

15 C 417/10

Vollstreckbare Ausfertigung

Verkündet am 13.07.2011



als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Amtsgericht Essen

IM NAMEN DES VOLKES

655/106

Urteil

Verf.	Pr. Nr.	Zugestellt		Pr. Nr.	M. Nr.
RA	EINGEGANGEN				Pr. Nr.
SB	05. Aug. 2011				Pr. Nr.
Pr. Nr.	Heidelbach & Krolik Anwaltskanzlei				Pr. Nr.
Pr. Nr.	Rechtsanw.	Pr. Nr.	Pr. Nr.	Prüfung	Pr. Nr.

In dem Rechtsstreit

des [REDACTED]

Klägers,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Heidelbach & Krolik,
Veronikastr. 32, 45131 Essen,

g e g e n

die Stadtwerke Essen AG, vertr. d. d. Vorstand Dr. Bernhard Görgens - Dietmar
Bückemeyer, Rüttenscheider Str. 27/37, 45128 Essen,

Beklagte.

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

hat das Amtsgericht Essen
im schriftlichen Verfahren am 13.07.2011
durch den Richter [REDACTED]

für Recht erkannt:

- Die Beklagte wird verurteilt an den Kläger 728,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.09.2010 zu zahlen.

- II. Die Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten auferlegt.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird eingeräumt, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils vollstreckbaren Betrages leistet.

Tatbestand:

Der Kläger bezog seit 1998 von der Beklagten, einem kommunalen Versorgungsunternehmen, Gas an der Verbrauchsstelle [REDACTED] in Essen zu den Bedingungen des Sonderabkommens. Es wurde der Tarif SOA 1 abgerechnet.

In Ziffer 4.) des Sonderabkommens heißt es u.a.: *"Die Stadtwerke behalten sich eine Änderung der Preise und Bedingungen dieses Sonderabkommens vor."*

Wegen des gesamten Inhalts der Vertragsklausel wird auf Bl. 125 f. d.A. Bezug genommen.

Die Beklagte erhöhte und senkte unter Bezugnahme auf diese Klausel die Arbeitspreise in mehreren Fällen (wegen der Daten wird auf Bl. 113 ff. d.A. Bezug genommen). Hier ist streitgegenständlich der Zeitraum **vom 20.04.2006 bis zum 19.11.2007.**

[REDACTED]
Auf eine Sammelklage von 166 Kunden der Beklagten urteilte der **BGH** als Revisionsinstanz am 13.01.10 (Anzeichen: VIII ZR 81/08): „Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten gegenüber den Klägern (...) vorgenommenen Erhöhungen der Arbeitspreise für Erdgas zum 01.10.04, 01.04.05, 01.10.05, 01.01.06 und 01.10.06 unwirksam sind“.

[REDACTED]
Der Kläger war an der Sammelklage nicht beteiligt. Mit Schreiben vom 10.01.2007 widersprach er den Preisanpassungen bzw den Preisen der Beklagten. Gleichzeitig forderte der Kläger die Beklagte auf ihre Preisgestaltung darzulegen und behielt sich vor erhöhte Gaspreise nur unter Vorbehalt zu zahlen. Auf Bl. 192 d.A. wird Bezug genommen. Eine Reaktion der Beklagten hierauf erfolgte nicht.

Mit der Klage macht der Kläger die **Differenz** zwischen dem Arbeitspreis SOA 1 Stand 30.09.04, netto **0,035 €/kWh** und den bezahlten Arbeitspreisen für den Zeitraum **vom 20.04.2006 bis zum 19.11.2007** geltend.

Mit seiner ersten Berechnung, Bl. 9 d.A., machte der Kläger Ansprüche (bezogen auf die jeweiligen Preisanpassungen) in Höhe von **728,64 €** geltend. Mit der Anlage zum Schriftsatz vom 25.05.2011 (Bl.484 d.A.) hat der Kläger seine Ansprüche bezogen auf die streitgegenständlichen Jahresrechnungen berechnet.

Auf die Jahresrechnungen der Beklagten vom 08.05.07 und vom 20.11.07, Bl. 7 ff d.A., wird Bezug genommen.

Der Kläger ist der Ansicht, ihm stehe ein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB zu. Er ist der Ansicht, aufgrund des Urteils des BGH stehe fest, dass alle von der Beklagten vorgenommenen Preisanpassungen seit dem 01.10.2004 unwirksam seien, die ihrerseits auf der unwirksamen Preisanpassungsklausel beruhten.

Die erhöhten Preise seien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart worden.

Die Hinnahme der Jahresrechnungen reiche im Sonderkundenbereich nicht für eine konkludente Einigung auf erhöhte Preise aus. Schweigen sei keine Willenserklärung.

Eine ergänzende Vertragsauslegung sei nicht notwendig, weil die Beklagte durch ihr Kündigungsrecht geschützt gewesen sei. Die Beklagte habe auch diese Kündigung in Betracht gezogen, wozu der Kläger sich auf ein unstreitiges Schreiben der Beklagten vom 03.11.2009 bezieht, mit dem eine Änderung der Geschäftsbedingungen angestrebt und andernfalls eine mögliche Kündigung nicht ausgeschlossen wurde (Bl. 263/264 d.A.). Auch im Rahmen des Angebotes des neuen Tarifs „klaro“ hat die Beklagte mit dem Tarifwechsel die Vereinbarung neuer AGB und einer wirksamen Preisanpassungsklausel verbunden.

Er ist der Ansicht, vielmehr habe sich die Beklagte treuwidrig verhalten. Sie habe jedenfalls seit Erhebung der Sammelklage Anlass gehabt, die Wirksamkeit ihrer AGB zu überprüfen und eine Kündigung aller Verträge in Betracht zu ziehen. Hierzu bezieht sich der Kläger auch auf Veröffentlichungen in der örtlichen Presse und die Berichterstattung im Fernsehmagazin „markt“ am 16.10.2006 (Bl. 234 ff. d.A.).

Außerdem weist er auf den Tarif „klaro“ der Beklagten hin, mittels dessen ab 2007 eine neue, wirksame Preisanpassungsklausel bei Vertragswechsel angeboten wurde.

Der Kläger ist der Ansicht, es sei unbeachtlich, ob er den Preiserhöhungen widersprochen habe oder nicht, da es für die Beklagte aufgrund der zahlreichen Widersprüche anderer Kunden bzw. der Klageerhebung (Feststellungsklage) erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit ihrer Klausel gegeben habe.

Es sei der Beklagten auch grundsätzlich verwehrt, sich auf eine Verwirkung der Ansprüche des Klägers zu berufen. Es fehle am Zeit- und am Umstandsmoment. Der Beklagten als pflichtwidriger Verwenderin einer unwirksamen AGB sei es verwehrt, sich auf ein schutzwürdiges Vertrauen zu berufen, wozu der Kläger auf das Urteil des LG Bonn vom 08.12.2010 (5 S 95/10) bzw. auf das Urteil des BGH vom 12.03.08 (XII ZR 147/05) Bezug nimmt.

Der Kläger begehrt den Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten als Schadensersatz wegen Verletzung einer Nebenpflicht. Hierzu vertritt er die Ansicht, spätestens nach dem Urteil des BGH sei die Beklagte verpflichtet gewesen, ihn über die Unwirksamkeit der Klausel zu informieren. Kosten werden für das Aufforderungsschreiben vom 30.08.10 (mit Fristsetzung zum 09.09.10), Bl.10 f. d.A., in Höhe von 70,39 € geltend gemacht (Bl.5 d.A.).

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 728,64 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.09.2010, sowie den nicht anrechenbaren Anteil vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 70,39 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.09.2010 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte rügt unter Bezugnahme auf §§ 102, 103 EnWG die **örtliche Zuständigkeit** des angerufenen Gerichts und verweist auf entsprechende

Beschlüsse des LG Essen, mit denen dort anhängige Verfahren an das LG Dortmund (KfH) verwiesen wurden.

Die Beklagte rügt ferner die Klage als **unzulässige Saldoklage**, die nicht den Anforderungen des § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO entspräche.

Das folgert die Beklagte daraus, dass die Klägerseite mit der ersten vorgelegten Berechnung nicht vorgetragen hatte, auf welche der Jahresrechnungen eine Überzahlung in welcher Höhe geltend gemacht werde. Der Streitgegenstand sei so nicht ausreichend konkretisiert

Die Beklagte hat auf Grundlage der ursprünglich gewählten Form der Abrechnung eine Überzahlung auf die genannten Rechnungen in Höhe der Klageforderung bestritten (Bl.65 d.A.).

Sie vertritt die Ansicht, der BGH habe in dem genannten Urteil nur die Preiserhöhungen im streitgegenständlichen Zeitraum gegenüber den betreffenden Klägern für unwirksam erklärt. Für sämtliche hier streitgegenständlichen Preisanpassungen, auch für die vom Tenor des BGH nicht erfassten, ist die Beklagte der Rechtsauffassung, dass dem Kläger kein Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB zustehe, da ein **Rechtsgrund** für die geleisteten Zahlungen vorliege.

Sie geht für diese Preisanpassungen von einem Preisanpassungsrecht nach den Grundsätzen der **ergänzenden Vertragsauslegung** aus.

Anderenfalls macht die Beklagte die Gesamtnichtigkeit des Vertrages gemäß § 306 Absatz 3 BGB geltend und beruft sich sodann auf einen **faktischen Erdgasversorgungsvertrag**.

Hilfsweise macht sie **Rückforderungsansprüche** aus den §§ 812 Absatz 1 Satz 1, 818 Absatz 2 BGB in derselben Höhe wie die Klageforderung geltend.

Zur ergänzenden Vertragsauslegung: Die Beklagte beruft sich auf ein Preisanpassungsrecht im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung.

Sie behauptet dazu, dass die Regelungslücke bei Unwirksamkeit der Klausel dazu führe, dass hier das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschoben werde und sie in ihrer Existenz bedrohe. Letztendlich würde dies dazu führen, dass der Kläger zu einem Festpreis mit Erdgas zu beliefern wäre, was nicht dem Willen der Parteien entsprochen hätte und § 41 Abs.1 Nr. 1 EnWG widerspräche.

Sie ist unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH v. 14.07.10 (VIII ZR 246/08) der Ansicht, ein Preisanpassungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung komme in Betracht, weil es sich um einen langjährigen Kunden handle (seit 1998), der über einen längeren Zeitraum keinen Widerspruch gegen die Preiserhöhungen erhoben habe (erster Widerspruch vom 10.01.2007) und nunmehr für einen länger zurück liegenden Zeitraum die Unwirksamkeit geltend mache (12 Jahre seit Vertragsbeginn, 6 Jahre nach der Preisanpassung von Oktober 2004).

Für diesen Zeitraum bestehe ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Preis und den behaupteten Gestehungskosten des Versorgers. Die Beklagte behauptet eine Steigerung der Bezugskosten um ca. 137,93 %, Bl.77 d.A..

Zu ihren bestrittenen Gestehungskosten trägt die Beklagte mit Schriftsatz vom 20.06.11 (Bl. 511 ff d.A.), auf den Bezug genommen wird, ergänzend vor.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, sie sei auch nicht durch die ihr vorbehaltene ordentliche Kündigung ausreichend geschützt. Zum einen habe mangels Widerspruchs des Klägers kein Anlass zur Kündigung bestanden. Zum anderen sei ihr von den Kartellbehörden als einem als marktbeherrschend eingestuften Versorgungsunternehmen ein Kündigungsrecht zum Zweck der Preisanpassung nicht zugestanden (auf den weiteren Vortrag hierzu in der Klageerwiderung, Bl. 77 ff.d.A. wird insoweit Bezug genommen).

Die Beklagte behauptet eine Existenzgefährdung, da für die 166 Kunden, die sich der Feststellungsklage angeschlossen hatten, bis zum 31.12.09 der Erlösausfall 322.455 € betrage. Dies stelle rund 1,95% dar (jeweils Nettobeträge). Die Beklagte berechnet sodann, ausgehend von 8.000 Widerspruchskunden, einen Erlösausfall bis zum 31.12.09 i.H.v. 15,54 Millionen €, entsprechend bis zu 60 %.

Sie ist der Ansicht, es könne der Charakter des Gaslieferungsvertrages als Massengeschäft nicht außer Betracht bleiben. Schon im Interesse der Rechtssicherheit sei eine allgemeinverbindliche ergänzende Vertragsauslegung sachlich geboten.

Nach objektiver Vertragsauslegung, gemessen an Treu und Glauben, müsse der Beklagten ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB zugestanden werden. Die Beklagte habe lediglich ihre gestiegenen Bezugskosten refinanziert.

Zum faktischen Erdgasvertrag: Die Beklagte ist der Ansicht, dass hier eine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gemäß § 306 Absatz 3 BGB vorläge, da das Festhalten am Vertrag für sie eine unzumutbare Härte darstellen würde. Damit wäre dann das Aufleben eines faktischen Erdgasversorgungsvertrages ermöglicht.

Hierzu nimmt die Beklagte auf ihren Vortrag zum gestörten Äquivalenzverhältnis (siehe oben) Bezug. Da die AVBGasV im Bereich der Sonderkunden nicht gelte, müssten dann die §§ 315, 316 BGB entsprechend Anwendung finden, so dass der Beklagten nach Billigkeitsgrundsätzen eine regelmäßige Anpassung des Preises im Sinne eines dynamischen Preises zugestanden werden müsse.

Hilfsweise hat die Beklagte ferner die **Aufrechnung mit bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen** erklärt. Sie geht davon aus, dass ihr bei einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages ein Gegenanspruch mindestens in Höhe des von dem Kläger bezahlten marktüblichen Gaspreisentgelts zustehe, da sie dann ohne rechtlichen Grund Gas an der Kläger geliefert hätte.

Ferner ist die Beklagte der Ansicht, dass evtl. Ansprüche des Klägers gemäß **§ 242 BGB** ausgeschlossen seien.

Der Kläger habe durch sein jahrelanges widerspruchsloses Verhalten der Beklagten zu verstehen gegeben, dass er mit den Preisanpassungen einverstanden sei.

Er verhalte sich auch i.S.d. § 242 BGB rechtsmissbräuchlich bei der jetzt beanspruchten Rückforderung und widersprüchlich zu seinem früheren Tun.

Um zu vermeiden, dass ein Vertrauenstatbestand auf Seiten der Beklagten entstehe, hätte nach Ansicht der Beklagten der Kläger zeitnah eine gerichtliche Klärung des konkreten Rückforderungsanspruchs erwirken und folglich eine Zahlungsklage erheben müssen.

Außerdem könne sich der Kläger unter Berücksichtigung von Treu und Glauben jedenfalls nicht mehr auf den ursprünglichen Anfangspreis berufen.

In Anwendung einer Analogie zu den Verjährungsvorschriften der §§ 195, 199 BGB könne der Kläger sich allenfalls noch auf die letzte Preisstellung in nichtverjährtem Zeitraum, nämlich die zum 01.01.07 berufen.

Die Beklagte beruft sich ferner auf eine Entreicherung nach **§ 818 Absatz 3 BGB**. Sie habe durch die streitigen Preiserhöhungen lediglich ihre gestiegenen Bezugskosten refinanziert, so dass keine Bereicherung vorliege.

Der Kläger könne sich auch nicht auf einen Schadensersatzanspruch aus **culpa in contrahendo** berufen.

Schadensersatzansprüche des Klägers aus *cic* seien ausgeschlossen, weil die Beklagte -eine Pflichtverletzung unterstellt- diese nicht zu vertreten hätte. Das Berufen auf die aus ihrer Sicht als wirksame Preisanpassungsklausel sei nicht pflichtwidrig und schuldhaft, denn solange eine Rechtsposition plausibel begründbar sei, fehle es an einem Verschulden. Es sei für die Beklagte auch nicht erkennbar gewesen, dass die Preisanpassungsklausel nicht wirksam sein könnte. Hierzu nimmt sie Bezug auf die unterschiedlichen Entscheidungen im Instanzenzug.

Außerdem sei des Klägers kein Schaden entstanden, da sie stets zu billigen Preisen Gas erhalten habe.

Ein Anspruch auf Ersatz der **außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten** bestehe nicht, da es sich um die Kosten für die verzugsbegründende Erstmahnung handele. Sie lehnt auch einem Schadensersatzanspruch dem Grunde nach mangels Nebenpflichtverletzung ab.

Die am 23.09.2010 eingegangene Klage wurde am 14.10.10 zugestellt.
Auf die gewechselten Schriftsätze wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Das Amtsgericht Essen ist nach § 23 Abs.1 Nr.1 GVG sachlich und nach § 17 ZPO auch örtlich zuständig. Zur Überzeugung des Amtsgerichts besteht für die Entscheidungen über Rückzahlungsansprüche aus Gaslieferungsverträgen mit Sonderkunden keine ausschließliche Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen nach § 102 EnWG. Zwar sind nach § 102 EnWG bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich aus diesem Gesetz (dem EnWG) ergeben, ausschließlich den Landgerichten zugewiesen. Gleiches gilt, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreites ganz oder teilweise von einer Entscheidung abhängt, die nach diesem Gesetz (EnWG) zu treffen ist. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OLG Oldenburg vom 03.01.2011 (5 AR 35/10), des OLG Celle vom 23.12.2010 (13 AR 9/10 (Kart)), sowie des OLG Frankfurt vom 16.12.2010 (11 AR 3/10) ist das Amtsgericht aber der

Auffassung, dass beide Voraussetzungen des § 102 EnWG nicht vorliegen. Denn eine Anwendung des § 102 Abs.1 Satz 1 EnWG scheidet aus, weil Normen des EnWG als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht kommen, sondern ausschließlich Normen des BGB hier den Anspruch begründen können. Der Rechtsstreit hängt auch nicht von einer nach dem EnWG zu treffenden Entscheidung i.S.d. § 102 Abs.1 S.2 EnWG ab. Da das EnWG dem Haushaltskunden lediglich einen Anspruch auf Grundversorgung gibt, und damit nur das „ob“ der Versorgung regelt, nicht dagegen die Einzelheiten der Ausgestaltung des Individualvertrages über die Energielieferungen und die Höhe der Bezugspreise, unterliegt die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Preiserhöhung auch keiner nach diesem Gesetz zu treffenden Entscheidung i. S. des § 102 Abs. 1 Satz 2 EnWG ab.

Es liegt kein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt vor und es ist auch kein kartellrechtlicher Anspruch geltend gemacht worden.

Die Klage ist begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Rückzahlung eines Betrages in Höhe von 728,64 € aus § 812 Absatz 1 Satz 1 Alt.1 BGB.

Soweit der Kläger auf Rechnungen der Beklagten ab dem Jahr 2007 aufgrund der Preiserhöhungen Zahlungen geleistet hat, die auf einem Arbeitspreis von mehr als 0,035 €/kWh (SOA1) basierten, sind die Zahlungen mangels wirksamer vertraglicher Grundlage zunächst ohne Rechtsgrund erfolgt.

Soweit sich die Beklagte zur Wirksamkeit ihrer mehrfachen Preiserhöhungen ab dem 01.10.2004 auf die Preiserhöhungsklausel aus Ziffer 4.) des Sonderabkommens stützte, hält diese Klausel einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht stand. Die Preisanpassungsklausel benachteiligt, wie der BGH in seinem Urteil vom 13.01.2010 ausgeführt hat, die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Denn die Klausel lässt eine Auslegung zu, nach der die Beklagte die Möglichkeit hat, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht und durch die Wahl des Preisanpassungstermins erhöhte Bezugskosten umgehend, niedrigere Bezugskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung durch eine Preisänderung weiterzugeben. Diese Begründung des BGH erfasst inhaltlich natürlich auch die auf der gleichen Klausel beruhenden zeitlich späteren Preiserhöhungen, die nach den im Feststellungsurteil aufgeführten Erhöhungen liegen.

Zur Vermeidung weiterer Wiederholungen wird insoweit auf die Urteilsgründe des BGH ausdrücklich Bezug genommen.

Anstelle der unwirksamen Preisänderungsklausel tritt auch nicht ein Preisänderungsrecht der Beklagten gem § 4 AVBGasV (jetzt § 5 Abs 2 GasGVV). Denn eine unmittelbare Anwendung der Norm scheidet aus, weil diese Vorschrift nur für Tarifikunden und nicht für den Bereich der Sonderkunden gilt. Eine entsprechende Anwendung kommt im vorliegenden Fall ebenfalls nicht zum Tragen, was der BGH bereits in seinem Urteil vom 13.01.2010 explizit auch so ausgeführt hat (Bl. 16 des Urteils).

Auch aus § 315 BGB kann die Beklagte unmittelbar kein einseitiges Preisanpassungsrecht herleiten, da die Parteien eine Befugnis der Beklagten zur einseitigen Preisanpassung weder vereinbart haben, noch sich diese aus dem Gesetz ergibt (OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2009, 19 U 52/08; BGH, Urteil vom 14.07.2010, VIII ZR 246/08).

Die Preisanpassungen sind auch nicht wirksam geworden, weil die Parteien hier konkludent einen erhöhten Preis vereinbart hätten. Zwar kann in den Anschreiben bzw. Veröffentlichungen der Beklagten, in denen sie jeweils die Preiserhöhung angekündigt hat, das Angebot auf Abschluss einer „Modifikation der Entgeltabsprache“ (OLG Köln, Urteil v. 19.02.10, 19 U 143/09) gesehen werden. Zur Überzeugung des Gerichts fehlt es aber an der Annahme des Klägers. Die bloße Zahlung des Kunden stellt keine Willenserklärung dar. Das hat auch der BGH im Urteil vom 14.07.10 (VIII ZR 246/08) ausdrücklich so entschieden: Der BGH führt in dem Urteil aus, dass der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen werde, grundsätzlich über seinen Charakter als Erfüllungshandlung hinaus keine Aussage des Schuldners enthalte, zugleich den Bestand der erfüllten Forderung insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen.

Das Gericht sieht hier auch keinen Anwendungsbereich für eine Preiserhöhung aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB). Dieser Ansatzpunkt kommt 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 zu Gunsten des Kunden verschiebt. Diese Voraussetzung sieht das Gericht

weiterhin nicht als gegeben an. Zum einen ist auf die Begründung des BGH im Urteil vom 13.01.2010 abzustellen, wonach die Kündigungsmöglichkeit aus dem Sonderabkommen für die Beklagte einen ausreichenden Ausgleich darstellt. Auch der Einwand der kartellrechtlichen Unzulässigkeit der Änderungskündigung überzeugt nicht. Denn in diesem –unterstellten- Fall hätte die Beklagte eine ordentliche Kündigung aussprechen können, wodurch die Verträge dann als Tarifkundenverträge zu allgemeinen Tarifen, die von der Beklagten im Rahmen der Billigkeit erhöht werden können, fortgesetzt worden wären.

Das Prognoserisiko hinsichtlich der Rechtslage bis zum Zeitpunkt der höchstrichterlichen Feststellung der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel trifft die Beklagte als Verwenderin der Klausel (im Ergebnis so auch LG Köln, Urteil v. 24.11.2010, 9 S 95/10 und LG Bonn, Urteil v. 08.12.2010, 5 S 11/10).

Die Existenzbedrohung, die die Beklagte jetzt näher ausgeführt hat, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn es gilt der Grundsatz der Relativität des Schuldverhältnisses, der es verbietet, für die Frage der Unwirksamkeit eines einzelnen Vertrages auf Verträge der Beklagten mit Dritten zurückzugreifen.

Die Unwirksamkeit der Gaspreisanpassungsklausel führt auch nicht gemäß § 306 Absatz 3 BGB zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Die Voraussetzungen des § 306 Abs.3 BGB sind eng zu beurteilen, da die Verwendung einer unwirksamen Klausel immer zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung des Verwenders führt. Es muss also eine einschneidende Störung des Äquivalenzverhältnisses vorliegen. Hierbei ist in einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen, dass die Beklagte im Einzelfall zu unter ihren Beschaffungspreisen liegenden Preisen liefern muss. Andererseits war sie zum einen über die Möglichkeit der Änderungskündigung geschützt, zum anderen hat sich das immanente Risiko der Verwendung einer unwirksamen Klausel verwirklicht. Die von der Beklagten ins Feld geführten wirtschaftlichen Daten führen auch nicht zur Annahme einer unzumutbaren wirtschaftlichen Härte. Für die Sammelkläger ist ein Erlösausfall von rund 2 % vorgetragen. Eine mögliche Existenzbedrohung ergibt sich überhaupt erst, wenn die Beklagte die rund 8000 Widerspruchskunden in ihre Berechnung einbezieht. Bei ihrer Berechnung lässt die Beklagte aber unberücksichtigt, dass sie sich bei den Widerspruchskunden noch in viel größerem Maß als bei den Sammelklägern auf eine Verjährung der Rückforderungsansprüche berufen kann. Zu einer massenweisen Rückforderung von (Widerspruchs-) Kunden ist es bislang auch nicht gekommen; beim Amtsgericht Essen liegt in der Abteilung 15, die für alle Kunden mit den

Anfangsbuchstaben des Nachnamens von L-Z zuständig ist, die Zahl der anhängigen Verfahren bislang 50 – 100.

Da hier keine Gesamtnichtigkeit des Vertrages vorliegt, hat auch die Beklagte ihre Gaslieferungen mit Rechtsgrund vorgenommen, so dass die Aufrechnung mit bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen seitens der Beklagten ins Leere gehen muss.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf eine eventuelle Entreicherung, § 818 Abs.3 BGB, berufen. Denn es fehlt hierfür an dem erforderlichen Ursachenzusammenhang zwischen der Bereicherung und dem Vermögensverlust der Beklagten durch die von ihr getätigten Aufwendungen. Die Beklagte hat nach ihrem eigenen Vortrag ihre Verbindlichkeiten bei ihren Gaslieferanten getilgt. Die Befreiung von ihren eigenen Verbindlichkeiten gegenüber ihren Lieferanten stellt aber eine Bereicherung und keine Entreicherung dar (Palandt, BGB, 70. Auflage, § 818, Rdnr. 38, so auch LG Bonn, Urteil vom 29.01.2010, 7 O 20/10).

Auch geht das Argument der Beklagten ins Leere, es gebe keinen positiven Saldo für die Klägerseite, da zu marktüblichen Preisen beliefert worden sei. Im Rahmen des §§ 812 ff. BGB ist nicht auf marktübliche Preise abzustellen, sondern auf die vertraglich (zuvor) geschuldeten.

Ansprüche der Kläger sind auch nicht verwirkt. Verwirkung tritt ein, wenn der Berechtigte einen Anspruch längere Zeit nicht geltend macht und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das Verhalten des Gegenübers darauf einrichten durfte, dieser werde sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen (Palandt, BGB, 70. Aufl., § 242, Rdnr. 87 m.w.N.). Hier fehlt es sowohl am Umstandsmoment, als auch an dem schutzwürdigen Vertrauen der Beklagten. Angesichts des Widerspruchs des Klägers vom 10.01.2007 und der Feststellungsklage 166 anderer Kunden aus 2006 durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass keine Rückzahlungsansprüche durch den Kläger erhoben werden würden. Der Kläger hat in seinem Widerspruchsschreiben sogar ausdrücklich erwähnt, dass er die erhöhten Gaspreise nur unter Vorbehalt zahlen werde.

Die Nebenentscheidung (Verzugszins) beruht auf §§ 286, 288 BGB. Verzug trat mit Ablauf der Zahlungsfrist aus der Mahnung vom 30.08.2010, nämlich am 10.09.2010, ein (§ 286 Abs.1 S.1 BGB).

Ein Anspruch auf den Ersatz der Kosten für das vorgerichtliche Anwaltsschreiben als Verzögerungsschaden aus §§ 288 Abs. 4, 280 Abs. 2 BGB besteht nicht. Denn es handelt sich um die verzugsbegründende Mahnung.

Es ist auch kein Anspruch aus verschärfter Haftung gem. §§ 819, 818 Abs. 4 BGB gegeben. Die Anwendung dieser Norm würde eine Kenntnis der Beklagten über die Herausgabepflicht voraussetzen. Aufgrund des unterschiedlichen Streitgegenstandes (s.o.) ist diese aber nicht bereits durch das Feststellungsurteil gegeben, sondern erst durch eine Entscheidung über den Rückzahlungsanspruch. Außerdem wurden die klägerischen Ansprüche auch erst durch das Anwaltsschreiben beziffert und damit konkretisiert.

Auch ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 S. 1 BGB besteht dem Grunde nach nicht. Denn im Sinne von § 280 Abs. 1 S. 2 BGB hat eine Vertragspartei eine evtl. Pflichtwidrigkeit nur dann zu vertreten, wenn sie ihre Rechtsposition als nicht plausibel ansehen durfte. Eine Fahrlässigkeit liegt nicht schon dann vor, wenn die Vertragspartei nicht erkennt, dass ihre Forderung in der Sache nicht berechtigt ist. Sie muss prüfen, ob der eigene Rechtsstandpunkt jedenfalls plausibel ist, also eine vertretbare rechtliche Begründung vorliegt (BGH, V ZR 133/08, Urteil vom 16.01.09). Aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung der Instanzgerichte zu den Preiserhöhungsklauseln der Versorgungsunternehmen, insbesondere in den ersten Jahren der gerichtlichen Beschäftigung mit dieser Problematik ab ca. 2004, ist die Vermutung eines Verschuldens der Beklagten widerlegt, da weder ersichtlich, noch vorgetragen ist, dass die Beklagte die verwendeten AGB nicht für zumindest plausibel hat halten dürfen und damit die Verwendung nicht im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB zu vertreten hat.

Die Kostenentscheidung hat ihre Rechtsgrundlage in § 91 Abs. 1 ZPO.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Der Streitwert wird festgesetzt auf bis zu 900,00 €.


Richter

Ausgefertigt


Freiburg, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

