

11 U 51/10

7 O 217/10 Landgericht Hanau

Verkündet laut Protokoll am
24. Januar 2012

Mikschy Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



E 30.1.12

**OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Kläger und Berufungskläger,

-Prozessbevollmächtigte:

Holling & Müller, Klosterstr. 22, 40211 Düsseldorf-

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

-Prozessbevollmächtigte:

Clifford Chance Partnergesellschaft, Königsallee 59, 40215 Düsseldorf-

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber als Einzelrichter auf die mündliche Verhandlung vom 13.12.2011

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 26.8.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Hanau – 7. Zivilkammer – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 4979,68 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5% - Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.11.2009 zu zahlen. Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 1/6 und die Beklagte 5/6.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung der jeweiligen Gegenpartei gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsschuldner Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e :

Der Kläger verlangt Rückerstattung von für die Belieferung mit Erdgas in den Jahren 2005 bis 2009 geleisteten Zahlungen wegen Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel. Die Beklagte belieferte den Kläger seit 1990 mit Erdgas auf der Grundlage eines Sondervertrages. Die in dem Formularvertrag enthaltene Preisanpassungsklausel ist nach der rechtskräftigen Entscheidung des Senats

vom 05.05.2009 (11 U 61/07 = ZNER 2009, 153) unwirksam. Mit Schreiben vom 02.02.2007 (Anl. B 1) widersprach der Kläger einer Preiserhöhung zum 01.07.2006. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlage B 1 verwiesen.

Wegen des weitergehenden Sach- und Streitstandes und der tatsächlichen Feststellungen wird gem. § 540 Abs. 1 Satz 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers meint, das Landgericht habe die widerspruchslose Hinnahme von Preisänderungen im Rahmen des Sondervertrages zu Unrecht als stillschweigende Vereinbarung eines neuen Individualpreises gewertet. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 14. Juli 2010, VIII ZR 246/08 ist sie der Auffassung, die Voraussetzungen einer in jener Entscheidung angedeuteten Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung seien von der Beklagten nicht ausreichend vorgetragen. Eine Anpassung des Vertrages wegen einer einseitigen Veränderung des Vertragsgefüges komme auch deswegen nicht in Betracht, weil der Beklagten - unstreitig - ein Kündigungsrecht zugestanden habe, von dem sie dem Kläger gegenüber schon aufgrund seines Widerspruchs am 2.2.2007 hätte Gebrauch machen können. Die Beklagte könne sich nicht darauf zurückziehen, dass sie in der Vergangenheit keine Veranlassung gehabt habe, von dem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen. Bereits Ende 2005/Anfang 2006 hätten zahlreiche ihrer Kunden den Gaspreisen widersprochen, so dass sie selbst von einer „Widerspruchswelle“ gesprochen habe. Seither ziehe sich der Gaspreisprotest wie ein roter Faden durch die Beziehung der Beklagten zu ihren Kunden. Auch die Möglichkeit der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel sei für die Beklagte ersichtlich gewesen. Entsprechend hätte, so meint der Kläger, die Beklagte auch eine frühzeitige Kündigung des jeweiligen Vertragsverhältnisses in Erwägung ziehen müssen.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung des am 26.08.2010 verkündeten und am 02.09.2010 zugestellten Urteils des Landgerichts Hanau - Az.: 7 O 217/10 – die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 6.132,78 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 16.11.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil und meint, das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien die Preise mit dem Stand 30.06.2006 in Höhe von 4,14 ct/kWh (netto) vereinbart worden seien. Die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel führe nicht dazu, dass die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 1999 geltenden Preise bei der Abrechnung zugrunde zulegen seien. Die Parteien hätten sich konkludent auf die jeweils gültigen Preise geeinigt. Dem stehe die Entscheidung des BGH vom 14.07.2010 nicht entgegen, denn der Kläger habe nicht nur die Rechnungen ohne Beanstandung bezahlt, sondern auch seinen Gasbezug bei der Beklagten fortgesetzt. Dem fortgesetzten Gasbezug komme nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Erklärungswert zu.

Dem Kläger stehe auch kein Anspruch auf Abrechnung zu den bei Vertragsschluss gültigen Preisen zu, weil dies zu einer unzumutbaren Verschiebung des Vertragsgefüges führe. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sei infolge der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel eine ergänzende Vertragsauslegung zum Zwecke der Lückenfüllung vorzunehmen. Diese Rechtsprechung finde nach der Entscheidung des BGH vom 14.07.2010 auch auf die vorliegende Konstellation Anwendung. Die Kriterien, die der BGH für die ergänzende Vertragsauslegung aufstelle, seien hier gegeben. Es habe ein langjähriges Vertragsverhältnis bestanden und der Kläger mache Rückzahlungsansprüche für länger zurückliegende Zeitabschnitte geltend. Ihre, der Beklagten Bezugskosten seien von 1990 bis 2009 in der Spitze um

321,46 % gestiegen. Angesichts dieser Bezugskostensteigerung führe ein Festhalten an dem Preis mit dem Stand 1990 zu einem erheblichen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Neben dieser individuellen Betrachtung müsse auch der Massengeschäftscharakter der Haushaltskundenversorgung berücksichtigt werden. Würden alle Kunden eine entsprechende Abrechnung verlangen, sähe sie, die Beklagte, sich Rückforderungsansprüchen in zweistelliger Millionenhöhe ausgesetzt.

Die ergänzende Vertragsauslegung sei auch nicht wegen der Möglichkeit, die Verträge zu kündigen, ausgeschlossen. Aufgrund des Widerspruchsschreibens des Klägers vom 02.02.2007 habe für sie kein Anlass zur Kündigung bestanden. Der Kläger habe mit diesem Schreiben deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er lediglich die Billigkeit der Tarife angreife. Aus ihrer Sicht habe jedenfalls kein Anlass bestanden, das Widerspruchsschreiben umfassender zu verstehen und davon auszugehen, dass der Kläger auch die Preisanpassungsklausel in Frage stellen wolle. Auch die „Widerspruchswelle“ im Jahr 2005/2006 habe sie, die Beklagte, nicht zu einer Kündigung veranlassen müssen. Abzustellen sei insoweit auf das einzelne Vertragsverhältnis. Greife der Kunde aus der Sicht des Gasversorgungsunternehmens lediglich die Billigkeit der konkreten Erhöhung an, so bestehe keine Veranlassung, den Vertrag durch eine Kündigung zu beenden. Insoweit nimmt die Beklagte Bezug auf einen Beschluss des OLG Hamburg vom 09.12.2010 (Anlage BB 8). Eine Kündigung sei ihr auch rechtlich nicht möglich gewesen, weil sie von den Kartellbehörden als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und Verstoßes gegen § 19 GWB gewertet worden wäre. Sie habe keinesfalls vor dem Urteil des Senats im Mai 2009 Anlass zu einer Vertragskündigung gehabt.

Als Konsequenz der erforderlichen Vertragsanpassung schulde der Kläger den Marktpreis. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des BGH in anderen Rechtsgebieten und sei auf den vorliegenden Fall zu übertragen. Entscheidend für die Ermittlung des Wertes des von dem Kläger verbrauchten Gases sei damit der Vergleichspreis, wobei die Beklagte für ihre Berechnung von einem Mittelwert zwischen dem günstigsten und teuersten Versorgungsunternehmen im streitigen Zeit-

raum ausgeht. Unter Zugrundelegung dieses Preises bestehe kein Rückzahlungsanspruch des Klägers.

Entsprechendes gelte aber auch, wenn man statt des Vergleichspreises den Kläger (nur) zur Zahlung eines kostendeckenden Preises verpflichtet ansähe. Bei einer Belieferung zu dem vom Kläger vorgestellten Preis mit dem Stand 1999 komme es zu einer Kostenunterdeckung um bis zu 57,71 %. Bei einer Belieferung zu einem die Kosten teilweise erheblich unterschreitenden Preis werde das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschoben. Der kostendeckende Preis sei lediglich die unterste Grenze des von dem Kläger geschuldeten Preises. Ergänzend beruft sich die Beklagte auf eine Vertragsanpassung unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie auf Verwirkung.

Neben dem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung ergebe sich die wirtschaftliche Unzumutbarkeit auch wegen bedrohlicher Liquiditätsengpässen. Im Nachgang zu der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main vom 05.05.2009 machten mehr Kunden Rückforderungen gegen die Beklagte geltend. Die potentielle Rückforderungssumme für 2007 bis 2009 belaufe sich auf 27,03 Mio. Euro. Damit sei diese mehr als dreimal so hoch wie ihr vor Steuern erzielter Gewinn. Schließlich sei gemäß § 306 Abs. 3 BGB der gesamte Vertrag unwirksam, wenn das Festhalten an ihm eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellte, so dass für diesen Fall von einem Recht der Preisanpassung aufgrund eines bestehenden faktischen Erdgasversorgungsvertrages ausgegangen werden müsse.

Selbst wenn dem Kläger Rückforderungsansprüche zustünden, könne er sich jedenfalls nicht auf den Anfangspreis mit Stand 1989 berufen. Angesichts des widersprüchlichen Verhaltens des Klägers sei kein Grund ersichtlich, weshalb er über den Zeitraum, in dem Rückforderungsansprüche noch geltend gemacht werden können, hinaus einen Anspruch auf Geltendmachung eines zeitlich noch früher liegenden Preises haben sollte. Da Ansprüche bezogen auf das Jahr 2005 verjährt seien, könne sich der Kläger nur auf die zum 01. Januar 2006 gültige Preisstellung

in Höhe von 4,14 ct/kWh berufen. Dies sei der letzte Preisstand im nicht verjährten Zeitraum. Mindestens dieser Preisstand sei zwischen den Parteien als Preissockel aber auch vereinbart. Sie, die Beklagte, habe die Erklärung des Klägers in seinem Widerspruchsschreiben vom 02.02.2007 dahingehend verstehen dürfen, dass er den Preisstand von 4,14 ct/kWh akzeptiere und lediglich darüber hinausgehenden Erhöhungen widerspreche. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

II.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

Dem Kläger steht ein Rückerstattungsanspruch hinsichtlich der in den Jahren 2006 bis 2009 erbrachten Zahlungen zu.

1.

Die von der Beklagten in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Sonderkundenvertrag verwendete Preisklausel ist unwirksam (Senatsurteil vom 05.05.2009; 11 U 61/07 a.a.O.). Davon gehen die Parteien auch im vorliegenden Rechtsstreit übereinstimmend aus.

Folge der unwirksamen Preisanpassungsklausel ist grundsätzlich, dass die von der Beklagten im Laufe der Vertragsbeziehung vorgenommenen einseitigen Preisänderungen nicht wirksam geworden sind, so dass der zu Beginn des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien vereinbarte Preis verbindlich bleibt.

a)

Die jeweiligen Preiserhöhungen sind auch nicht infolge einer stillschweigenden Vereinbarung des erhöhten Preises zu Vertragspreisen geworden.

Die vorbehaltlose Zahlung des auf der Grundlage einer unwirksamen Preisanpassungsklausel erhöhten Preises durch den Kunden kann nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden. Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des

Gaslieferungsvertrages hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Selbst wenn der Kunde aufgrund der Rechnungen Zahlungen erbringt, kommt darin zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält grundsätzlich über seinen Charakter als Erfüllungshandlung hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen. Die Rechtsprechung des BGH, wonach bei einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarifikundenvertrag von einer Vereinbarung des Preises auszugehen ist, wenn der Kunde auf der Grundlage einer öffentlich bekanntgegebenen einseitigen Preiserhöhung der Jahresabrechnung des Versorgungsunternehmens nicht widerspricht, ist auf die vorliegende Fallkonstellation nicht anwendbar. Denn anders als im vorliegenden Fall ist in einem Tarifikundenvertrag nicht zweifelhaft, ob das Versorgungsunternehmen den Preis überhaupt anpassen durfte, sondern besteht lediglich Ungewissheit darüber, ob die Preisanpassung der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB Stand hält. Eine weitergehende Auslegung des Kundenverhaltens dahin, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung, sondern – soweit es darauf ankommt – auch die Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiere, kommt nicht in Betracht (BGH, Urteile vom 14.7.2010, VIII ZR 246/08; vom 9.2.2011, VIII ZR 295/09).

b)

Soweit die Beklagte dem Verhalten des Klägers gleichwohl einen Erklärungswert beimessen und zu einer einvernehmlichen Vereinbarung der jeweils erhöhten Preise gelangen will, weil der Kläger nicht nur den Jahresabrechnungen nicht widersprochen, sondern weiterhin Gas von der Beklagten bezogen hat, kann sie damit vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung keinen Erfolg haben. Auch in den der erwähnten BGH - Rechtsprechung zugrunde liegenden Sachverhalten wurde der Gasbezug nach Widerspruch gegen die Preiserhöhungen fortgesetzt, ohne dass der BGH diesem Umstand eine entscheidungserhebliche Bedeutung beigemessen hätte.

1 U 51/10

Der Senat folgt nicht der Entscheidung des OLG Nürnberg (Urteil vom 7.12.2010, 1 U 2329/09), das eine verbindliche Preisvereinbarung in einem Sonderkundenverhältnis wegen der öffentlichen Bekanntgabe der Preiserhöhungen in einem für Preiserhöhungen in Grundversorgungsverhältnissen entsprechenden Verfahren angenommen hat. Welchen Erklärungswert das (stillschweigende) Verhalten eines Kunden hat, kann nicht davon abhängen, ob das Versorgungsunternehmen die - auf einer unwirksamen vertraglichen Vereinbarung beruhenden - Preiserhöhungen öffentlich bekannt macht.

c)

Aus dem Widerspruchsschreiben des Klägers vom 02.02.2007 folgt nichts anderes (Anlage B 1). Darin stellte der Kläger in Frage, ob die Beklagte überhaupt zur einseitigen Preisanpassung berechtigt ist und verlangte im Übrigen - für diesen Fall - den Nachweis der Billigkeit der Preisbestimmung gemäß § 315 BGB. Zwar heißt es darin weiter: „Andererseits ist mir bewusst, dass ich für die bezogene Energie einen angemessenen Preis bezahlen muss. Bis dieser feststeht, zahle ich unter Vorbehalt den bislang gezahlten Preis weiter.“ Daraus folgt jedoch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht, dass der Kläger den bisher bezahlten Preis bedingungslos als Sockelpreis akzeptieren und damit vereinbaren wollte. Das folgt schon daraus, dass der Kläger den bisherigen Betrag unter Vorbehalt zahlte, bis „...dieser (der Billigkeit entsprechende) Preis“ feststeht. Es spricht auch nichts dafür, dass der Kläger dem Nachweis einer Berechtigung zur Preisanpassung durch die Beklagte vorgeifen und sich möglicher Rückforderungsansprüche unabhängig von einer Stellungnahme der Beklagten begeben wollte.

2.

Liegt mithin eine wirksame Preisanpassungsklausel nicht vor und ist auch nicht von einer (stillschweigenden) Vereinbarung der erhöhten Preise auszugehen, so steht dem Kläger grundsätzlich ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch wegen der überhöhten Zahlungen zu, da die Beklagte die den vereinbarten Ausgangspreis übersteigenden Beträge ohne Rechtsgrund erlangt hat (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt.BGB).

a)

Ein Preisanpassungsrecht steht der Beklagten auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt 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 völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (BGH, Beschluss vom 7.9.2011, VIII ZR 25/11 = ZNER 2011, 620; Urteile vom 9.2.2011, VIII ZR 295/09; vom 13.1.2010, VIII ZR 81/08 jeweils m.w.N.). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Der Beklagten stand nach den im Zeitpunkt des ersten Widerspruchsschreibens des Klägers maßgeblichen vertraglichen Vereinbarungen das Recht zu, das Vertragsverhältnis entsprechend § 32 AVBGasV nach Ablauf der Mindestwartezeit mit Frist von einem Monat zu kündigen. In einem solchen Fall ist ihr, auch wenn sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, ein Festhalten am Vertrag nicht ohne weiteres unzumutbar (zuletzt BGH, Beschl. vom 7.9.2011 a.a.O.).

b)

Dass die Beklagte das Vertragsverhältnis nicht bereits zum 31.03.2007 beendet hat, kann ihr hinsichtlich der Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung geboten ist, nicht zum Vorteil gereichen, denn die Beklagte hatte jedenfalls im Hinblick auf das Schreiben des Klägers vom 2.2.2007 Anlass, eine Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Vertrages - etwa mit dem Ziel der Rückkehr in ein Tarifkundenverhältnis - in Betracht zu ziehen, um auf diese Weise einer unbefriedigenden Erlössituation zu begegnen. Zu Unrecht meint die Beklagte, das Schreiben habe ihr noch keine Veranlassung zu einer etwaigen Kündigung geben können, weil der Kläger darin deutlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er nur die Billigkeit der Preiserhöhung zum 1.7.2006 angreifen wolle. Schon dieses Verständnis erscheint nicht nachvollziehbar, denn eingangs des Schreibens heißt es ausdrücklich " (ich)...bitte zunächst um Mitteilung, woraus Sie die behauptete Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung herleiten wollen". Dessen

ungeachtet kommt es auf die tatsächlichen oder von der Beklagten vermuteten Gründe für den Widerspruch nicht an (BGH, Beschl. vom 7.9.2011 a.a.O. Rn. 5).

Ob sie darüber hinaus auch deshalb Anlass gehabt hätte, die Möglichkeit einer Kündigung des Vertrages zu prüfen, weil bereits im Januar 2006 mehrere andere Kunden gegen die von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen Widerspruch erhoben hatten und Anfang 2007 die Klage erhoben wurde, die letztlich zur Feststellung der Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel im Senatsurteil vom 5.5.2009 geführt hat, kann unter diesen Umständen dahin gestellt bleiben.

c)

Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Kündigung des Vertrages am Widerspruch der Kartellbehörden gescheitert wäre. Soweit sich die Beklagte auf eine Presseerklärung des Bundeskartellamtes vom 2.11.2006 beruft (Anl. BB 9), nach der sich die Kündigung günstiger Sonderverträge gegenüber Kunden, die einer Preiserhöhung widersprechen, als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, befasst sich diese Stellungnahme nicht mit dem Sonderfall einer Kündigung im Falle einer unwirksamen Preisanpassungsklausel zur Beseitigung einer unbefriedigenden Erlössituation. Kein Versorger kann verpflichtet werden, auf Dauer seine Leistungen unter Selbstkosten zu erbringen. Das gilt umso mehr, als die Beklagte ihren Kunden weiterhin einen günstigen Sondertarif hätte anbieten können, wenn sie lediglich im Wege der Änderungskündigung eine transparente Preisanpassungsklausel einbezogen hätte. Kartellrechtliche Bedenken hätten nach allem einer ordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht entgegengestanden (vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 29.5.2009, 19 U 52/08 = Anl. K 3).

Dass die Beklagte es gleichwohl unterlassen hat, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger zu beenden bzw. abzuändern, geht nach allem zu ihren Lasten, denn sie trägt das Risiko einer unzutreffenden rechtlichen Einschätzung der Vertragssituation.

3.

Bei der Prüfung, ob der ersatzlose Fortfall der Preisänderungsklausel für die Beklagte zu einem unzumutbaren Ergebnis führt, müssen deshalb die Belastungen außer Betracht bleiben, die sich daraus ergeben, dass das Vertragsverhältnis mit dem Kläger über den 31.03.2007 hinaus fortgesetzt wurde.

a)

Zwar hat der BGH bislang offen gelassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine andere Beurteilung geboten wäre, wenn es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auf für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen durch Klage auf Rückzahlung geleisteter Entgelte geltend macht. Sofern, so führt der BGH aus, in einem solchen Fall die Gestehungskosten des Gasversorgungsunternehmens erheblich gestiegen seien und sich daraus für die betroffenen Zeiträume ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von dem Unternehmen zu erbringenden Leistung und dem vereinbarten Preis ergebe, 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 bestanden habe (BGH, Urteil vom 14.7.2010, VIII ZR 246/08). Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

b)

Dass die Beklagte infolge der unterlassenen Kündigung zur teilweisen Rückerstattung des in den Jahren 2006 bis 2009 gezahlten Entgeltes verpflichtet ist, führt unter Abwägung aller zu berücksichtigenden Interessen zu keiner unbilligen Härte. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des OLG Koblenz an (Urteil vom 2.9.2010, U 1200/09 (Kart)). Wenn im Falle einer unwirksamen Preisänderungsklausel der Energieversorger einige Zeit an den ursprünglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, führt dies nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis. Würde man Unzumutbarkeit schon bei jeder nicht

abwälzbaren Kostenerhöhung bejahen, so liefe das darauf hinaus, den Versorger weitgehend von seinem Risiko als Klauselverwender zu entlasten. Bei der sich aus der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel ergebenden Gesamtbelastung ist aber auch zu berücksichtigen, dass der Kläger weitergehende Rückerstattungsansprüche aus dem Zeitraum vor 2006 wegen Verjährungseintritts nicht mehr geltend machen kann, so dass die Beklagte über einen sehr viel längeren Zeitraum als denjenigen, für den der Kläger nunmehr Rückerstattung verlangt, faktisch so gestellt war, als wäre die Preisanpassungsklausel wirksam. Entgegen der Auffassung der Beklagten steht einer "Saldierung" nicht entgegen, dass der Beklagten auch schon während des verjährten Zeitraums ein Preisanpassungsrecht zustand, denn die Klausel war von Anfang an unwirksam.

4.

Im individuellen Vertragsverhältnis der Parteien bestehen nach allem keine Gründe für eine ergänzende Vertragsauslegung zur Vermeidung einer unzumutbaren Härte zu Lasten der Beklagten. Aber auch soweit die Beklagte geltend macht, sie müsse infolge der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel mit massenhaften Rückforderungsansprüchen rechnen, die für sie ein existenzbedrohendes Ausmaß annehmen, kann sie damit keinen Erfolg haben. In der Rechtsprechung ist zwar bislang nicht geklärt, ob und unter welchen Voraussetzungen diesem Umstand für die Frage der ergänzenden Vertragsauslegung Bedeutung zukommt (BGH, Beschl. vom 7.9.2011 a.a.O. m.w.N.). Die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten haben jedoch - worauf sie vom Senat hingewiesen wurde - eher hypothetischen Charakter, weil die Beklagte in ihrem Vortrag unterstellt, dass sämtliche Kunden, in deren Verträgen dieselbe Preisklausel enthalten ist, Rückzahlungsforderungen erheben. Das konkrete Ausmaß des Risikos der Beklagten, massenweise auf Rückerstattung in Anspruch genommen zu werden, gibt ihr Vortrag dagegen nicht wieder, obwohl die Prozessbevollmächtigte des Klägers wiederholt behauptet hat, dass bislang allenfalls einige hundert Kunden Rückerstattungen forderten.

Ein Versorgungsunternehmen, das sich auf existenzbedrohende Verluste wegen massenhafter Rückforderungsansprüche beruft, muss jedenfalls substantiierten Tatsachenvortrag hierzu bringen (BGH, Beschl. v. 7.9.2011, a.a.O.). Allein ein hypothetisches Risiko reicht dafür nach Ansicht des Senats nicht aus, weil ein Versorgungsunternehmen dann das Risiko einer unwirksamen Preisanpassungsklausel stets schon mit dem Hinweis auf die Vielzahl abgeschlossener Sonderverträge auf den Kunden abwälzen könnte, ohne dass es im Einzelfall darauf ankäme, ob es tatsächlich zu "massenhaften Rückforderungen" kommt.

5.

a)

Der Gaslieferungsvertrag ist auch nicht insgesamt nichtig. Eine Gesamtnichtigkeit gem. § 306 BGB kommt nur in Betracht, wenn durch die unwirksame Klausel eine Lücke verbleibt, die weder durch dispositives Recht noch durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden kann, und das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellt. Das ist hier - wie dargelegt - nicht der Fall.

b)

Die Beklagte kann sich schließlich nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, um eine Anpassung des Vertrages gem. § 313 BGB zu erreichen. Eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn die eingetretene Störung nicht dem Risikobereich eines der Vertragschließenden zuzurechnen ist (BGH, NJW 2006, 899). Das Risiko, dass sich Teile von AGB als unwirksam erweisen, trägt aber grundsätzlich der Verwender (BGH, NJW 2008, 2840). Darüber hinaus trägt die Beklagte als Sachleistungsschuldner auch das Risiko der Steigerung der Beschaffungskosten, und zwar auch dann, wenn diese nicht mehr kostendeckend sind (BGH, NJW 1977, 2262).

6.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf Entreichung berufen, weil der Kläger seit seinem Widerspruch Zahlungen unter Vorbehalt geleistet hat (BGH a.a.O.).

7.

Die Ansprüche des Klägers sind nicht verwirkt. Es fehlt sowohl am Umstands- wie am Zeitmoment. Im Hinblick auf das Widerspruchsschreiben des Klägers und die über längere Zeit offene, aber umstrittene Rechtslage konnte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass der Kläger keine Rückforderungsansprüche mehr geltend machen würde. Angesichts der kurzen Verjährungsfrist von drei Jahren kommt eine Verwirkung in der Regel auch nur unter besonderen, engen Ausnahmeveraussetzungen in Betracht, für die hier keine Anhaltspunkte vorliegen.

8.

a)

Die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche sind jedoch teilweise, nämlich hinsichtlich der 2005 geleisteten Zahlungen verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist begann gem. § 199 BGB mit Ablauf des 31.12.2005. Die Verjährung beginnt mit der Zahlung der einzelnen Abschlagsbeträge und nicht erst mit dem Zugang der Jahresabrechnung (BGH ZNER 2009, 249; OLG Koblenz a.a.O. m.w.N.). Im Zeitpunkt der Beantragung des Mahnbescheides im Dezember 2009 war dieser Teil der Forderung daher verjährt.

b)

Im Übrigen greift die Verjährungseinrede nicht durch. Die streitigen Forderungen sind im Mahnbescheid ausreichend konkret bezeichnet worden. Das ergibt sich zumindest aus der Bezugnahme auf das Schreiben des Klägers - Kundennummer - im Mahnbescheid, mit dem er den Rückforderungsanspruch im Einzelnen berechnet hat (Anl. K 2). Zur hinreichenden Individualisierung genügt ein im Mahnbescheid in Bezug genommenes Anspruchsschreiben, auch wenn es nicht beigelegt ist (BGH, NJW 2008, 1220). Der Erlass des Mahnbescheids im

Dezember 2009 führte daher zu einer Verjährungshemmung hinsichtlich aller Rückforderungen ab dem Jahr 2006.

9.

Der verbleibende Rückerstattungsbetrag errechnet sich unter Berücksichtigung des verjährten Teils der Forderung wie folgt:

Insgesamt hat der Kläger für 2005 eine Rückforderung in Höhe von (2184,56 EUR - 940,40 EUR) 1244, 16 EUR geltend gemacht. Ausweislich des Kontoauszugs für 2005 sind darauf 82,06 EUR erst im Februar 2006 bezahlt worden, so dass diesbezüglich Verjährung nicht eingetreten ist, so dass Rückerstattungsansprüche für 2005 in Höhe von 1162,10 EUR verjährt sind und von der Klageforderung abzuziehen waren.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB.

10.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war zuzulassen, da insbesondere die Frage, inwieweit dem Umstand existenzbedrohender Verluste wegen massenhafter Rückforderungen bei der ergänzenden Vertragsauslegung Bedeutung zukommt, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang noch nicht entschieden ist (§ 543 ZPO).

Der Einzelrichter

Dr. Weber

