April und 1. Oktober eines Jahres festsetzen. Preisänderungen zu anderen Terminen bleiben vorbehalten. Preisänderungen werden in der Tagespresse des Versorgungsgebiets öffentlich bekannt gegeben.“

In Ziffer 5 der „Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag“ ist bestimmt:

„Soweit in diesem Vertrag (...) nichts anderes vereinbart ist, gelten die Bestimmungen der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden vom 21.06.1979 (AVBGasV) und der Anlage der AVBGasV in der jeweils gültigen Fassung.“

Am 09.12.2006 machte die Beklagte mittels öffentlicher Bekanntmachung in der Gelnhäuser Neue Zeitung neue „Ergänzende Bedingungen der Gasversorgung Main-Kinzig GmbH“ bekannt. Diese Bedingungen enthielten unter Ziffer 3 eine neue Preisänderungsklausel, hinsichtlich deren Inhalts auf Seite 9 der Klageerwiderung vom 26.04.2011, Bl. 42 d.A., Bezug genommen wird.

Die Beklagte hob für die Verbrauchsstelle die Preise an. Für den Gasverbrauch der Verbrauchsstelle im streitgegenständlichen Zeitraum stellte die Beklagte insgesamt 2.729,75 € brutto in Rechnung.

Im Prozess errechnet der Kläger eine Überzahlung im streitgegenständlichen Zeitraum in Höhe von 1.212,59 € als Differenz des aufgrund der Preiserhöhungen gezahlten Entgelts zu dem Entgelt in Höhe von 2,17 Cent/kwh netto, welches die Parteien ursprünglich vereinbarten. Hinsichtlich der Kalkulation des Klägers wird auf Seiten 12 ff. der Klageschrift vom 30.12.2010, Bl. 12 ff. d.A., sowie auf Anlagen K1 – K4, Bl. 17 ff. d.A., Bezug genommen.

Der Kläger behauptet, er habe am 26.05.2009 Widerspruch gegen die streitgegenständlichen Rechnungen erhoben.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 1.212,59 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte beruft sich hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs für Gaslieferungen aus dem Jahre 2006 auf Verjährung. Die Beklagte ist der Auffassung, es bestehe ein Preisanpassungsrecht zumindest ab dem 01.01.2007, da durch öffentliche Bekanntmachung nach § 4 Abs.2 AVBGasV eine neue Preisanpassungsklausel Vertragsbestandteil zwischen den Parteien geworden sei, deren Inhalt einer AGB-Kontrolle standhalte. Jedenfalls bestünde ein Preisanpassungsrecht der Beklagten aufgrund ergänzender Vertragsauslegung, da durch den ersatzlosen Wegfall der Klausel das Vertragsgefüge völlig einseitig zulasten der Beklagten verschoben werde. Auch beruft sich die Beklagte diesbezüglich auf das obiter dictum des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 14.07.2010 zum Az. VIII ZR 246/08; die Kriterien, die der Bundesgerichtshof im Hinblick auf eine ergänzende Vertragsauslegung aufgestellt habe, seien vorliegend sämtlich erfüllt. Es müsse darüber hinaus berücksichtigt werden, dass der Bundesgerichtshof in vorbenannter Entscheidung bei seinem Verweis auf die Kündigungsmöglichkeit des Gasversorgers wohl übersehen habe, dass Kündigungen der Versorgungsverträge durch die Beklagte rechtlich unmöglich gewesen seien, da solche von den Kartellbehörden als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und damit als Verstoß gegen § 19 GWB gewertet worden wären. Eine Kündigung würde für den Kunden einen Wechsel in die teurere Grundversorgung bedeuten. Auch dürfe bei der rechtlichen Beurteilung nicht außer Acht gelassen werden, dass eine Existenzbedrohung der Beklagten aufgrund der Vielzahl der gegen sie geführten Rückforderungsverfahren gegeben sei. Dieses Risiko habe die Beklagte auch nicht durch Rückstellungen abmildern können, insbesondere auch deshalb, da die Beklagte bei der gegebenen Sachlage zu Rückstellungen bilanzrechtlich überhaupt nicht befugt gewesen sei. Auch spreche der Massengeschäftscharakter für die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der fehlenden Preisanpassungsmöglichkeit durch die Beklagte. Bei Ausfüllung der Vertragslücke sei - wegen des Massengeschäftscharakters - ein objektiv generalisierender Maßstab anzulegen, mit der Folge, dass als sachgerechte Lösung einzig ein einseitiges Preisanpassungsrecht der Beklagten in Betracht komme, das der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliege. Hilfsweise stehe dem Rückforderungsanspruch des Klägers entgegen, dass gemäß § 306 Abs.3 BGB von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrags auszugehen sei und zwischen den Parteien durch die Entnahme von Erdgas aus dem Netz der Beklagten ein faktischer Vertrag zu Stande gekommen sei, in dessen Rahmen §§ 315, 316 BGB entsprechende Anwendung fänden. Folge man dieser Auffassung nicht, so sei jedenfalls von einer konkludenten Preisvereinbarung auszugehen; dies ergebe sich aus dem Bezugs- und Zahlungsverhalten des Klägers. Hilfsweise macht die Beklagte Verwirkung geltend mit dem Hinweis darauf, dass der Kläger ihrer Kenntnis die Unwirksamkeit der Preiserhöhung erstmals mit der vorliegenden Klage geltend gemacht habe. Auch habe der Kläger durch den Abschluss des neuen Versorgungsvertrags im April 2007 gegenüber der Beklagten zum Ausdruck gebracht, dass er die streitgegenständlichen Rechnungen nicht mehr beanstanden werde. Sollte das Gericht von dem grundsätzlichen Bestehen eines Rückforderungsanspruchs ausgehen, greife jedenfalls der Einwand der Entreicherung, da die Beklagte durch die streitigen Preiserhöhungen lediglich ihre gestiegenen Gestehungskosten

refinanziert habe und der Anstieg der Gestehungskosten fast ausschließlich auf den Anstieg der Bezugspreise zurückzuführen sei.

Die am 31.12.2010 bei Gericht eingegangene Klageschrift ist der Beklagten zugestellt worden am 11.02.2011.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

Die Kläger haben gegen die Beklagte gemäß § 812 Abs.1 S.1 Alt.1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung eines Betrags in Höhe von 1.212,59 €.

Soweit der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum an die Beklagte Entgelte geleistet hat, die auf einem Arbeitspreis von mehr als 2,52 Cent/kWh (bei 16 % MwSt.) bzw. 2,58 Cent/kWh (bei 19% MwSt.) beruhen, sind die Zahlungen mangels wirksamer vertraglicher Grundlage rechtsgrundlos erfolgt.

Aus Ziffer 3. der Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag vermag die Beklagte eine Berechtigung zur Erhöhung der Arbeitspreise nicht herzuleiten. Denn bei dieser Preisanpassungsklausel handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs.1 S.1 BGB, die gemäß § 307 Abs.1 BGB unwirksam ist, weil sie nicht hinreichend klar und verständlich ist und die Kunden der Beklagten deshalb unangemessen benachteiligt. Die Preisanpassungsklausel verstößt gegen das Transparenzgebot, weil sie keine konkreten Kriterien nennt, aus denen sich die sachlichen Voraussetzungen und der zulässige Umfang einer Preiserhöhung ergeben können. Vielmehr wird der Beklagten weitestgehendes Ermessen bei der Festsetzung der Preise eingeräumt, ohne dass für den Kunden auch nur annähernd vorhersehbar wäre, in welchem Umfang Preisanhebungen auf ihn zukommen (OLG Frnkfurt am Main, Urteil vom 05.05.2009, Az.: 11 U 61/07 – Juris).

Einen Rechtsgrund vermögen auch nicht die Preisbestimmungen der Beklagten nach dem 01.01.2007 darzustellen. Diese beruhen – entgegen der Auffassung der Beklagten – ebenso auf der Preisänderungsklausel nach Ziffer 3. der Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag und nicht auf der neuen Preisanpassungsklausel. Die neue Preisanpassungsklausel entfaltet zwischen den Parteien keine Wirksamkeit, da es der Beklagten nicht frei stand, die Vertragsbeziehung zwischen ihr und den Sonderkunden einseitig neu zu gestalten, indem entsprechend § 4 Abs.2 AVBGasV neue Vertragsbedingungen in der örtlichen Tagespresse veröffentlicht werden. Zum einen betrifft die Regelung in § 4 Abs.2 AVBGasV lediglich die Änderung der allgemeinen Tarife und Bedingungen im Rahmen der Grundversorgung. Die Verweisung auf die AVBGasV in Ziffer 5. der Geschäftsbedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag kann sich damit nicht auf § 4 Abs.2 AVBGasV beziehen. Für eine entsprechende Anwendung der Klausel ist mangels Vergleichbarkeit der Rechtsbeziehung von Versorger und Kunden im Rahmen der Grundversorgung und des Gasbezugs aufgrund vertraglicher Vereinbarung kein Raum. Zum anderen stellte ein einseitiges Recht der Beklagten zur Änderung der zwischen ihr und den Kunden bestehenden Rechte und Pflichten offensichtlich eine unangemessene Benachteiligung der Kunden dar, die zum Nachteil des Kunden von dem Rechtsatz *pacta sunt servanda* abweicht.

Da gemäß § 306 Abs.1 BGB im Falle unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen der Vertrag im Übrigen grundsätzlich, d.h. mit Ausnahme des Falles des § 306 Abs.3 BGB, wirksam bleibt und sich sein Inhalt nach den gesetzlichen Vorschriften richtet, kommt eine ergänzende Vertragsauslegung nur in Betracht, wenn sich die mit Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (BGHZ 137, 153 ff; 90, 69ff). Dispositives Recht steht zur Ausfüllung der Vertragslücke vorliegend nicht zur Verfügung. Die §§ 433 ff BGB, die auf den Gasbezugsvertrag als Kaufvertrag in Gestalt eines Sukzessivlieferungsvertrags Anwendung finden, halten keine Regelung zur Preisanpassung bereit, wenn es nach dem Vertragsschluss zu tatsächlichen Veränderungen im Bezugspreisgefüge des Versorgers kommt. Jedoch führt der ersatzlose Wegfall der Preisanpassungsklausel grundsätzlich nicht zu einem für die Beklagte untragbaren Ergebnis. Das wirtschaftliche Risiko wird nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten grundsätzlich dadurch kompensiert, dass ihr das Recht zusteht, sich durch Kündigung vom Vertrag zu lösen. Nicht verfangen vermag insoweit der Einwand der Beklagten, ihr sei eine Kündigung des Vertrags rechtlich unmöglich gewesen, da eine solche ihr von den Kartellbehörden als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung mit den entsprechenden Konsequenzen ausgelegt worden wäre. Zunächst vermag eine bestimmte Praxis der Kartellbehörden noch keine rechtliche Unmöglichkeit zu begründen, sondern allenfalls eine faktische Unzumutbarkeit. Unabhängig davon, dass bereits Zweifel daran bestehen, ob das vermutete Vorgehen der Kartellbehörden überhaupt einen Maßstab für die vorliegende Beurteilung bilden kann, hätte die Beklagte dadurch, dass sie dem Kunden rechtzeitig vor der Kündigung den Abschluss eines neuen Sondervertrags zu kartellrechtlich nicht zu beanstandenden Konditionen anbietet, den Vorwurf des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung entkräften können. Entgegen der Darstellung der Beklagten ist eine automatische Rückstufung der Kunden in die teurere Grundversorgung nicht alternativlos. Auch soweit die Beklagte geltend macht, eine Vielzahl von Kündigungen hätte ein verheerendes Echo in der Öffentlichkeit ausgelöst, vermag sie mit diesem Einwand nicht durchzudringen. Denn selbst wenn dem so wäre, ist nicht ersichtlich, ob und inwiefern die Beklagte in einem solchen Fall mit wirtschaftlichen Einbußen zu rechnen gehabt hätte. Entscheidend für die Beurteilung der Zumutbarkeit können jedoch allein wirtschaftliche Kriterien sein; das bloße Ansehen der Beklagten in der Öffentlichkeit ist kein Beurteilungsmaßstab.

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 14.07.2010 (WM 2010, 1762 ff.) offen gelassen, ob eine andere Beurteilung dann geboten ist, wenn es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat, und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. Seien in einem solchen Fall die Gestehungskosten des Gasversorgungsunternehmens erheblich gestiegen und ergibt sich daraus für die betreffenden Zeiträume ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von dem Unternehmen zu erbringenden Leistung und dem vereinbarten Preis, lasse sich die Annahme eines nicht mehr interessengerechten Ergebnisses, jedenfalls hinsichtlich der länger zurückliegenden Zeitabschnitte, nicht ohne weiteres mit der Begründung verneinen, dass eine Kündigungsmöglichkeit bestand. Denn für das Versorgungsunternehmen habe in einem solchen Fall zunächst kein Anlass bestanden, eine Kündigung des Vertrags in Erwägung zu ziehen, so der Bundesgerichtshof.

Es kann hier dahinstehen, ob die vom Bundesgerichtshof statuierten Voraussetzungen sämtlich erfüllt sind. Selbst wenn dem so wäre, so führt dies vorliegend nicht zu einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Denn ist es nach Ansicht des BGH, der sich das erkennende Gericht anschließt, bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen lediglich nicht möglich, eine völlig einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges zulasten der Beklagten mit dem Hinweis auf die Kündigungsmöglichkeit der Beklagten zu verneinen. Die fehlende Veranlassung der Beklagten zur Kündigung der Versorgungsverträge führt jedoch nicht automatisch dazu, dass nunmehr in jedem Fall eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen wäre. Der BGH hat es ausdrücklich offen gelassen, ob bei Vorliegen der von ihm genannten Voraussetzungen eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen ist. Nach Ansicht des Gerichts kommt eine ergänzende Vertragsauslegung auch dann nicht in Betracht, wenn die Beklagte keine Veranlassung zur Kündigung des Vertragsverhältnisses gehabt hatte. Bei der Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung vorzunehmen ist, ist entscheidend, ob der Wegfall der Preisanpassungsklausel zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt. Hierbei ist jeweils auf das einzelne Vertragsverhältnis abzustellen, so dass maßgebend ist, ob das Ergebnis im konkreten Fall unzumutbar ist. Dabei ist insbesondere auch die tatsächliche Entwicklung nach Vertragsschluss zu berücksichtigen. Die Bejahung eines unzumutbaren Ergebnisses schon bei jeder – wenn auch möglicherweise erheblichen – nicht abwälbaren Kostensteigerung auf Seiten des Gasversorgers liefe darauf hinaus, den Gasversorger weitgehend von seinem unternehmerischen Risiko zu entlasten. Dies liefe dem Grundsatz zuwider, dass das wirtschaftliche Beschaffungsrisiko im Gaslieferungssondervertrag – wie in anderen Lieferverträgen auch – grundsätzlich bei Lieferanten liegt. Von einem nicht mehr interessengerechten Ergebnis kann aber dann keine Rede sein, wenn der Gasversorger selbst aus der unwirksamen Klausel jahrelang Vorteile ziehen konnte und dem Versorgungsunternehmen diese Vorteile auch nicht mehr genommen werden können, da es sich auf die Einrede der Verjährung berufen kann. Aufgrund der Verjährungsvorschriften hat die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel jahrelang zwischen den Parteien zwar keine rechtliche, jedoch faktische Wirksamkeit entfaltet. Der Kunde kann die aufgrund der unwirksamen Klausel vorgenommenen Preiserhöhungen nicht mehr angreifen, soweit die Rückforderungsansprüche bereits verjährt sind. Auch können die in verjährter Zeit vorgenommenen Preiserhöhungen nicht nachträglich auf ihre Angemessenheit überprüft werden. Der Kunde war damit in verjährter Zeit faktisch der Willkür des Versorgungsunternehmens hinsichtlich der Preisgestaltung ausgeliefert. Bei dieser Sachlage erscheint es unbillig, wenn sich der Gasversorger nunmehr hinsichtlich der nichtverjährten Zeit darauf berufen könnte, dass der ersatzlose Wegfall der Klausel eine einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges zu seinen Lasten darstellt. Denn hierbei bliebe gänzlich unberücksichtigt, dass für den weit überwiegenden Vertragszeitraum dem Versorgungsunternehmen hinsichtlich der Preisgestaltung Spielräume eröffnet waren, die bereits nach damaliger Rechtslage eine unangemessene Benachteiligung des Kunden darstellten.

Nicht durchzudringen vermag, die Beklagte ferner mit ihrer Auffassung, es sei gemäß § 306 Abs.3 BGB von einer Gesamtnichtigkeit des Versorgungsvertrags auszugehen. Denn § 306 Abs.3 BGB – eine eng auszulegende Ausnahmevorschrift – verlangt, dass das Festhalten an dem Vertrag eine der Vertragsparteien unzumutbar ist. Da die Beklagte jedoch aus der unwirksamen Preisanpassungsklausel jahrelang Vorteile ziehen konnte, scheidet die Annahme eines unzumutbaren Ergebnisses nach den vorstehenden Ausführungen aus.

Auch die von der Beklagten ins Feld geführte Existenzbedrohung durch die Vielzahl der Rückforderungsansprüche aufgrund des Massengeschäftscharakters der Gasversorgung, vermag ein unzumutbares Ergebnis nicht zu begründen.

Ob ein sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleichlautender Verträge ergebender wirtschaftlicher Nachteil überhaupt geeignet sein kann, eine nicht mehr hinnehmbare Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu begründen, hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen (Urteil vom 14.07.2010, WM 2010, 1762 ff.; BGHZ 182, 59ff). Diese Frage bedarf auch hier keiner abschließenden Beurteilung. Denn der Tatsachenvortrag der Beklagten hierzu verfängt nicht. Um eine Existenzbedrohung durch die Zahl der Rückforderungsansprüche beurteilen zu können, muss die Beklagte Tatsachen vortragen, die eine Einschätzung ihres tatsächlichen Risikos erlauben. Dies tut sie jedoch nicht. So fehlt etwa jegliche Angabe der Anzahl der gegen sie geführten Rückforderungsprozesse einschließlich einer Darstellung der bisherigen zahlenmäßigen Entwicklung der Klageerhebungen, der Quote und der betragsmäßigen Höhe der bisherigen Verurteilungen, Zahlungen aufgrund von Prozessvergleichen und außergerichtlichen Vergleichen, der Anzahl und Quote der Klagerücknahmen bzw. Rücknahmen des Antrags auf Durchführung des streitigen Verfahrens nach Mahnbescheid, etwaige Kompensationen, etc. Allein die in den Raum gestellte Behauptung eines Rückforderungsrisikos in zweistelliger Millionenhöhe ist nicht ausreichend, um mit dem Argument des Massengeschäftscharakters ein erhebliches Missverhältnis zu belegen. Auch fehlen sämtliche Angaben zum Substanzwert der Beklagten, die es ermöglichen würden, die behaupteten Verluste der Beklagten in Relation zu dem wirtschaftlichen Gesamtkontext zu setzen.

Der Beklagten ist es auch verwehrt, den Entreicherungseinwand geltend zu machen. Auch wenn die dem Bereicherungsschuldner erwachsenen Erwerbskosten grundsätzlich im Rahmen des § 818 Abs.3 BGB anzurechnen sind, ist dies hier ausgeschlossen. Die Beantwortung der Frage, inwieweit nach eingetretener Bereicherung der Schuldner Aufwendungen im Zusammenhang mit der Erlangung des Bereicherungsgegenstands bereicherungs mindern geltend machen kann, hängt maßgeblich davon ab, wer nach den Vorschriften des fehlgeschlagenen Geschäfts das Entreicherungsrisko zu tragen hat (BGHZ 109, 139 ff.; 116, 251 ff.). Das Risiko hinsichtlich der Preiskalkulation und Preisgestaltung dahingehend, dass zumindest eine kostendeckende Gasversorgung der Kunden erfolgen kann, liegt bei dem Versorgungsunternehmen. Dieses Risiko kann die Beklagte als Verwenderin der unwirksamen Klausel nicht über § 818 Abs.3 BGB auf den Kunden transferieren. Hat sie für den Zeitraum der ihr zumutbaren Bindung höhere Erwerbskosten zu zahlen, fällt dies in ihren Risikobereich (OLG Köln, Urteil vom 19.02.2010, Az.: 19 U 143/09, ZNER 2010, 285 ff.).

Eine Preisabsprache ist zwischen den Parteien auch nicht durch konkludentes Verhalten dadurch zustande gekommen, dass der Kläger in Kenntnis der in der örtlichen Presse veröffentlichten und ihm jedenfalls durch die Jahresabrechnungen bekanntgegebenen Preiserhöhungen weiter Gas bezogen und die veränderten Tarife nicht in angemessener Zeit beanstandet hat. Bei der einseitigen Preiserhöhung eines Energieversorgungsunternehmens aufgrund einer Preisankpassungsklausel, die unwirksam oder nicht Vertragsbestandteil geworden ist, kann die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden (BGH, Urteil vom 14.07.2010, WM 2010, 1762 ff.). Die Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, impliziert aus Sicht des Kunden nicht ohne Weiteres den Willen des Versorgungsunternehmens, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Mit der Begleichung einer Rechnung bringt der Kunde zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein; über den Charakter als bloße Erfüllungshandlung hinaus enthält das vorbehaltlose Begleichen einer Rechnung keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen (BGH a.a.O.). Die

vom Bundesgerichtshof (BGHZ 178, 362; 172, 315) zu einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarifikundenvertrag ergangene Rechtsprechung, wonach im Falle eines bestehenden Preisänderungsrechts eine Preiserhöhung bei widerspruchslosem Weiterbezug als vereinbart gilt, ist auf Sondervertragsverhältnisse – wie hier – nicht übertragbar, weil hier nicht lediglich Ungewissheit darüber besteht, ob die Preisanpassung der Höhe nach der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs.3 BGB standhält, sondern ob überhaupt eine Berechtigung zur Preisanpassung besteht (BGH a.a.O.). Eine Änderung vorstehender Beurteilung ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – auch nicht deshalb geboten, da die Beklagte vor Rechnungsübersendung die geänderten Preise jeweils öffentlich bekannt gemacht hat. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Umstand den objektiven Erklärungswert der Rechnungsbegleichung beeinflussen sollte. Selbst wenn zuvor eine öffentliche Bekanntmachung erfolgt ist, kann die Rechnungsbegleichung aus Sicht eines objektiven Zahlungsempfängers nur dahingehend verstanden werden, dass sich der Kunde zum Ausgleich des Rechnungsbetrags verpflichtet hält.

Auch ist der Rückzahlungsanspruch des Klägers nicht verwirkt.

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend macht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (BGHZ 84, 280 f.; 105, 290 ff.; NJW 2008, 2254). Zumindest ist vorliegend das sog. Umstandsmoment nicht gegeben. Denn die Beklagte durfte sich hier nicht darauf einstellen, dass der Kläger sein Recht auf Rückforderung der zuviel geleisteten Beträge nicht mehr geltend macht. Selbst wenn der Kläger während der Vertragsbeziehung zu keinem Zeitpunkt den Preisanpassungen oder den darauf beruhenden Jahresrechnungen widersprochen hat, konnte dies kein berechtigtes Vertrauen der Beklagten dahingehend begründen, dass der Kläger sich nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen berufen wird. Denn der fehlende Widerspruch der Kläger vermag allein keinen Vertrauensstatbestand zu begründen. Ein mangelnder Widerspruch ist dem sog. Zeitmoment zuzuordnen, da das Untätigsein des Berechtigten den für die Verwirkung erforderlichen längeren Zeitraum konstituiert; ein Vertrauensstatbestand kann durch einen mangelnden Widerspruch nicht begründet werden. So könnte allein in der Tatsache, dass der Kläger erneut mit der Beklagten kontrahiert hat, ohne in diesem Zusammenhang die Unwirksamkeit der Preiserhöhung geltend zu machen, der erforderliche Vertrauensstatbestand begründet sein. Es ist indes nicht ersichtlich, dass dem Verhalten des Klägers der Erklärungswert zukommt, er erkläre sich mit den vergangenen Preiserhöhungen einverstanden. Mit dem Abschluss eines neuen Vertragsverhältnisses bringt der Kläger lediglich zum Ausdruck, dass er die Vertragsbeziehung mit der Beklagten nunmehr zu neuen Konditionen gestalten will. Ein Erklärungswert hinsichtlich des abgelösten Vertragsverhältnisses kommt dem Abschluss eines neuen Versorgungsvertrags nicht zu.

Die Beklagte kann sich hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs bzgl. des Abrechnungszeitraums 2006 auch nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 214 BGB berufen. Der Anspruch des Klägers ist insoweit nicht verjährt. Die bereicherungsrechtlichen Ansprüche des Klägers unterliegen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB. Die Verjährung beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste (§ 199 Abs.1 BGB). Nicht maßgeblich ist, dass der Kläger für das Verbrauchsjahr 2006 im Jahre 2006 bereits Abschlagszahlungen erbracht hat. Denn der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung ist erst bei Erteilung der Verbrauchsabrechnung im Jahre 2007 und nicht schon bei Leistung der Abschlagszahlung entstanden, weil der Kläger erst nach Abrechnung über den Verbrauchszeitraum in zumutbarer Weise Kenntnis über die Höhe

seines Verbrauchs und die zugrunde gelegten Preise nehmen konnte (LG Köln, Urteil vom 07.10.2010, Az.: 8 O 302/09). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Rückforderungsanspruch des Klägers erst mit Leistung des Verbrauchsentgelts an die Beklagte entstanden sein kann. Diese Leistung ist erst im Jahre 2007 erfolgt, indem die Abschlagszahlungen des Klägers mit dem Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Verbrauchsentgelts im Wege der Saldierung verrechnet wurden sowie durch Leistung eines sich nach der Saldierung ergebenden Nachzahlungsbetrags. Die Leistung der Abschlagszahlungen stellt dagegen keine Leistung auf die Vergütungspflicht für die konkrete Gaslieferung dar; sie hat ihren Rechtsgrund in der selbständigen vertraglichen Verpflichtung zur Leistung der Abschlagszahlungen.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Prozesszinsen aus § 291 BGB.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 91 Abs.1 ZPO und aus §§ 708 Nr.11, 711 ZPO.

Hain,
Richter

Ausgefertigt
Gelnhausen, 24. Oktober 2011

Ewig,
Urkundsbeamtin/-beamter der Geschäftsstelle

