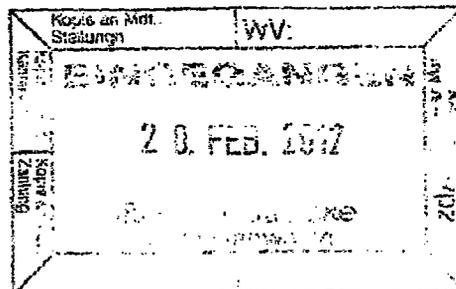


Abschrift

11 U 45/11
8 O 116/08 Landgericht Gießen

Verkündet laut Protokoll am
07.02.2012
Mikschy, Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Stadtwerke Gießen AG, vertreten durch den Vorstand Manfred Siekmann und Reinhard Paul, Lahnstraße 31, 35398 Gießen,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Gerhard Pflästerer, Grünberger Straße 64, 35394 Gießen,

gegen

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin Manuela Damm-Stracke, Leihgesterner Straße 2, 35440 Linden,

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel und die Richterin am Oberlandesgericht Bonkas aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.1.2011 für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 2. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Gießen - Az. 8 O 116/08 - vom 14.03.2011 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Die tatsächlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils werden gem. § 540 Abs. 1 ZPO in Bezug genommen und wie folgt ergänzt:

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Annahme des Landgerichts, dass der von der Beklagten vorgelegte Gaslieferungsvertrag G 01/95 vom 11.9.1995 zwischen den Parteien wirksam zum Abschluss gelangt sei. Eine Ausfertigung dieses Vertrags liege ihr nicht vor. Es sei auch vorstellbar, dass die Beklagte den von ihr, der Klägerin, angebotenen Gaslieferungsvertrag G 01/95 zunächst unbeachtet weggelegt und erst im Laufe des hiesigen Rechtsstreits herausgesucht und mit einer Unterschrift versehen habe. Gegenteiliges folge auch nicht aus ihrer an die Beklagte übersandten Vertragsbestätigung vom 10.10.1995. Mit dieser habe sie vielmehr den Gas-

lieferungsvertrag bestätigt, welcher zwischen den Parteien nach Maßgabe der §§ 1, 2 AVBGasV zustande gekommen sei.

Aber auch bei Annahme des Abschlusses eines schriftlichen Gaslieferungsvertrags der Parteien entsprechend dem Vordruck G 01/95 sei jedenfalls von einer wirksamen Einbeziehung der AVBGasV in das Vertragsverhältnis der Parteien auszugehen. Soweit das Landgericht eine solche mit Blick auf § 305 Abs. 2 BGB verneint habe, da die vertraglichen Regelungen der Ziff. 3 – 5 nicht in Einklang mit den Vorschriften der AVBGasV stünden, liege dem ein falscher Prüfungsmaßstab zugrunde, weil es auf eine völlige Deckungsgleichheit nicht ankomme. Auch hinsichtlich der Frage der unveränderten Übernahme des gesetzlichen Preisänderungsrechts nach § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV entsprechend der höchstrichterlichen Leitbildrechtsprechung sei das Landgericht zu einem falschen Ergebnis gekommen. Es habe verkannt, dass es sich bei der Regelung in Ziff. 3 des Vertrags nicht um eine Preisanpassungs-, sondern um eine Steuer- und Abgabenklausel handele. Soweit es der Beklagten nicht möglich gewesen sein sollte, genau zwischen Preiserhöhungen auf deren Grundlage und solchen auf Grundlage von Nr. 5 des Vertrags i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV zu unterscheiden, folge hieraus keinerlei inhaltliche Benachteiligung ihrerseits. Ein etwaiger Verstoß gegen das Transparenzgebot führe daher nicht zur Unwirksamkeit der Klausel in Ziff. 3. Der unveränderten Übernahme des gesamten Preisanpassungsrechts aus § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV stehe auch nicht die Vertragsregelung Ziff. 4 entgegen, da der darin enthaltene Hinweis ersichtlich nur die Form der Preisanpassung regle und damit das gesetzliche Preisänderungsrecht konkretisiere. Jedenfalls erfasse eine etwaige Unwirksamkeit der Regelungen in Ziff. 3, 4 und 6 des Vertrags nicht automatisch auch die Preisanpassungsklausel aus Ziff. 5 des Vertrags i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV. Gegenstand einer Inhaltskontrolle sei nämlich immer nur eine konkrete Vertragsklausel.

Fehlerhaft habe das Landgericht ferner den Widerspruchsschreiben der Beklagten keinen entscheidungserheblichen Inhalt beigemessen. Die Klägerin meint, sie habe den darin enthaltenen Verweis auf die Vorschrift des § 315 BGB nur so verstehen können, dass die Beklagte nicht ihre grds. Berechtigung zur Vornahme von Preisanpassungen habe angreifen, sondern mangels Billigkeit lediglich die Berechtigung zu der konkret angekündigten Preisanpassung habe in Frage stellen wollen. Damit habe

sich die Beklagte einer einseitigen Leistungsbestimmung durch sie, die Klägerin, vorbehaltlich der Durchführung einer Billigkeitsprüfung unterworfen. Aufgrund der Tatsache, dass sie in der Folgezeit bis zum Vertragsende weiter einseitig die Preise gegenüber der Beklagten erhöht habe, sei somit bereits im Jahre 1995 konkludent eine Vereinbarung über das Bestehen ihres Rechts zur Vornahme von einseitigen Preisadjustierungen zwischen den Parteien zustande gekommen, welche auch nicht durch das von dem Landgericht in Bezug genommene Schreiben der Beklagten vom 3.7.2007 zu Fall gebracht worden sei.

Außerdem habe das Landgericht zu Unrecht das Vorliegen der Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung verneint. Die Klägerin behauptet, der 1995 vereinbarte Preis habe bereits ab Beginn der ersten Preiskürzung der Beklagten im Oktober 1995 nicht mehr ausgereicht, um die bei deren Belieferung mit Erdgas entstandenen Fremdkosten für Gasbezug und Netznutzung decken zu können. Ihre Kostenunterdeckung infolge Belieferung der Beklagten mit Gas in den Jahren 2005 – 2010 beziffert die Klägerin auf € 6.956,54. Ferner bleibe auch die eingetretene Teuerungsrate gänzlich unberücksichtigt, was zu einem finanziellen Vorteil auf Seiten der Beklagten aufgrund ihres Verbrauchs in 2007 – 2010 in Höhe von insgesamt € 1.306,45 führe. Zudem sei der vom Landgericht für die Jahre 2007 – 2010 ausgeurteilte Rückzahlungsbetrag zu berücksichtigen. Damit verschiebe sich das Vertragsgefüge infolge des Wegfalls einer Preisanpassungsberechtigung ihrerseits völlig einseitig zu Gunsten der Beklagten, während sie, die Klägerin, übervorteilt werde. Da sie bei Erhalt des Preiskürzungsschreibens der Beklagten im Oktober 2005 fest vom Bestehen eines Tarifikundenverhältnisses ausgegangen sei, habe für sie zunächst auch kein Anlass bestanden, der Beklagten gegenüber eine Vertragskündigung auszusprechen.

Schließlich könnten auch die der Beklagten zuerkannten Rückforderungsansprüche keinen Bestand haben. Das Landgericht habe das Schreiben der Beklagten vom 19.1.2009 unberücksichtigt gelassen. Das darin ohne jeden Vorbehalt enthaltene Angebot habe sie, die Klägerin, als rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft ohne ausdrückliche Erklärung annehmen können. Damit sei für den Verbrauchszeitraum 1.12.2007 bis 28.11.2008 wenigstens ein Arbeitspreis in Höhe von 3,19 Ct/kWh anzusetzen, so dass sich ein etwaiger Rückzahlungsanspruch der Beklagten auf

€ 778,05 reduziere. Wegen der Berechnung wird auf den Schriftsatz vom 16.6.2011, Seite 31 verwiesen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 14.3.2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Gießen – Az. 8 O 116/08 - die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 10.620,87 nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus € 6.397,27 ab Rechtshängigkeit bis 23.2.2009 sowie aus € 1.424,44 seit Zustellung der Klageänderung vom 15.1.2009 bis zum 23.2.2009, aus € 5.162,46 vom 24.2.2009 bis Zustellung der Klageänderung vom 26.7.2010 und aus € 10.620,87 seit Zustellung der Klageänderung vom 26.7.2010 zu zahlen;

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

II.

Die Berufung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 ZPO). Sie hat indes keinen Erfolg.

A.

Zu Recht hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf rückständige Zahlungen aus erfolgten Gaslieferungen im Hinblick auf die von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen nicht zu.

1.

Die von der Klägerin vorgenommenen streitgegenständlichen Preiserhöhungen wurden von den Parteien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart, noch stand der Klägerin ein wirksames einseitiges Preiserhöhungsrecht zu.

Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass sich die Klägerin für die im streitgegenständlichen Zeitraum vom 1.10.2005 bis zur Einstellung ihrer Gaslieferung an die Beklagte per 1.10.2010 vorgenommenen Gaspreisänderungen nicht unmittelbar auf ein gemäß § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bestehendes gesetzliches Preisänderungsrecht stützen kann. Die bis zum 7.11.2006 geltenden Vorschriften der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit Gas (AVBGasV; außer Kraft getreten gemäß Art. 4 der VO zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1.11.2006, BGBl. I S. 2477) sind nicht von Gesetzes wegen automatisch Vertragsbestandteil des zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrags geworden. Denn bei der Beklagten handelte es sich nicht um einen Tarifkunden i.S. von § 1 Abs. 2 AVBGasV.

a) Im Ergebnis zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der von der Beklagten vorgelegte schriftliche Gaslieferungsvertrag G 01/95 vom 11.9.1995 zwischen den Parteien wirksam zustande gekommen ist. Unstreitig trägt das Vertragsformular die aufgedruckte Unterschrift zweier zeichnungs- und vertretungsberechtigter Vertreter der Klägerin. Die Klägerin greift mit ihrer Berufung auch nicht die Feststellung des Landgerichts an, dass dieses mit ihrem Einverständnis der Beklagten als potentieller Gaskundin ausgehändigt und ihr damit die Schließung eines entsprechenden Vertrags angetragen wurde (§ 145 BGB). Dieses verbindliche Vertragsangebot, das die Klägerin gegen sich gelten lassen muss, ist seitens der Beklagten angenommen worden und hat damit zu einem wirksamen Vertragsschluss geführt. Zwar ist die Annahmeerklärung grds. eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die erst mit ihrem Zugehen wirksam wird. Entgegen der Ansicht der Klägerin greift hier jedoch die Ausnahme des § 151 BGB. Nach dieser Vorschrift ist der Zugang der Annahme gegenüber dem Antragenden u.a. entbehrlich, wenn der Antragende auf sie verzichtet hat. Eine Verzichtserklärung seitens der Klägerin folgt hier aus Ziff. 6 des Vertrags, wonach dieser mit der Unterzeichnung in Kraft tritt. Der Ver-

trag ist somit nach § 151 BGB durch die Unterschrift des vertretungsberechtigten Ehemanns der Beklagten am 11.9.1995 zustande gekommen. Aus der in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 12.8.2010 zu Protokoll gegebenen Erklärung der Beklagten lässt sich entnehmen, dass diese Unterschriftsleistung ihres Ehemanns am 11.9.1995 erfolgte. Soweit die Klägerin mit der Berufung in Zweifel zieht, auf welches Dokument bezogen diese Angaben der Beklagten zu verstehen seien im Hinblick auf die ebenfalls von ihrem Ehemann am 11.9.1995 unterschriebene Fertigstellungsanzeige, vermag der Senat diese Bedenken nicht zu teilen. Denn die Erklärung der Beklagten zu den zeitlichen Umständen der Unterschriftsleistung erfolgte eindeutig im Kontext zu ihrer vorangegangenen Aussage, ihr Mann habe den vorgelegten Vertrag unterschrieben. Hierfür spricht ferner der im Protokoll festgehaltene Gang der Verhandlung, wonach die Erklärung der Beklagten auf Nachfrage des Landgerichts erfolgte, nachdem dieses zuvor einen rechtlichen Hinweis gerade im Hinblick auf den vorgelegten Vertrag vom 11.9.1995 erteilt hatte. In erster Instanz hatte die Klägerin die daraus folgende zeitliche Einordnung der Unterschriftsleistung des Ehemanns der Beklagten auf dem Gaslieferungsvertrag G 01/95 nicht in Abrede gestellt, sondern ihr Bestreiten auf den Zugang des gegengezeichneten Vertrags bei ihr beschränkt. Entsprechend ist der streitige Klägervortrag in dem erstinstanzlichen Urteil wiedergegeben. Erstmals in ihrer Berufungsbegründung hat die Klägerin die Vermutung geäußert, dass die Unterschriftsleistung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgt sein könnte. Das darin liegende Bestreiten erfolgt indes verspätet, denn die Kenntnis von den Tatsachen, aus denen sich die Schlussfolgerung auf die bereits am 11.9.1995 erfolgte Vertragsunterzeichnung seitens des Ehemanns der Beklagten herleiten lässt, hatte die Klägerin mit der Erklärung der Beklagten im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 12.8.2010 erlangt.

b) Zu Recht hat das Landgericht den in Rede stehenden Gaslieferungsvertrag als Sonderkundenvertrag eingeordnet.

Für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um Tarif- bzw. Grundversorgungsverträge handelt, kommt es darauf an, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu Allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG 1935), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen (§ 36 Abs. 1 EnWG 2005) im Rahmen einer Versorgungs-

pflicht oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet. Die Abgrenzung hat hierbei gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung der ausdrücklich oder konkludent abgegebenen Vertragserklärungen aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers zu erfolgen [BGH Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 225/07, Rn. 14; VIII ZR 56/08 – Rn. 13 m.w.N.].

Seinem Wortlaut nach war das Angebotsformular für den Vertrag G 01/95 aus der – maßgeblichen – Sicht der Beklagten als durchschnittlichem Abnehmer auf den Abschluss eines Sondervertrags und nicht auf die Eingehung eines Tarifikundenvertrags mit unmittelbarer Geltung der AVBGasV gerichtet.

Zunächst wurde der für die Beklagte bei Vertragsschluss maßgebliche Tarif Nr. 2240 von der Klägerin selbst ausdrücklich als „Sonderpreis“ bezeichnet. Ferner hatte die Klägerin hier Bedingungen aufgestellt, die gemäß Ziff. 5 des Vertrags die Geltung der AVBGasV nur vorsehen, „soweit nichts anderes bestimmt ist“. Dieser Regelung hätte es nicht bedurft, wenn das Angebot der Klägerin über Gaslieferungen nach den Sonderpreisen des Tarifs Nr. 2240 im Rahmen ihrer Grundversorgungspflicht erfolgte, da in diesem Fall die AVBGasV von Gesetzes wegen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AVBGasV) Bestandteil des Versorgungsvertrags geworden wäre [vgl. BGH Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 56/08, Rn. 16; Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 225/07, Rn. 17].

2.

Für die Wirksamkeit der von der Beklagten beanstandeten Preiserhöhungen kommt es deshalb darauf an, ob die Klägerin sich wirksam ein Preisänderungsrecht vorbehalten hat. Eine tatsächliche oder rechtliche Grundlage, die die Klägerin zur einseitigen Änderung des laufenden Vertrags berechtigt hätte, ist indes nicht ersichtlich.

Das Preisbestimmungsrecht, das die Klägerin für sich in Anspruch nimmt, ergibt sich vorliegend nicht aus einer gesetzlichen Regelung. Es kann nur vertraglicher Natur sein. Erforderlich ist damit eine vertragliche Vereinbarung, und zwar entweder durch eine ausdrückliche Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin oder eine darin enthaltene Bezugnahme auf anderweitige Regelungen, die ein einseitiges Preisbestimmungsrecht begründen.

a) Eine Recht zur Preisänderung seitens der Klägerin ergibt sich nicht aus Ziff. 3 des Vertrags. Denn hierbei handelt es sich nicht um eine eigenständige Vereinbarung für eine Preisänderung aufgrund gestiegener Gasbezugskosten, sondern vielmehr um eine Steuer- und Abgabenklausel, welche allein den Anpassungsautomatismus für den Fall festlegt, dass nach Vertragsabschluss erlassene Gesetze oder sonstige Bestimmungen Auswirkungen auf den Gaspreis haben, wie etwa Veränderungen des Mehrwertsteuersatzes. Demgemäß stützt die Klägerin die von ihr beanspruchte Weitergabe gestiegener Gasbezugskosten, mit welcher sie ihre hier streitgegenständlichen Preiserhöhungen begründet, materiell auch nicht auf Ziff. 3 des Vertrags, sondern auf die in Ziff. 5 des Vertrags erfolgte Bezugnahme auf § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV.

b) § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV ermöglicht es den Gasversorgungsunternehmen, im Rahmen von Tarifversorgungsverträgen ihre allgemeinen Tarife und Versorgungsbedingungen einseitig, d.h. ohne Mitwirkung ihrer Vertragspartner zu ändern. Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH ist eine Preisanpassungsklausel, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV unverändert in einen Sonderkundenvertrag übernimmt, also davon nicht zum Nachteil des Kunden abweicht, wirksam und stellt keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB dar [vgl. BGH Urt. 15.7.2009 –VIII ZR 225/07 Rn. 19, 23f; Urt. v. 28.10.2009 – VIII ZR 320/07, Rn. 29; Urt. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08, Rn. 33].

Vorliegend enthält der Vertrag in Ziff. 5 eine rechtsgeschäftliche Verweisung auf die Vorschriften der AVBGasV. Gleichwohl fehlt es an einer wirksamen Einbeziehung der Bestimmungen der AVBGasV in das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis. Voraussetzung der Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag ist sowohl nach § 2 AGBG a.F. als auch nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dass die Klägerin der Beklagten bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Verordnungstextes verschafft hätte, auch wenn dieser gebräuchlich und veröffentlicht sein mag [Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 305 Rn. 34]. Solches ist hier nicht dargetan. Der Erhalt der AVBGasV wird seitens der Beklagten bzw. ihres Ehemanns weder mit der Unterschrift unter die Anmeldung zum

Anschluss an das Gasnetz der Klägerin vom 30.3.1982 noch unter die Fertigstellungsanzeige bestätigt. Es bedarf auch keiner näheren Aufklärung, ob - wie von der Klägerin unter Beweisantritt behauptet - der vollständige Text der AVBGasV der Übersendung der Vertragsbestätigung vom 10.10.1995 beigelegt war. Denn eine erst nach dem Vertragsschluss erfolgte Übersendung genügt nicht; vielmehr muss dem oben dargelegten Erfordernis für eine Einbeziehung im Zusammenhang mit den Erklärungen entsprochen werden, die zum Abschluss des konkreten Vertrags geführt haben.

c) Aber auch wenn man mit der Klägerin davon ausgeht, dass die AVBGasV - deren Übersendung an die Beklagte unterstellt - im Wege einer Änderungsvereinbarung gemäß § 305 Abs. 2 BGB in den Gasliefervertrag der Parteien einbezogen worden sind, wäre damit keine vollständige Einbeziehung des Wortlauts der AVBGasV verbunden, bei der von einer unveränderten Übernahme des in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV geregelten Preisänderungsrechts in einen zwischen den Parteien bestehenden Sonderkundenvertrag auszugehen wäre [BGH Ur. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08, Rn. 32, 37]. Das von der Klägerin verwendete Vertragsformular G 01/95 beschränkt sich nicht auf einen schlichten Verweis auf die AVBGasV. Allein schon nach ihrem Wortlaut kommt die Verweisung nach Ziff. 5 des Vertrags nur zum Tragen, „soweit nichts anderes bestimmt ist“, so dass die AVBGasV nur subsidiär gelten soll.

d) Eine vollständige Einbeziehung der AVBGasV ergibt sich auch nicht daraus, dass der Vertrag keine den Regelungen der AVBGasV zuwiderlaufenden Regelungen enthält, wie die Klägerin meint. Die Vertragsbedingungen der Klägerin in ihren Formularverträgen sind als Allgemeine Vertragsbedingungen ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners einheitlich so auszulegen, wie sie von einem verständigen und redlichen Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden [vgl. BGH Ur. v. 9.2.2011 – VIII ZR 295/09, Rn. 40]. Aus dessen Sicht lässt sich eine ergänzende Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV der ausgesprochenen Verweisung aber nicht mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Klarheit (§ 305 c Abs. 2 BGB) entnehmen. Darüber hinaus ist ein solches Verständnis auch nicht mit den aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB folgenden Transparenzanforderungen zu vereinbaren.

Zunächst weichen die in Rede stehenden Vertragsbestimmungen bereits in formaler Hinsicht insoweit von der AVBGasV ab, als diese eine Ziff. 3 des Vertrags entsprechende Regelung dem Wortlaut nach nicht enthält. Damit fehlt es an einer unveränderten Übernahme der Preisänderungsklausel in § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV.

Des Weiteren wird für den Kunden nicht ohne Weiteres klar, dass der Regelungsgehalt von Ziff. 3 des Vertrags von demjenigen des § 4 AVBGasV abweicht. Zwar handelt es sich bei Ziff. 3 des Vertrags dem Wortlaut nach um eine reine Steuer- und Abgabenklausel, während sich die materiell-rechtliche Befugnis zur Preisanpassung aufgrund gestiegener Bezugskosten nur aus der ergänzend heranzuziehenden Bestimmung des § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV ergeben haben könnte. Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass sich der dergestalt beschränkte Regelungsgehalt der Ziff. 3 des Vertrags den Vertragskunden der Klägerin allein anhand des Vertragstextes erschloss. Denn die systematische Ausgestaltung des Vertrags, welcher in Ziff. 3 die Möglichkeit zur Preisanpassung aufgrund gesetzlicher Änderungen und Änderungen „sonstiger Bestimmungen“ ausdrücklich zum Gegenstand einer Sonderregelung macht und damit aus dem sachlichen Anwendungsbereich der AVBGasV herausnimmt, obwohl hierdurch bedingte Preisänderungen auch nach § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV zu berücksichtigen wären, legt vielmehr ein Verständnis nahe, dass die Regelung in Ziff. 3 sich – zumindest bei Anwendung der Unklarheitsregelung nach § 305 Abs. 2 BGB – als abschließend darstellt. Diese Sichtweise wird noch dadurch verstärkt, dass die unmittelbar anschließende Ziff. 4 des Vertrags die Veröffentlichung der Gaspreisänderung in der Gießener Tagespresse vorsieht. Damit bliebe aber unklar, dass eine weitergehende materielle Befugnis der Klägerin zur Vornahme einseitiger Gaspreisanpassungen etwa wegen veränderter Bezugskosten aus der in der nachfolgenden Ziff. 5 des Vertrags enthaltenen subsidiären Bezugnahme auf die AVBGasV folgen sollte, weil diese auch die – ungeschriebenen – Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV umfasste.

Aber auch soweit ein Kunde der Klägerin aus den Vertragsbedingungen entnahm, dass dieser ein Recht zur Vornahme von Preiserhöhung aus Ziff. 3 des Vertrags neben demjenigen aus Ziff. 5 des Vertrags i.V.m. § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV zustand, war für ihn nicht erkennbar, auf welche dieser Grundlagen Preiserhöhungen seitens der Klägerin erfolgten. Diese mangelnde Unterscheidbarkeit wirkt sich insofern nachteilig

aus, als eine hinreichende Grundlage für eine Entscheidung fehlt, einer Preiserhöhung zu widersprechen mit dem Ziel, diese gerichtlich auf ihre Billigkeit überprüfen zu lassen.

e) Darüber hinaus gehört nach der Rechtsprechung des BGH zu einer unveränderten Übernahme der in der AVBGasV enthaltenen Preisanpassungsregelungen in Sondervertragsbedingungen zugleich die Einräumung eines dem § 32 AVBGasV entsprechenden Kündigungsrechts, um die erforderliche sachliche Gleichbehandlung von Tarif- und Sonderkunden in jeder Hinsicht sicher zu stellen. Die Bestimmungen zur Preisanpassung stehen in einem untrennbarem Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht und gewährleisten erst im Gesamtzusammenhang zwischen der danach zu fordernden Transparenz und dem Kündigungsrecht, dass der Kunde sich spätestens gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Preisänderung vom Vertrag lösen kann [BGH Urt. v. 9.2.2011 – VIII ZR 295/09 – Rn. 44 ff].

An dieser Anforderung gemessen weicht die von der Klägerin in ihren Bedingungen vorgesehene Kündigungsmöglichkeit – jedenfalls bei der nach der Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 BGB gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung – zum Nachteil des Kunden von § 32 Abs. 2 AVBGasV ab und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Das von der Klägerin verwendete Vertragsformular G 01/95 nimmt nämlich unter Ziff. 6 nur das Kündigungsrecht nach § 32 Abs. 1 AVBGasV ausdrücklich in Bezug; ob ergänzend das nach Abs. 2 eingeräumte Sonderkündigungsrecht Anwendung finden soll, ist jedenfalls unklar nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn die Beklagte konnte Ziff. 6 des Vertrags auch dahin verstehen, dass es sich um eine vorrangige und insoweit abschließende Regelung ihres Kündigungsrechts handelt, zumal bei einer umfassenden Geltung des § 32 AVBGasV für eine gesonderte Wiedergabe von dessen Abs. 1, letzter Halbsatz kein nachvollziehbarer Grund erkennbar ist.

f) Schließlich können die erfolgten Preiserhöhungen auch nicht auf den zwischenzeitlich in Kraft getretenen § 5 Abs. 2 GasGGV gestützt werden. Da es bereits an einer wirksamen Einbeziehung des § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV als Vorgängerregelung fehlt, scheidet auch eine Anwendung der danach geltenden Vorschriften der Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV) aus.

3.

Die erhöhten Preise sind zwischen den Parteien auch nicht stillschweigend vereinbart worden. Rechtlich ohne Relevanz ist, dass die Beklagte die von der Klägerin einseitig vorgenommenen Gaspreiserhöhungen in dem hier relevanten Zeitraum von 9/1995 bis 9/2005 und die darauf basierenden Jahresabrechnungen zunächst ohne Beanstandung hingenommen und entsprechende Zahlungen erbracht hat.

Bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens mangels wirksam vereinbarter Preisanpassungsklausel kann das Unterbleiben eines Widerspruchs durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden. Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preis ausweist, nicht ohne Weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Eine Übertragung der insoweit ergangenen Rechtsprechung zu einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarifkundenvertrag hat der BGH auf Fälle, in denen nicht (nur) die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit steht, sondern in denen es bereits – wie hier – an einem wirksamen Preisanpassungsrecht des Versorgungsunternehmens fehlt, weil die Preisanpassungsregel nicht Vertragsbestandteil geworden ist, hat der BGH ausdrücklich abgelehnt [BGH Urt. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08, Rn. 57 ff].

4.

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist ihr der geltend gemachte Zahlungsanspruch trotz fehlender Preisanpassungsklausel bei Nachweis der Billigkeit auch nicht aufgrund der von der Beklagten im Zusammenhang mit den Preiswidersprüchen abgegebenen Erklärungen zuzubilligen.

a) Dass die Beklagte mit ihren Widerspruchsschreiben eine rechtsverbindliche Erklärung des Inhalts abgegeben wollte, Preisanpassungen stets dann zu akzeptieren, wenn und soweit sie billigem Ermessen entsprechen, und insoweit eine Änderung des Gaslieferungsvertrags hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeiführen wollte, lässt sich nicht feststellen. Denn die Beklagte beschränkte sich in ihren

Schreiben nicht auf einen Verweis auf die Vorschrift des § 315 BGB. Bereits in ihrem ersten Widerspruchsschreiben vom 28.10.2005, auf welches sie in ihrem Folgeschreiben ausdrücklich Bezug nahm, stellte die Beklagte nicht nur die Billigkeit der angekündigten einseitigen Gaspreiserhöhung seitens der Klägerin in Frage, sondern griff auch die Berechtigung der Klägerin zur einseitigen Preisänderung an sich an und forderte diese unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit von Preisklauseln dazu auf, ihre Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung nachzuweisen. Solches folgt auch aus ihrem Widerspruchsschreiben vom 19.1.2009, in welchem sie auf ihre Einwendungen in dem hiesigen Verfahren verwies. Hier vertrat sie gleichfalls von vornherein die Ansicht, dass es der Klägerin an der Berechtigung fehle, einseitige Preiserhöhungen im Vertragsverhältnis der Parteien vorzunehmen. Entsprechend bat sie auch in ihren jeweils gleichlautenden Widerspruchsschreiben vom 3.12.2007, 18.9.2008 und 16.2.2010 die Klägerin stets um Nachweis ihrer Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung. Damit war aber gegenüber der Klägerin klar zum Ausdruck gebracht, dass die Beklagte ihre grds. Berechtigung zur Vornahme von Preiserhöhungen in Abrede stellte und sich nicht nur mangels Billigkeit gegen die konkret angekündigten Preiserhöhungen wenden wollte.

Demnach ist die von der Klägerin in Bezug genommene Entscheidung des OLG Nürnberg vom 21.12.2010 - 1 U 2329/09 – hier nicht einschlägig, wonach mit dem Billigkeitseinwand gegenüber der Höhe einer Preisänderung verbunden mit der Erklärung, künftig lediglich eine Preiserhöhung in Höhe von einem niedrigeren Prozentsatz zu zahlen, eine konkludente Erklärung dahingehend vorliegen soll, sich der einseitigen Leistungsbestimmung durch die andere Seite unter Vorbehalt der Billigkeitsprüfung zu unterwerfen. Denn anders als in dem dort maßgebenden Widerspruchsschreiben hatte sich hier die Beklagte gerade nicht auf die Aufforderung eines Nachweises der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Preiserhöhung gegenüber der Klägerin beschränkt, sondern deren Berechtigung zu dieser an sich angegriffen.

b) Nach den vorstehenden Ausführungen kommt auch dem Umstand, dass die Beklagte trotz ihrer Widersprüche - erstmals gegen die Preiserhöhung ab 1.10.2005 - ihren Zahlungen für die nachfolgenden Verbrauchsabrechnungszeiträume den bis dahin (vermeintlich) gültigen Preis von 3,366 Ct/kWh zugrunde legte, keine rechtliche Bedeutung zu. In diesem Lichte ist auch ihre Erklärung mit Schreiben vom

20.12.1995 zu sehen, die Verbrauchswerte auf Basis der von ihr akzeptierten Daten, Stand bis 10/2005 mit einem Preis von 3,366 Ct/kWh abzurechnen. Gleichermäßen kommt ihrer mit Schreiben vom 19.1.2009 angeigten Bereitschaft, auf Basis des Jahres 2004 in Höhe von 3,19 Ct/kWh abzurechnen, keine weitergehende Bedeutung zu. Diese stand aufgrund der bisher zwischen den Parteien geführten Korrespondenz und dem von der Beklagten vertretenen Rechtsstandpunkt in dem bereits zu diesem Zeitpunkt anhängigen Rechtsstreit ersichtlich unter dem Vorbehalt, dass die Klägerin zu einer einseitigen Leistungsbestimmung überhaupt befugt ist. Ebenso wenig belegen die Widerspruchsschreiben der Beklagten vom 3.12.2007, 18.9.2008 und 16.2.2010, dass diese den Gaspreis der Klägerin zum Stand 9/06, mithin in Höhe von 4,22 Ct/kWh anerkennen wollte mit der Folge, dass der Arbeitspreis in dieser Höhe zu einem zwischen den Parteien vereinbarten Preis geworden wäre. Darin erklärt die Beklagte lediglich, bis zu den von ihr geforderten Nachweisen (Berechtigung zur einseitigen Preisanpassung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der erhöhten Preise) künftig Zahlungen unter Zugrundlegung des genannten Gaspreises zu leisten; zugleich wies sie aber ausdrücklich darauf hin, die Zahlungen unter Vorbehalt der Rückforderung eventueller Überzahlungen und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht zu erbringen. Hiermit war auch aus Sicht der Klägerin als Erklärungsempfängerin erkennbar kein Angebot seitens der Beklagten verbunden.

5.

Ebenso wenig lässt sich ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin aus einer ergänzenden Vertragsauslegung herleiten.

Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grds. nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung. Eine solche 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 völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt [BGH Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 225/07, Rn. 36; Urt. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08, Rn. 50].

Das ist hier nicht der Fall. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin durch die Versagung eines Rechts zur einseitigen Preisanpassung unzumutbar benachteiligt würde. Die Klägerin hatte nämlich die Möglichkeit, sich gemäß Ziff. 6 des Vertrags i.V.m. § 32 Abs. 1 AVBGasV nach einer anfänglichen Vertragslaufzeit von einem Jahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat auf das Ende des Kalendermonats vom Vertrag zu lösen und die Gasversorgung der Beklagten ggf. auf eine neue vertragliche Grundlage zu stellen, welche eine den Anforderungen des BGH genügende Erhöhungsklausel vorsah. Diese Regelung ist daher ausreichend, um eine unzumutbare Härte für die Klägerin zu vermeiden. Dass die Kündigung nur in die Zukunft gerichtet war und Vorfinanzierungskosten hätten entstehen können, führt nicht zu einem unzumutbaren Ergebnis, da das Risiko einer Änderung einer flexiblen Kalkulationsgrundlage jedem Vertrag inne liegt. Auch der Umstand, dass die Klägerin bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden geblieben wäre und die Beklagte durch das Fehlen der Möglichkeit zu einer Preisanpassung wegen gestiegener Bezugskosten ggf. ungerechtfertigte Vorteile erhalten hätte, machte auf Seiten der Klägerin ein Festhalten an dem Vertrag zu den bestehenden Bedingungen nicht ohne Weiteres unzumutbar [vgl. BGH Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Rn. 26; Urt. v. 28.10.2009 – VIII ZR 320/07, Rn. 45; Urt. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/09, Rn. 51; Urt. v. 9.2.2011 – VIII 295/09, Rn. 51]. Insoweit muss sie sich darauf verweisen lassen, dass das Risiko der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen grds. den Verwender trifft.

Die Beklagte hatte am 28.10.2005 erstmals Widerspruch gegen eine Preiserhöhung der Klägerin erhoben und auch in der Folgezeit durch ihre Widerspruchsschreiben deutlich gemacht, dass sie mit weiteren Preiserhöhungen durch die Klägerin nicht einverstanden sei. Beim Vorliegen eines derart konkreten individuellen Widerspruchs durch den Kunden besteht Anlass für das Versorgungsunternehmen, eine Kündigung des mit dem jeweiligen Kunden bestehenden Vertrags - etwa mit dem Ziel der Aufnahme eines Tarifkundenverhältnisses - in Betracht zu ziehen, um auf diese Weise der für den Versorger unbefriedigenden Erlössituation zu begegnen. Auf die tatsächlichen oder von dem Versorger vermuteten Gründe für den Widerspruch kommt

es dabei nicht an [zuletzt BGH Beschl. v. 7.9.2011 – VIII ZR 25/11 – ZNER 2011, 620]. Dass die Klägerin hier das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien rechtlich unzutreffend als Tarifikundenvertrag qualifiziert haben mag, obliegt ihrer eigenen Risikosphäre.

Sonstige Umstände für eine seitens der Klägerin nicht mehr hinnehmbare grundlegende Störung des vertraglichen Gleichgewichts sind nicht dargetan. Mit den von der Klägerin angeführten wirtschaftlichen Nachteilen aufgrund ihrer Unmöglichkeit, Bezugskostensteigerungen an die Beklagte weiterzugeben, welche die Klägerin für die Jahre 2005 bis 2010 mit insgesamt € 6.956,54 beziffert hat, lässt sich nach den obigen Ausführungen eine nicht mehr hinnehmbare einseitige Verschiebung des konkreten Vertragsgefüges zu ihren Lasten nicht begründen.

Nach alledem steht der Klägerin gegenüber der Beklagten ein Recht zur einseitigen Änderung des Gaspreises nicht zu, so dass die streitigen Preiserhöhungen schon deshalb unwirksam sind. Insoweit ist hier für eine Billigkeitsprüfung kein Raum. Dies hat wiederum zur Folge, dass der Gaspreis der Klägerin insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam und nicht fällig ist, sofern diese die Arbeitspreisbestimmung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zum September 1995 von netto 3,6 Pf/kWh übersteigt.

6.

Damit ist die rechtliche Würdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden, wonach die Abrechnung der Gaslieferungen an die Beklagte auf Grundlage des bei Vertragsabschluss der Parteien im September 1995 vereinbarten Tarifs entsprechend dem tatsächlichen Verbrauch der Beklagten vorzunehmen ist. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Arbeitspreis des Tarifs $2240 \cdot 3,6 \text{ Pf/kWh} = 1,84 \text{ Ct/kWh}$ zzgl. eines monatlichen Grundpreises von DM 40,- = € 20,452. Soweit sich das Landgericht im Hinblick auf die auf Seite 20 unter Ziff. 1.4. des Urteils angeführten Erwägungen gehindert sah, einen möglichen Zahlungsanspruch der Klägerin auf dieser Basis zu berechnen, wird dies von der Klägerin mit der Berufung weder angegriffen, noch hat sie einen möglichen Zahlungsanspruch auf Basis der Vertragsgestaltung vom 11.9.1995 konkret berechnet.

B.

Der vom Landgericht auf die Zahlungswiderklage der Beklagte zugesprochene Betrag in Höhe von € 1.990,71 ist unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung begründet.

Die Höhe ergibt sich aus der von dem Landgericht auf Seite 23, 2. Absatz des Urteils, Seite 23, 2. Absatz des Urteils zutreffend vorgenommenen Berechnung, auf welche der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 ZPO nicht gegeben sind. Der Senat hat nur anerkannte Rechtsgrundsätze auf den Einzelfall angewendet.

Dr. Weber

Vors. Richter am Oberlandesgericht

Dr. Mockel

Richterin am Oberlandesgericht

Bonkas

Richterin am Oberlandesgericht