

rung seitens des Energieversorgers dürfte im Regelfall aufgrund der subjektiven Komponente in § 199 Abs. 1 BGB zumindest teilweise (s. § 199 Abs. 4 BGB) ohne Erfolg sein; für eine Kündigung des Vertragsverhältnisses bereits in der Vergangenheit bestand seitens des Energieversorgers kein Anlass, da er zu jenem Zeitpunkt die jetzige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs noch nicht kennen konnte. Angesichts dieser Sach- und Rechtslage erscheint es aber als unbillig, Kunden ein Rückforderungsrecht bezüglich überzahlter Zahlungen auch für bereits länger zurückliegende Zeiträume zu gewähren. Auf diese Fall- und Problemkonstellation beziehen sich die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur ergänzenden Vertragsauslegung.

Die vorbeschriebene Problematik besteht bei der vorliegenden Fallkonstellation dagegen nicht. Vorliegend verlangt der Energieversorger von seinem Kunden rückständige Zahlungen. Dass ein Kunde fällige Forderungen nicht (vollständig) beglichen hat, ist dem Energieversorger, wie jedem Gläubiger, ohne weiteres ersichtlich und bewusst. Er ist demgemäß im eigenen Interesse gehalten, die Rückstände innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist der §§ 195, 199 Abs. 1 BGB klageweise geltend zu machen, wenn er der Auffassung ist, dass die Einbehalte des Kunden zu Unrecht erfolgt sind. Ein Anlass, dem Energieversorger bei einer derartigen Fallkonstellation zusätzlich durch Billigkeitserwägungen eine Hilfestellung zu leisten, besteht nicht.

3. Soweit das Landgericht der Klage stattgegeben hat, ist dies rechtsfehlerhaft. Der Bundesgerichtshof hat – zeitlich nach der Entscheidung des Landgerichts – entschieden, dass bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens aufgrund einer unwirksamen Preisanpassungsklausel die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, zitiert nach juris, Tz 57). Vorliegend hat der Beklagte die streitigen Differenzbeträge noch nicht einmal bezahlt. Dann aber kann in dem bloßen Schweigen des Beklagten zu einer Preiserhöhung seitens der Klägerin erst Recht keine stillschweigende Zustimmung zu den erhöhten Preisen gesehen werden.

4. Ein etwaiger Vergütungsanspruch der Klägerin kann sich nicht auf Grundlage der Arbeitspreise nach dem Stand vom 30. September 2004 ergeben, wie es die Prozessbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2010 geltend gemacht hat. Da – wie ausgeführt – die Preisanpassungsklausel in dem Vertrag vom 5. Januar 1998 unwirksam ist, kann die Klägerin Vergütungsansprüche gegen den Beklagten grundsätzlich lediglich auf der Grundlage der Preise berechnen, wie sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden. Soweit die Klägerin geltend macht, in dem späteren Verhalten des Beklagten sei eine stillschweigende Zustimmung zu den erhöhten Preisen zu sehen, kann sich der Senat dem nicht anschließen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens aufgrund einer unwirksamen Preisanpassungsklausel jedenfalls die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden könne (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, zitiert nach juris, Tz. 57). Dies mag nicht ausschließen, dass im Einzelfall dennoch in einem bestimmten nachträglichen Verhalten eines Kunden eine stillschweigende Zustimmung zu Preiserhöhungen seines Energieversorgers gesehen werden kann. Das muss der Senat nicht entscheiden. Jedenfalls die von der Klägerin, insbesondere im Schriftsatz vom 19. Januar 2011 aufgeführten Umstände rechtfertigen eine derartige Annahme nicht. Aus ihnen kann der Senat nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, dass der Beklagte das Erklärungs-bewusstsein gehabt hat, sich mit bestimmten (im Verhältnis zu den ursprünglichen Vertragspreisen erhöhten) Preisen der Klägerin einverstanden zu erklären. Es bedarf schließlich auch keiner Ausein-

dersetzung mit der seitens der Klägerin aufgezeigten Entscheidung des OLG Nürnberg. Dieses hatte ebenfalls über einen Einzelfall zu entscheiden. Dazu, ob diese Einzelfallentscheidung richtig ist, muss sich der Senat nicht äußern.

Darauf, dass nur aufgrund der ursprünglich vereinbarten Preise abgerechnet werden kann, hat der Senat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 2010 hingewiesen. Die Prozessbevollmächtigte der Klägerin hat erklärt, eine diesbezügliche Berechnung nicht vorlegen zu wollen.

7. Zur Einbeziehung eines Preiserhöhungsrechts nach AVBGasV bzw. GasGVV in einen Gassondervertrag

BGB § 307, AVBGasV § 4, GasGVV § 5

1) Zu der Frage, ob das in der AVBGasV bzw. der GasGVV enthaltene Preiserhöhungsrecht als allgemeine Geschäftsbedingung in einen Sondervertrag betreffend den Gasbezug einbezogen worden ist.

2) Die Preisanpassungsklausel „bei nachhaltiger Preisänderung im Heizölmarkt werden die Erdgaspreise entsprechend angepasst“, benachteiligt den Vertragspartner unangemessen.

3) Zu der Frage, ob dem Versorgungsunternehmen ein einseitiges Preisänderungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zuzubilligen ist.

(amtliche Leitsätze)

OLG Celle, U. v. 19.05.2011 - 13 U 6/10 (Kart); vorgängig LG Hannover, 18 O 52/07

Aus den Gründen:

II. Die Berufung ist zulässig, [...] bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Das Landgericht hat den Klagen zu Recht stattgegeben. Die Einwände der Beklagten rechtfertigen keine abweichende Entscheidung. Im Einzelnen:

1. Bei den streitbefangenen Vertragsverhältnissen handelt es sich um Sonderverträge und nicht um Verträge im Rahmen der Grundversorgung. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts (S. 22/23 LGU unter Ziffer I Nr. 1 a) wird insofern Bezug genommen.

2. Den Beklagten stand ein Preiserhöhungsrecht nicht zu.

a) Die Beklagten hatten im Hinblick auf die streitbefangenen Rechnungen kein unmittelbar aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV resultierendes Preiserhöhungsrecht.

Die AVBGasV fand auf Sonderverträge – wie sie hier vorliegen (siehe oben Nr. 1) – keine unmittelbare Anwendung. Auch insofern wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen (S. 22/23 LGU, Ziffer I Nr. 1 a).

b) Dasselbe gilt für das in § 5 Abs. 2 GasGVV geregelte Preiserhöhungsrecht. Auch die GasGVV ist unmittelbar nur auf Grundversorgungsverträge anzuwenden (s. S. 22/23 LGU, Ziffer I Nr. 1 a).

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die AVBGasV bzw. die GasGVV hier auch nicht entsprechend anwendbar.

aa) Eine Einbeziehung der AVBGasV als „allgemeine Bedingungen“ in den Tarif „Erdgas Classic“ ist schon deswegen zu verneinen, weil die AVBGasV den Klägern unstreitig nicht, erst recht nicht vor Vertragsschluss (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., § 305, Rn. 31 und 33), übergeben bzw. übersandt worden sind. Dies wäre indes selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Gaskunden aufgrund der Realofferte der Beklagten Gas bezogen haben, für eine wirksame Einbeziehung erforderlich gewesen (§ 305 Abs. 2 BGB). Den Beklagten hätte es insofern freigestanden,

die Kunden zunächst auf der Grundlage des Basistarifs zu versorgen und ihnen sodann – unter ausdrücklicher Bekanntgabe ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen – den Abschluss der Sonderverträge anzubieten.

Auch die Privilegierung aus § 305 a BGB, die für bestimmte branchenspezifische Massengeschäfte Ausnahmen von den strengen Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB vorsieht, greift ihrem Wortlaut nach hier nicht. Gaslieferungsverträge werden von der Regelung nicht erfasst. Eine analoge Anwendung verbietet sich bereits wegen des Ausnahmecharakters der Privilegierung.

bb) Daraus folgt, dass sich die Beklagten auch nicht mit Erfolg darauf berufen können, dass ab dem 8. November 2006 die AVB-GasV aufgehoben und durch die GasGW ersetzt wurde, womit das Preisanpassungsrecht für die streitbefangenen Verträge aus § 5 Abs. 2 GasGVV Geltung erlangt habe. Das Landgericht hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass die Regelungen der GasGVV nur insoweit greifen konnten, als zuvor die Regelungen der AVBGasV gegrieffen haben (S. 28/29 LGU, Ziffer 1 Nr. 1 g). Da diese aber – wie dargelegt – weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung gefunden haben, können sie auch nicht durch § 5 Abs. 2 GasGVV ersetzt worden sein.

Unbeschadet dessen haben die Beklagten zudem gegen sich gelten zu lassen, dass ihrem Informationsschreiben vom Frühjahr 2007 (Anlage B 81) nicht einmal eindeutig zu entnehmen war, dass die vertraglich vereinbarte Preisanpassungsklausel durch die betreffende Bestimmung in der GasGVV abgelöst sein sollte. Die Beklagten haben in dem Schreiben vielmehr ausdrücklich daraufhingewiesen, dass sich „am Vertragsverhältnis“ nichts ändere. Den weiteren Hinweis, dass die GasGVV die „bisher geltende“ AVBGasV „ablöse“, konnten die Kläger daher auch nur so verstehen, dass sich zwar die rechtlichen Rahmenbedingungen geändert hatten (nämlich GasGVV statt AVBGasV), nicht aber die vertraglich vereinbarten Sonderbedingungen.

Der Verweis der Beklagten auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 15. Juli 2009 (VIII ZR 56/08 und VIII ZR 225/07) sowie ihre Einlassung, dass eine Vertragsänderung, die lediglich einer Gesetzesänderung Rechnung trage, nicht unbillig i.S. des § 315 Abs. 3 BGB sein könne, gehen deshalb ins Leere. Hier wurde das Preisanpassungsrecht des § 5 Abs. 2 GasGVV eben gerade nicht in die Sonderverträge der Kläger überführt.

d) Selbst wenn im Übrigen die AVBGasV bzw. die GasGW Vertragsbestandteil geworden wären, wie die Beklagten meinen, wäre dies nicht in unveränderter Form geschehen. Die in der Broschüre (Anlage B 9) für den Tarif „Erdgas Classic“ enthaltene Preisanpassungsklausel „bei nachhaltiger Preisänderung im Heizölmarkt werden die Erdgaspreise entsprechend angepasst“ stellt nämlich in jedem Fall eine abweichende vertragliche Regelung dar. Daher kann hier auch die Frage dahinstehen, ob die Regelung des Preisanpassungsrechts in § 4 AVBGasV überhaupt richtlinienkonform ist (vgl. RiL 93/13/EWG, „KlauselRichtlinie“ sowie BGH, Vorlagebeschluss v. 9. Februar 2011, VIII ZR 162/09). Auf die in der Broschüre enthaltene Preisanpassungsklausel indes kann ein Preiserhöhungsrecht der Beklagten ebenfalls nicht gestützt werden.

aa) Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich bei dieser Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung und nicht lediglich um reines „Informationsmaterial“ ohne weitere rechtliche Bedeutung. Auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts hierzu (S. 23/24 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa) nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug.

bb) Auch die Einwände, die die Beklagten gegen diese vom Landgericht vorgenommene Bewertung erheben, führen nicht zu einer anderen Beurteilung:

(1) Insbesondere der Einwand, das Landgericht habe den Text der Broschüre, in der es zum Tarif „Erdgas Classic“ heißt: „Günstig über 23.571 kWh Jahresverbrauch“ unzutreffend gewürdigt, indem es auf Seite 24 des angefochtenen Urteils festgestellt habe: „daraus

ergibt sich zunächst, dass der Tarif nur bei einem Jahresverbrauch ab 23.571 kWh einsetzt“, ist diesbezüglich ohne Relevanz.

Es kann dahinstehen, ob die genannte Schlussfolgerung des Landgerichts richtig, falsch oder nur sprachlich missverständlich ist. Selbst unter Zugrundelegung des Textverständnisses der Beklagten, wonach der Tarif auch bei einem geringeren Jahresverbrauch wählbar, aber erst ab 23.571 kWh wirtschaftlich sinnvoll sei, ändert dies nichts an der – zutreffenden – Bewertung des Landgerichts, dass es sich bei den „Merkmalen“ um Allgemeine Bestimmungen handelt. Denn jedenfalls hat die Beklagte zu 1 in ihrer Broschüre durch ihre Verweisung auf die „allgemeinen Bestimmungen“ im Abschnitt „Der rechtliche Rahmen“ auf die „Merkmale“ Bezug genommen und dadurch zum Ausdruck gebracht, dass mit ihnen rechtliche Regelungen im Sinne Allgemeiner Geschäftsbedingungen getroffen werden.

(2) Auch der Einwand der Beklagten, die „Merkmale“ seien in ihrem Abrechnungssystem i. S. der AVBGasV-Regelungen „behandelt“ worden, ist ersichtlich ohne rechtliche Bedeutung. Entscheidend ist der vereinbarte Vertragsinhalt, nicht eine eventuell abweichende Handhabung durch die Beklagten.

(3) Soweit die Beklagten einwenden, das Landgericht habe den Sachverhalt sinnteststellend dahingehend verkürzt, dass es von der Vereinbarung vorrangiger „Allgemeiner Bestimmungen“ für die Sonderverträge ausgehe, während es in der Broschüre tatsächlich heiße: „Sofern in den allgemeinen Bestimmungen der Verträge nicht anders vereinbart“, verhilft dies der Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg. Denn das Landgericht hat – zu Recht – festgestellt, dass es für den hier betroffenen Tarif „Erdgas Classic“ solche von den AVBGasV abweichende Bestimmungen, nämlich insbesondere die Regelung des Preiserhöhungsrechts und der Kündigungsfrist, gab (vgl. S. 23 LGU, Ziffer I Nr. 1 b). Außer den in der Broschüre enthaltenen Bestimmungen gab es dagegen – worauf das Landgericht ebenfalls zu Recht hingewiesen hat – keine konsolidierte Fassung der Lieferbedingungen für den Tarif „Erdgas Classic“ und somit auch keine Möglichkeit anderweitiger Informationen (vgl. S. 24/25 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa). Vor diesem Hintergrund konnten sich die „Allgemeinen Bestimmungen“ gerade nicht „aus den Verträgen“ ergeben.

(4) Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch der Umstand, dass die „Merkmale“ des Grundversorgungstarifs „Erdgas“, für den die AVBGasV unmittelbar galten, dieselbe Preisanpassungsklausel enthalten wie der Tarif „Erdgas Classic“, nicht gegen die Qualifizierung der „Merkmale“ des Tarifs „Erdgas Classic“ als Allgemeine Geschäftsbedingungen. Insofern mögen Fehler in der Ausgestaltung der Grundversorgungsverträge vorliegen, diese haben jedoch keine Auswirkung auf die Normsonderkundenverträge. Deren Qualifizierung sowie die Bewertung der für sie geltenden „Merkmale“ bleibt unberührt von der Frage, ob im Grundversorgungsvertrag unzulässige Abweichungen von den AVBGasV enthalten sind (so auch die zutreffenden Ausführungen auf S. 25 Mitte LGU, Ziffer I Nr. 1 c, aa). Insbesondere lässt die Parallelität der Formulierungen in den jeweiligen „Merkmalen“ nicht den Schluss zu, dass die „Merkmale“ des Tarifs „Erdgas Classic“ lediglich anpreisenden Charakter hätten, wie die Beklagten geltend machen.

e) Die in der Broschüre enthaltene Preisänderungsklausel ist jedoch unwirksam. Sie benachteiligt die Kläger unangemessen und hält daher der Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB nicht stand. Indem die Klausel das Recht zur Preiserhöhung ausschließlich an „nachhaltige Preisänderungen im Heizölmarkt“ anbindet, ohne die Berücksichtigung etwaiger Kostensenkungen in anderen Bereichen vorzusehen, verschiebt sie das vertraglich vereinbarte Äquivalenzverhältnis zum Nachteil des Kunden. Dasselbe gilt im Hinblick darauf, dass die Klausel nur ein Preisanpassungsrecht, nicht dagegen eine Preisanpassungspflicht, insbesondere bei sinkenden Gasbezugskosten, vorsieht (vgl. hierzu umfassend BGH, Urteil vom 15.07.2009, VIII ZR 225/07, zitiert nach juris, Rn. 25 ff.). Die Klausel ist zudem unbestimmt, da sie weder Angaben zu den Zeitpunkten der möglichen Preisanpassung enthält noch zu den

Maßstäben, anhand derer die Nachhaltigkeit der Preisänderungen am Heizölmarkt festzustellen sein soll. Der Vertrag sieht auch keine Kompensation für diese Benachteiligung vor. Auf die auch insoweit zutreffenden Feststellungen des Landgerichts im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen (S. 26/27 LGU, Ziffer I Nr. 1 c, bb).

3. Entgegen der Ansicht der Beklagten schulden die Kläger auch nicht in jedem Fall deshalb einen variablen und angemessenen bzw. billigen Gaspreis, weil der Parteiwille beider Seiten von Beginn an auf einen veränderlichen Preis gerichtet gewesen sei. Eine ergänzende Vertragsauslegung in diesem Sinne ist nicht vorzunehmen.

a) Sind Allgemeine Vertragsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen zwar auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur 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 (BGH, Urteile vom 14.07.2010, VIII ZR 246/08, zitiert n. juris, Rn. 50, und –bestätigend – vom 09.02.2011, VIII ZR 295/09, zitiert n. juris, Rn. 38).

b) Eine solche völlig einseitige Verschiebung des Vertragsgefüges liegt hier nicht vor, so dass es auf die von den Beklagten aufgeworfene Frage, „was die typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten“, genauso wenig ankommt wie auf den von ihnen behaupteten möglichen Willen der Parteien bei Vertragsschluss, eine „Preisvariabilität“ zu vereinbaren.

aa) Zutreffend ist das Landgericht zu dem Schluss gekommen, dass ein Bestehenlassen der durch die unwirksame Preiserhöhungsklausel entstandenen „Lücke“ für die Beklagten nicht im oben genannten Sinne unzumutbar ist. Die Beklagten waren insbesondere durch ihre Kündigungsmöglichkeit geschützt (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. Februar 2011, a. a. O., Rn. 39. OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2009, 119 U52/08, zitiert n. juris, Rn. 60 und 70 ff.). Da erste Widersprüche der Kläger bereits im Herbst 2004 und weitere in den Jahren 2005 und 2006 erhoben wurden (vgl. Anlagenband I, Anlagenkonvolut K 2), war für die Beklagten bereits damals ein Risiko im Hinblick auf ihre Preiserhöhungen klar erkennbar. Ob insofern – und wann genau – daraufhin auch bereits ein Kündigungsanlass bestand und ob im Rahmen der betreffenden Beurteilung auf das jeweilige individuelle Vertragsverhältnis und die jeweilige mit dem Widerspruch angegriffene Preiserhöhung abzustellen wäre, kann hier indes ebenso dahinstehen wie die Frage, ob und welche Konsequenz eine Kenntnis der Beklagten von Widersprüchen Dritter gegen die Preiserhöhungen hätte. Denn jedenfalls gab die Zustellung der Klage der Kläger zu 1 bis 63 an die Beklagte zu 1 im Dezember 2006 Anlass, diesen gegenüber zu kündigen. In seiner Entscheidung vom 9. Februar 2011 hat der Bundesgerichtshof (a. a. O., Rn. 39) das Bestehen eines Kündigungsanlasses allein vom Verhalten der Kunden (Widerspruch, Klage) und der daraus resultierenden Erkennbarkeit der Nichtakzeptanz der Preiserhöhungen für den Energieversorger abhängig gemacht. Darüber hinaus hat er festgestellt, dass es kein von vornherein unzumutbares Ergebnis darstelle, wenn sich der Energieversorger erst „nach zweijähriger Vertragsdauer mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist“ vom Vertrag lösen könne (vgl. BGH, Teilurteil vom 29.04.2008, KZR 2/07, zitiert n. juris, Rn. 33 sowie Urteil vom 17.12.2008, VIII ZR 274/06, zitiert n. juris, Rn. 26). Ein längerer Zeitraum steht im vorliegenden Fall im Hinblick auf die erste streitbefangene Preiserhöhung im Oktober 2004 auch dann nicht im Raum, wenn man erst auf den Zeitpunkt der Klagezustellung abstellt, ohne die bereits seit dem Jahr 2004 erhobenen Widersprüche zu berücksichtigen. Die Beklagten haben hier nichts dafür vorgetragen und es ist auch nicht ersichtlich, dass

ihnen eine Bindung an den vertraglich vereinbarten Preis für entsprechende Zeitspannen nicht zumutbar gewesen wäre.

bb) Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung des Umstandes, dass mit den Klagen zunächst lediglich die Unbilligkeit der Preiserhöhungen geltend gemacht wurde. Entgegen der offenbar neuerdings vom Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg in einem Hinweisbeschluss vertretenen, entsprechende Widersprüche betreffenden Auffassung (Beschluss vom 09.12.2010, 13 U 211/09, zitiert nach juris) kann die Frage des Kündigungsanlasses nicht dann anders beurteilt werden, wenn sich die Widersprüche – oder hier: die Klagen – „nur“ gegen die Billigkeit der Erhöhungen und nicht (auch) gegen das Preisanpassungsrecht richteten. In jedem Fall bestand nämlich Grund für die Beklagten, die fehlende Bestandskraft ihrer Erhöhungen in Zweifel zu ziehen. Sie konnten und mussten das Verhalten ihrer Kunden so einschätzen, dass die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen aus jedem denkbaren Grund geltend gemacht würde. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass zu diesem Zeitpunkt eine Anzahl ungeklärter Rechtsfragen zu Gaspreiserhöhungen im Raume stand. Nicht zuletzt hat der Bundesgerichtshof die Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung verneint, ohne nach der Begründung der Kundenwidersprüche zu differenzieren (BGH, Urteil vom 09.02.2011, a. a. O.). Im Hinblick auf die Klagebegründung kann nichts anderes gelten.

cc) Auch die Entscheidung des Senats vom 27. Januar 2011 (13 U 100/10, Anlage BK 8) führt zu keiner anderen Beurteilung. Darin hatte der Senat lediglich für den Fall einen Kündigungsanlass in Frage gestellt, dass der Kunde für lange zurückliegende Zeiträume (Überzahlungen zurückverlangt und dieses Rückforderungsverlangen auf neuer höchstrichterlicher Rechtsprechung beruht, die der Energieversorger naturgemäß vor Erlass nicht kennen konnte und die ihn daher auch nicht zu vorsorglichen Kündigungen veranlassen konnte. Eine solche Konstellation liegt hier aber nicht vor.

dd) Die Beklagten können sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie die Kartellrechtswidrigkeit solcher Kündigungen hätten befürchten müssen. Nach ihrem Vorbringen haben die Kartellbehörden es als missbräuchlich angesehen, wenn Energieversorgungsunternehmen sich dem Einwand, eine von ihnen vorgenommene einseitige Preisänderung sei unbillig, dadurch entzogen haben, dass sie das Vertragsverhältnis gekündigt haben. Darum geht es hier indes nicht, weil die streitbefangenen Verträge nicht zur Umgehung von Billigkeitsprüfungen gekündigt worden wären. Die Beklagten hätten dadurch lediglich die Gefahr beseitigt, wegen der unwirksamen Preiserhöhungsklausel nicht einmal gestiegene Gestehungskosten weitergeben zu können, dass darin keine Kartellrechtswidrigkeit zu sehen sein kann, liegt auf der Hand.

c) Selbst wenn man mit den Beklagten annähme, nicht die Widersprüche der Kläger, auch nicht die von ihnen erhobene Klage, sondern erst höchstrichterliche Rechtsprechung habe Anlass zur Kündigung geben können, käme eine ergänzende Vertragsauslegung nicht in Betracht. Dann hätte Anlass zur Kündigung der Vertragsverhältnisse mit den Klägern jedenfalls ab Erlass der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. April 2008 (a. a. O.) bestanden. Indes haben die Beklagten die betreffenden Verträge – nach dem unstrittigen Vortrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vom 5. April 2011 – jedenfalls nicht vor dem Jahr 2009, zum Teil sicher erst im Jahr 2010 gekündigt. Damit haben die Beklagten selbst darauf verzichtet, die ihnen bekannte Möglichkeit wahrzunehmen, sich von der Lieferverpflichtung zu – wie sie vortragen – unzureichenden Preisen zu befreien. Dass dies jeweils auf dem angeblich sieben Monate betragenden „zeitlichen Vorlauf beruhte, den die Beklagte für die Kündigungen geltend machen, behaupten sie selbst nicht. Auch unter Zugrundelegung eines solchen „Vorlaufs“ wären die Beklagten zudem zu Kündigungen Ende 2008 in der Lage gewesen. Möglichkeiten, die die Beklagten selbst nicht nutzen, müssen ihnen aber auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eingeräumt werden.

4. Soweit die Beklagten die Ansicht vertreten, die Kläger hätten jedenfalls nach Inkrafttreten der GasGVV durch die widerspruchs-

lose Entgegennahme der Gaslieferungen gleichsam erklärt, mit den Preiserhöhungen einverstanden zu sein, trifft dies ebenfalls nicht zu.

a) Da das Preisänderungsrecht der GasGVV – wie oben in Ziffer II Nr. 2 c) bb) ausgeführt – keinen Eingang in die Sonderverträge der Kläger gefunden hat, können die Kläger mit dem widerspruchlosen Weiterbezug bereits denklogisch kein auf die GasGW gründendes geändertes Preisanpassungsrecht akzeptiert haben.

b) Die Kläger gingen zu diesem Zeitpunkt zudem noch von einem Preisanpassungsrecht der Beklagten aus, nicht dagegen von einem Preisanpassungsangebot, das sie durch ausdrücklich erklärten Willen oder Realakt angenommen haben könnten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14.07.2010, VIII ZR 246/08, Bl. 842, 869, auch in juris, Rn. 59).

c) Auch gilt in Sondervertragsverhältnissen – wie hier – der Grundsatz, dass einem Schweigen sowie der widerspruchlosen Hinnahme oder sogar Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010, a. a. O., auch OLG Hamm, a. a. O., Rn. 37 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 11.01.2007, VII ZR 165/05, zitiert n. juris, Rn. 9. vgl. auch Senatsurteil vom 27.01.2011, 13 U 100/10, Ziffer II Nr. 3). Sähe man dies anders, würde dies zu einer faktischen Wirksamkeit unwirksamer AGB zu Gunsten des Verwenders und damit zu einem wenig interessengerechten Ergebnis führen.

5. Soweit die Beklagten in der Berufung schließlich auch Verwirrung geltend machen, greift dieser Einwand ersichtlich nicht durch. Im Hinblick auf die seitdem Jahr 2004 erhobenen Widersprüche, jedenfalls aber im Hinblick auf die bereits im Dezember 2006 erfolgte Klageerhebung fehlt es sowohl am erforderlichen Vertrauens als auch am Umstandselement.

8. Zu den Voraussetzungen der Genehmigung des Investitionsbudgets gemäß § 23 Abs. 6 ARegV

§ 23 Abs. 6, Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV; § 49 Abs. 5 EnWG

1. Verteilernetzbetreibern kann nur im Einzelfall unter den in § 23 Abs. 6 ARegV genannten Voraussetzungen ein Investitionsbudget genehmigt werden. Für eine erweiternde Auslegung der Vorschrift ist angesichts deren Ausnahmecharakters auch dann kein Raum, wenn sich die dem Investitionsantrag zugrundeliegende Maßnahme als Folge einer Netzausbaumaßnahme des vorgelagerten Netzbetreibers darstellt und diesem hierfür ein Investitionsbudget nach § 23 Abs. 1 ARegV genehmigt worden ist.
2. Das Regelbeispiel des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV ist nur dann erfüllt, wenn die Umstrukturierungsmaßnahme zur Umsetzung technischer Standards zur Gewährleistung der technischen Sicherheit des Netzes erforderlich ist und zusätzlich eine behördliche Anordnung der Maßnahme nach § 49 Abs. 5 EnWG vorliegt oder die Landesregulierungsbehörde die Notwendigkeit der Maßnahme bestätigt hat.

(amtliche Leitsätze)

OLG Düsseldorf, B. v. 16.02.2011, VI-3 Kart 279/09 (V)

Aus den Gründen:

I. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Ablehnung des von ihr beantragten Investitionsbudgets für das Projekt „X.“ durch Beschluss der Bundesnetzagentur vom 26.11.2009.

Die Antragstellerin betreibt ein regionales Elektrizitätsverteilernetz. Mit Schreiben vom ... beantragte sie für das Investitionsproj-

jekt „X.“ die Genehmigung eines Investitionsbudgets, dessen Anschaffungs- und Herstellungskosten sie zunächst auf €, im Laufe des Verwaltungsverfahrens sodann auf € bezifferte. Als technisches Ziel des Projekts gab die Antragstellerin die Gewährleistung der technischen Sicherheit im Versorgungsbereich B., C, D. an, nachdem die E. (vormals F.) Netzoptimierungen im kV-Netz durch eine Spannungsumstellung von kV auf kV im Raum C./B. durchgeführt hat. Für dieses Projekt zur „Y.“ hat die Bundesnetzagentur der E. mit Beschluss vom (Az. BK 4-08-) ein Investitionsbudget genehmigt, wobei sie für das Investitionsprojekt das Vorliegen eines Regelbeispiels des § 23 Abs. 1 Satz 2 ARegV verneinte, dieses jedoch als notwendig zum bedarfsgerechten Ausbau des Netzes im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 ARegV ansah. [...] Die Investitionsmaßnahmen der Antragstellerin umfassen die Errichtung zweier zusätzlicher -Stromkreise zwischen den Anlagen C. und B. und zwischen C. und D. Die Landesenergieaufsichtsbehörde hat diesbezüglich keine Anordnung nach § 49 Abs. 5 EnWG getroffen und auch nicht die Notwendigkeit der Investitionsmaßnahmen der Antragstellerin bestätigt.

Mit Beschluss vom 26.06.2009 hat die Beschlusskammer 4 den Antrag der Antragstellerin auf Genehmigung eines Investitionsbudgets für das Projekt „X.“ abgelehnt. [...]

Gegen diesen Beschluss richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragstellerin. [...]

II. Die zulässige Beschwerde hat aus den mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen erörterten Gründen in der Sache keinen Erfolg. [...]

2. In der Sache hat die Beschwerde der Antragstellerin hingegen keinen Erfolg.

Zu Recht hat die Beschlusskammer 4 ihren Antrag auf Genehmigung eines Investitionsbudgets für das Projekt „X.“ zurückgewiesen. Ihre Rüge, die Beschlusskammer habe den Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ARegV missinterpretiert, geht fehl.

2.1. Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 ARegV in der bis zum 08.09.2010 geltenden Fassung hat die Bundesnetzagentur Investitionsbudgets für Kapitalkosten zu genehmigen, die zur Durchführung von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze erforderlich sind, soweit diese Investitionen zur Stabilität des Gesamtsystems oder für die Einbindung in das nationale oder internationale Verbundnetz sowie für einen bedarfsgerechten Ausbau des Energieversorgungsnetzes nach § 11 EnWG notwendig sind. Da Verteilernetzbetreiber bei Veränderungen ihrer Versorgungsaufgabe gemäß § 10 ARegV einen Erweiterungsfaktor sowie für die Durchführung von Investitionen gemäß § 25 ARegV einen pauschalen Investitionszuschlag geltend machen können, handelt es sich um eine Regelung, die sich im Kern an Betreiber von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen richtet. Mit ihr soll der sich aufgrund technischer und gesetzlicher Vorgaben ergebenden Sonderrolle der Übertragungs- und Fernleitungsnetze Rechnung getragen werden. Auf die Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber kommen aufgrund der technischen Gegebenheiten und verschiedener energiepolitischer Vorgaben in erheblichem Umfang zusätzliche Aufgaben zu, die erhöhte Kosten verursachen. Für die aufgrund dieser Anforderungen notwendigen Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen in die Übertragungs- und Fernleitungsnetze können Investitionsbudgets beantragt und genehmigt werden (vgl. BR-Drs. 417/07 vom 15.06.2007, S. 66 f.; s.a. Bericht der Bundesnetzagentur nach § 112 a EnWG zur Einführung der Anreizregulierung nach § 21 a EnWG vom 30.06.2006, Tz 300ff). Damit soll sichergestellt werden, dass die insoweit notwendigen Investitionen in die Energieversorgungsnetze tatsächlich vorgenommen werden.

Nach § 23 Abs. 6 ARegV können aber auch Verteilernetzbetreibern Investitionsbudgets für Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen genehmigt werden, die durch die Integration von Anlagen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) oder dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG), zur Durchführung von Maßnahmen i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 bis 8 ARegV sowie für