

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter:

**gegen**

Beklagte,

hat das Amtsgericht Mitte, Zivilprozessabteilung 20, Littenstraße 12 -17, 10179 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 26.04.2010 durch die Richterin am Amtsgericht Kohrs **für Recht erkannt:**

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 370,58. EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2010 zu zahlen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand**

Die klagende Partei begehrt von der Beklagten die Rückzahlung geleisteter Entgelte für Gaslieferungen für die Verbrauchsstelle \_\_\_\_\_ in der Zeit vom 01.12. 2004 bis \_\_\_\_\_ 12.12.2008.

Dem seit August 2002 bestehenden Vertragsverhältnis zur Vertragskontonummer \_\_\_\_\_ der Parteien lagen die AVB GasV vom 21.06.1979 zugrunde, auf deren Inhalt verwiesen wird, und die Beklagte belieferte die klagende Partei auf der Grundlage des veröffentlichten Tarifs „Vario“. Es erfolgte eine Tarifversorgungsvertragsumstellung auf der Grundlage des veröffentlichten Tarifs „GASAG-Vario 1“, auf dessen Umstellungsbedingungen und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin gültig ab 1.5.2005 verwiesen wird, die bis zum 31.12.2006 galten. Voraussetzung des Zustandekommens des Vertrages war die Verpflichtung des Kunden, eine Einzugsermächtigung zugunsten der Beklagten für den Einzug der fälligen Beträge zu erteilen. Ab dem 1.1.2007 erfolgte die streitgegenständliche Gasversorgung zum veröffentlichten Tarif „GASAG Komfort“ auf der Grundlage der GasGVV, auf die inhaltlich Bezug genommen wird.

Die Beklagte erhöhte den Netto-Arbeitspreis für den Bezug von Gas nach jeweiliger vorheriger öffentlicher Bekanntmachung zum 01. Dezember 2004 von 0,039 €/kWh auf 0,042€/kWh, zum 01.10.2005 auf 0.047 €/kWh, zum 01. Januar 2006 auf 0,052 €/kWh,

zum 01.01.2008 auf 0,0535 €/kWh und zum 01.09.2008 auf 0,0615€/kWh.

Die klagende Partei entnahm fortlaufend Gas und die Beklagte zog die aufgrund der unterschiedlichen Arbeitspreise berechneten Jahresrechnungsbeträge jeweils vom Konto der klagenden Partei ein. Auf den Inhalt der streitgegenständlichen Rechnungen (Anlage K1 – K4) wird Bezug genommen.

Die klagende Partei ist unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 15. Juli 2009 (VIII ZR 225/07) der Ansicht, auf ihren Tarif als Sondertarif seien die Preisänderungsklauseln wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam. Deshalb sei der vereinbarte Arbeitspreis von 0,039 €/kWh nicht wirksam geändert worden, so dass die darüber hinausgehenden Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet worden seien. Wegen der Einzelheiten der Berechnung des geltend gemachten Rückzahlungsbetrages wird auf die Klageschrift Bezug genommen.

Mit der bei Gericht am 30.11.2009 eingegangenen und der Beklagten am 12.01.10 zugestellten Klage beantragt die klagende Partei,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 370,58 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, die jeweiligen Preiserhöhungen hätten der Billigkeit im Sinne des § 315 BGB entsprochen. Sie habe lediglich die gestiegenen Bezugskosten weitergegeben, ohne dass der Anstieg durch rückläufige Kosten hätte ausgeglichen werden können. Nach dem Inhalt der Verträge mit ihren Lieferanten sei der Gasbezugspreis an die Preisentwicklung für leichtes und schweres Heizöl angebunden gewesen. Sie habe deshalb insbesondere seit dem ersten Halbjahr 2004 erhebliche Preissteigerungen hinnehmen müssen.

Sie ist der Ansicht, die klagende Partei habe dadurch, dass sie nach der Ankündigung der Erhöhung des Arbeitspreises den Gasbezug widerspruchslos fortgesetzt und den sich aus den Jahresverbrauchsrechnung ergebenden Betrag vorbehaltlos gezahlt habe, mit ihr eine stillschweigende Preisvereinbarung getroffen. Insoweit sei eine unterschiedliche Beurteilung des Verhaltens von Tarifkunden und von Sondertarifkunden nicht gerechtfertigt. Jedenfalls verhalte sich die klagende Partei treuwidrig. Die Beklagte ist weiter der Ansicht, in analoger Anwendung des § 8 Satz 2 des PreiskIG dürfe eine etwaige Unwirksamkeit der Regelung in § 3 der AGB erst mit der Rechtskraft der genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes eintreten, so dass die in der Vergangenheit erklärten Preiserhöhungen als wirksam anzusehen seien. Andernfalls sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die durch die Unwirksamkeit der Klausel entstandene Vertragslücke in der Weise zu schließen, dass die der Billigkeit entsprechenden Preiserhöhungen wirksam sind. Es würde ansonsten durch die Unwirksamkeit der Klausel das Vertragsgefüge derart einseitig zugunsten der Kunden verschoben werden, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung getragen werde. Insbesondere werde die Existenz der Beklagten durchgreifend gefährdet, da aufgrund der Bekanntgabe der genannten Entscheidung des BGH federführend die Berliner Verbraucherzentrale die weit über 300.000 betroffenen Kunden zur Rückforderung der Entgelte aufgefordert habe.

Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung sowie der Entreicherung und behauptet für letztere, sie habe die erhöhten Einnahmen aufgrund der gestiegenen Bezugspreise vollständig an ihre Lieferanten weitergeleitet. Schließlich rechnet die Beklagte in Höhe der Klageforderung mit dieser hilfsweise auf, da die klagende Partei durch den Bezug des durch die Erhöhung der Bezugskosten entstandenen und durch die Preisanpassungen

bezzifferten objektiven Mehrwert des Gases bereichert sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Tatbestandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist begründet.

Der klagenden Partei steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Rückzahlung gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., 818 Abs. 2 BGB zu.

Die Beklagte hat die Zahlungen der klagenden Partei für diesen Zeitraum in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ohne Rechtsgrund erhalten. Unstreitig bestand zwischen den Parteien in dem genannten Zeitraum zwar ein Vertragsverhältnis über die Belieferung von Gas nach dem Tarif der Beklagten GASAG-Vario. Bei diesem Vertrag handelt es sich nach Ansicht des Gerichts in Übereinstimmung mit der Entscheidung des BGH vom 15. Juli 2009 (VIII ZR 225/07) nicht um einen Tarif- bzw. Grundversorgungsvertrag im Sinne der §§ 1 Abs. 2 AVBGasV, 10 Abs. 1 EnWG 1998 bzw. 36 Abs. 1 EnWG 2005, sondern um einen „Erdgasversorgungsvertrag mit Sonderpreiskonditionen“, wie es § 1 Nr. 2 der ab dem 01. Mai 2001 geltenden AGB der Beklagten ausdrücklich heißt, also um einen Sondervertrag, so dass vorrangig die Regelungen der AGB zu berücksichtigen sind.

Deshalb ergibt sich aus § 4 Abs. 2 AVBGasV kein einseitiges Preisänderungsrecht der Beklagten, da diese Regelung nach § 1 Abs. 2 AVBGasV nur für Tarifikunden gilt und nicht für Sonderkunden wie die klagende Partei (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, VIII ZR 81/08, Rz. 25, nach juris; OLG Hamm Entscheidung vom 29. Mai 2009, 19 U52/08 Rz. 402 nach juris).

Ebenfalls mit der Entscheidung des BGH ist jedoch davon auszugehen, dass die in § 3 der ab 2005 bis zum 01. April 2007 gültigen AGB enthaltene Preisänderungsklausel unwirksam ist, da sie die Kunden der Beklagten in unangemessener Weise benachteiligt. Gemäß § 306 Abs. 1 BGB ist der zwischen den Parteien bestehende Vertrag trotz der Unwirksamkeit der Klausel im Übrigen wirksam, lediglich das darin genannte Recht der Beklagten auf eine einseitige Erhöhung des Bezugspreises entfällt. Die Unwirksamkeit der Klausel ist ex tunc eingetreten, diese hat die Kunden der Beklagten von Beginn des Vertragsverhältnisses an benachteiligt, so dass sie von Anfang an unwirksam ist. Eine Unwirksamkeit erst ab Rechtskraft der genannten Entscheidung des BGH in analoger Anwendung des § 8 Satz 2 des Preisklauselgesetzes ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht anzunehmen. Es fehlt insoweit bereits an einer Regelungslücke, in den §§ 305ff. BGB ist vollständig geregelt, welche Folgen die Unwirksamkeit einer Klausel aus Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat, nämlich deren Unwirksamkeit für den Vertrag, also auch für die gesamte Vertragslaufzeit. Gemäß § 306 Abs. 2 BGB tritt an Stelle der unwirksamen Klausel die gesetzliche Regelung. Diese besteht darin, dass gemäß § 311 Abs. 1 BGB zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich ist. Die Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV stellt keine gesetzliche Regelung im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB dar, da diese nach § 1 Abs. 2 AVBGasV nur für Tarifikunden gilt und nicht für Sonderkunden (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, VIII ZR 81/08, Rdnr. 25, nach juris).

Es gibt entgegen der Ansicht der Beklagten weder Veranlassung, von den Grundsätzen der Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuweichen, noch ergibt sich im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung die Annahme einer Berechtigung zur einseitigen Preiserhöhung durch die Beklagte. Die Beklagte hat die klagende Partei durch die Verwendung der Klausel in § 3 der AGB 2005 entgegen den Geboten von Treu und Glauben in unangemessener Weise benachteiligt. Entsprechend der Wertung des Gesetzgebers führt die Benachteiligung gemäß § 306 Abs. 1 BGB zur Unwirksamkeit der

Klausel. Üblicherweise kann sich die Unwirksamkeit einer den Kunden benachteiligenden Klausel wirtschaftlich zu Lasten des Verwenders auswirken. Eine Schutzwürdigkeit des Verwenders ist insoweit nicht zu erkennen. Die Klausel stellt auch nicht lediglich eine Klarstellung gegenüber der Regelung in § 4 AVBGasV dar, wie die Beklagte meint, sondern unterscheidet sich von dieser entscheidend dahingehend, dass nach § 4 AVBGasV die Rechtspflicht besteht, bei einer Tarifierfassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen (BGH, Urteil vom 15. Juli 2007, VIII ZR 225/07, Rz. 28, nach juris).

Eine ergänzende Vertragsauslegung ist gemäß §§ 306 Abs. 2, 157, 133 BGB bei der Unwirksamkeit von Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar grundsätzlich möglich, die Voraussetzungen dafür liegen hier jedoch nicht vor. Die Ausfüllung der durch die Unwirksamkeit der Klausel entstandenen Lücke durch die gesetzliche Regelung führt nicht zu einem Ergebnis, das das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt. Davon ist schon deshalb nicht auszugehen, weil die Beklagte nach § 14 Nr. 2 der AGB (2005) berechtigt war, sich mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zur jeweiligen Vertragslaufzeit vom Vertrag zu lösen.

Da die Beklagte jeweils nur über einen begrenzten Zeitraum an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden blieb, ist ein für diese unzumutbares Ergebnis nicht anzunehmen (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010, VIII ZR 81/08, dort zu Rz. 28f., nach juris). Die behauptete Existenzbedrohung stellt keine im Individualprozess zu beurteilende einseitige Verschiebung des konkreten Vertragsgefüges dar. Zudem beschränkt sich die Beklagte insoweit auf Spekulationen. Konkrete Zahlen der tatsächlich geltend gemachten Forderungen benennt die Beklagte nicht. Zudem hätte sie auf der anderen Seite ihr Geschäftsvermögen, die Geschäftsentwicklungen etc. darlegen müssen.

Dies führt dazu, dass die von der Beklagten zwischenzeitlich erfolgten Erhöhungserklärungen mangels vertraglicher Grundlage wirkungslos sind. Es ist zwischen den Parteien nicht zu einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung einer Preiserhöhung gekommen. Entgegen der Ansicht der Beklagten stellen der widerspruchslose Weiterbezug von Gas und die widerspruchslose Duldung der Abbuchung des Betrages der Jahresabschlussrechnungen keine Annahme eines Angebotes auf Änderung des Vertrages dar. Es fehlt bereits an einem Angebot der Beklagten auf Abänderung des Vertrages. Die Beklagte hat die einseitige Erhöhung des Preises erkennbar auf die in § 3 der AGB getroffene - unwirksame - Vereinbarung gestützt, die ein einseitiges Preiserhöhungsrecht der Beklagten vorsieht. Aus Sicht des Erklärungsempfängers stellt sich die Mitteilung der Erhöhung somit nicht als Angebot auf Änderung des Vertrages dar, welches erst durch die erklärte Annahme wirksam wird, sondern als einseitige Erklärung, die bereits ohne Zutun des Empfängers Wirksamkeit entfaltet (für ein unwirksam vereinbartes einseitiges Mieterhöhungsrecht: BGH, Urteil vom 20. Juli 2005, VIII ZR 199/04, Rz. 15, nach juris). Aus Sicht des Kunden stand diesem nicht frei, einer Vertragsänderung zuzustimmen oder nicht, vielmehr musste dieser aufgrund der Vereinbarung in § 3 der AGB 2005 davon ausgehen, dass er allein aufgrund der einseitigen Erklärung zur Zahlung verpflichtet war. Dementsprechend durfte die Beklagte der Zahlung des erhöhten Entgelts auch kein Erklärungsbedeutung beimessen (BGH, a.a.O., m.w.N.). Eine Vertragsänderung konnte so nicht eintreten. Auch die Beklagte selbst hat mit der einseitig erklärten Preiserhöhung kein Angebot auf Änderung des Vertrages abgeben wollen, denn auch sie ging von der Erklärung einer einseitigen Preiserhöhung aus und es ergeben sich auch keinerlei Anhaltspunkte für ein ggf. hilfsweise erklärtes Angebot auf eine Vertragsänderung.

Selbst wenn der einseitig erklärten Preiserhöhung im Sonderkundenvertrag der Erklärungsinhalt beigemessen werden sollte, ein Angebot auf eine Vertragsänderung zu enthalten, ist eine Annahme durch den Kunden nicht anzunehmen. Zum einen ergibt sich

bereits aus den vorangegangenen Ausführungen, dass auch aus Sicht der Beklagten die erfolgte Zahlung des erhöhten Preises aufgrund einer vermeintlichen Verpflichtung nicht die Erklärungsbedeutung einer Annahme enthält. Zum anderen unterscheidet sich die Vertragssituation zwischen Tarifkunden und Sonderkunden in entscheidender Weise. Das OLG Frankfurt/M. verkennt in der von der Beklagten zitierten Entscheidung die Unterschiede zwischen dem Tarifkundenverhältnis und dem Sonderkundenvertrag. Bei dem Tarifkunden ist der Versorger bereits aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV berechtigt, einseitig den Preis zu ändern, einer Zustimmung durch den Kunden bedarf es nicht. Dieser verliert lediglich die Möglichkeit, im Rahmen des § 315 BGB die Billigkeit der Preisbestimmung zu rügen, wenn er länger vorbehaltlos den erhöhten Preis zahlt. Nur darauf stellen auch die in diesem Zusammenhang von dem Beklagten zitierten Entscheidungen des BGH ab. Dagegen ist beim Sonderkunden, wie das OLG Hamm in seiner Entscheidung vom 29. Mai 2009, 19 U 52/08 (zu Rz. 37 nach juris) zutreffend und überzeugend darstellt, die Vertragssituation eine ganz andere. Beim Tarifkunden korrespondiert das Recht auf eine einseitige Preisbestimmung mit dem Zustandekommen des Vertrages durch die faktische Entnahme von Gas (§ 2 Abs. 2 AVBGasV). Aufgrund der nach § 6 EnWiG a. F. bestehenden Verpflichtung, jedermann an das Versorgungsnetz anzuschließen, musste die vertragliche Gestaltung der Grundversorgung möglichst einfach und praktikabel geregelt sein. Durch die Regelungen in der AVBGasV war gewährleistet, dass in jedem faktischen Gasversorgungsverhältnis eine vertragliche Grundlage und die Möglichkeit für den Versorger bestand, ein angemessenes Entgelt für die Versorgung verlangen zu können. Im Sonderkundenverhältnis dagegen streben beide Vertragsparteien eine von der Grundversorgung abweichende vertragliche Ausgestaltung an, an der grundsätzlich beide Parteien mitwirken können. Änderungen eines bestehenden Vertrages müssen nach der Ausgestaltung des Vertrages (soweit er wirksam ist) von beiden Vertragsparteien vorgenommen werden, ein einseitiges Tarifierhöhungsrecht, welches nur der Billigkeitskontrolle unterliegt, gibt es in Sondervertragsverhältnissen grundsätzlich nicht (OLG Hamm, a.a.O.). Es ist somit nicht gerechtfertigt, eine gegenüber einem Mietvertrag abweichende Qualifizierung des Verhaltens der Vertragsparteien für den als normalen Vertrag zwischen gleichberechtigten Rechtssubjekten zu wertenden Sonderkundenvertrag vorzunehmen, so dass die in der oben zitierten Entscheidung des BGH (Urteil vom 20. Juni 2005, VIII ZR 199/04) entwickelten Grundsätze auf den Sonderkundenvertrag übertragbar sind. Danach gilt auch hier der Grundsatz, dass dem Schweigen oder widerspruchlosen Hinnahme und sogar Begleichung von Rechnungen kein darüber hinausgehender Erklärungswille zu entnehmen ist (LG Hannover, Urteil vom 01. Dezember 2009, 18 O 52/07, zu Rz. 74f nach juris). Zudem wird der Sonderkundenvertrag nicht durch die faktische Entnahme von Gas begründet, sondern durch einen ausdrücklichen schriftlichen Abschluss wie hier. Deshalb kann der weiteren vorbehaltlosen Entnahme von Gas (anders als beim Tarifkunden) ebenso wenig ein vertragsändernder Erklärungsinhalt entnommen werden wie das vorbehaltlose Dulden der Abbuchung des Jahresrechnungsbetrages. Zum einen kann die Zahlung des Betrages schon deshalb keine wirksame Annahme der Monate zuvor angebotenen Preisänderungsvereinbarung sein, weil die Annahmefrist nach § 147 Abs. 2 BGB längst abgelaufen war. Zum anderen hatte die Beklagte den Kunden nach § 14 der AGB 2005 verpflichtet, eine Einzugsermächtigung zu erteilen und sich eine Kündigung des Vertrages für den Fall des Widerrufs der Ermächtigung vorbehalten. Das bloße Schweigen auf eine Einzugsermächtigungslastschrift stellt weder eine Genehmigung der Leistung durch die Bank noch eine schlüssige rechtsgeschäftliche Erklärung gegenüber dem Erklärungsempfänger dar, auch nicht, wenn dieses über einen längeren Zeitraum mehrfach geschieht (BGH, Urteil vom 06. Juni 2000, XI ZR 258/99, Rr. 24ff nach juris)

Dulden der Abbuchung des Jahr. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände kann allein in dem Gewährenlassen der Abbuchung keine Zustimmung zu einer konkreten Preiserhöhung gesehen werden. Weitere Umstände sind nicht ersichtlich.

Auch für die Zeit ab dem 01. April 2007 ist eine wirksame Änderung der AGB nicht eingetreten, so dass auch für die weitere Vertragslaufzeit von der Unwirksamkeit der Preiserhöhungsklausel auszugehen ist. Zwar hatten die Parteien in § 1 Nr. 2 der AGB vereinbart, dass die AVBGasV nach den Regelungen der AGB ergänzend gelten sollen, so grundsätzlich auch die Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV bzw. in § 5 Abs. 2 GasGVV, soweit die AGB nicht abweicht. Damit wurde aber nicht vereinbart, dass die Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen allein durch eine Veröffentlichung möglich sei. Zum einen stellt - wie oben ausgeführt - die Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV keine gesetzliche Regelung im Sinne des § 306 Abs. 2 BGB dar, da diese nach § 1 Abs. 2 AVBGasV nur für Tarifkunden gilt und nicht für Sonderkunden. Zum anderen führt die Einbeziehung der AVBGasV als ergänzend geltende Regelungen durch die AGB dazu, dass diese wie Allgemeine Geschäftsbedingungen auf ihren Inhalt zu überprüfen sind. Zwar war eine Übersendung des Textes der Verordnung gemäß § 305 Abs. 2 BGB nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich (a. A. OLG Dresden, Urteil vom 26. Januar 2010, 14 U983/08), da es für im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Verordnungen ausreicht, auf diese zu verweisen. Damit ist gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Möglichkeit geschaffen, in zumutbarer Weise Kenntnis von dem Verordnungstext zu nehmen. Der Verweis auf die ergänzende Geltung einer Verordnung oder eines Gesetzes (z. B. in einem Kaufvertrag auf die ergänzende Geltung des BGB) reicht für eine Einbeziehung aus, ohne dass es der Übersendung des Gesetzes- oder Verordnungstextes bedarf. Der Verweis auf eine Verordnung oder ein Gesetz ist auch nicht vergleichbar mit dem Verweis auf bereits veröffentlichte AGB des Verwenders oder auf von Interessenverbänden ausgearbeitete Bedingungen wie die VOB! Die Auslegung des Inhalts der Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV führt jedoch gemäß § 305 c Abs. 2 BGB, der gemäß § 310 Abs. 2 BGB auch für diese Bedingungen gilt, dazu, dass die Regelung im Sonderkundenvertrag nicht gilt oder jedenfalls nicht das Recht des Verwenders begründet, durch einseitige Erklärungen den Vertragsinhalt zu ändern, wenn diese veröffentlicht werden. Wie oben ausgeführt wurde, unterscheidet sich der Sonderkundenvertrag erheblich von den Verträgen der allgemeinen Grundversorgung, es gilt der Grundsatz, dass die Parteien Vertragsänderungen nur durch übereinstimmende Willenserklärungen herbeiführen können. Dieser Grundsatz ergibt sich auch aus der Regelung in § 2 der AGB. Einseitige Tarifänderungen sind dem Sonderkundenvertrag fremd (OLG Hamm, a.a.O.), dies gilt erst recht für die weitergehende einseitige Vertragsänderung. Sollte in § 4 Abs. 2 der AVBGasV das Recht des Verwenders normiert sein, den Vertrag durch eine einseitige Erklärung zu ändern, die dem Vertragspartner nicht zugehen, sondern die lediglich veröffentlicht werden muss, würde ein derartiger Widerspruch zu dem o. g. Grundsatz bestehen, dass eine Anwendung der AVBGasV nach der Vorrangigkeitsregel in § 1 Nr. 2 der AGB insoweit ausgeschlossen ist. Zudem wäre die Regelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV gemäß § 305 c Abs. 2 BGB dahingehend auszulegen, dass - entsprechend der AGB - die Vertragsänderungen nur durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragsparteien erfolgen können und zur Wirksamkeit der Änderung zusätzlich die Veröffentlichung notwendig ist. In der Regelung heißt es nicht, dass die Änderungen durch öffentliche Bekanntgabe wirksam werden, sondern „erst nach“ öffentlicher Bekanntgabe. Bei der ergänzenden Anwendung für den Sonderkundenvertrag würde die Auslegung zu Lasten des Verwenders deshalb ergeben, dass zunächst eine Änderung vereinbart werden muss und diese „erst nach“ Veröffentlichung wirksam werden würde. Eine Änderung des zwischen den Parteien ursprünglich vereinbarten Arbeitspreis von 0,039 €/kWh netto ist somit zu keinem Zeitpunkt wirksam erfolgt. Soweit die klagende

Partei darüber hinaus Zahlungen an die Beklagten geleistet hat, sind diese ohne Rechtsgrund erfolgt.

Entsprechend der Berechnung der klagenden Partei ergibt sich der Rückzahlungsanspruch in der aus dem Tenor ersichtlichen Höhe.

Der klägerische Rückforderungsanspruch ist nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, weil weder ein Zahlungsvorbehalt noch ein Widerspruch erklärt worden sind. Die im Rahmen des § 814 BGB vorausgesetzte erforderliche positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung, also der Zahlung durch den Kunden, ist nicht gegeben. Dabei genügt die Kenntnis der Tatsachen allein nicht, der Leistende muss auch die zutreffenden rechtlichen Folgerungen ziehen. Da die Rechtslage mindestens bis Sommer 2009 nicht eindeutig höchstrichterlich entschieden gewesen ist, konnte die Klägerseite auch keine positive Kenntnis davon haben, dass weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Preiserhöhungsrecht der Beklagten besteht ( so OLG Hamm a.a.O. nach juris Ziff. 79). Eine Verwirkung des Bereicherungsanspruchs oder eine Verwirkung des Rechts, dem erhöhten Preis zu widersprechen, besteht nicht, denn das gem. § 242 BGB erforderliche Zeit- und Umstandsmoment können seit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes im Sommer 2009 bis zur Rechtshängigkeit der Klage nicht eingetreten sein.

Aus dem gleichen Grund kann die Einrede der Verjährung nicht durchgreifen.

Bereicherungsansprüche unterliegen der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB (vgl. BGHZ 171,1 (6)). Die für den Verjährungsbeginn nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erforderliche Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners setzt zwar grundsätzlich keine zutreffende rechtliche Würdigung voraus. Es genügt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit vielmehr eine Kenntnis der den Ersatzanspruch begründenden tatsächlichen Umstände. Allerdings ist dies dann anders zu beurteilen, wenn es sich um eine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage handelt, so dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1148). Genauso hat es sich hier bis zu den die jahrelange Instanzenrechtsprechung abändernden Entscheidungen der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofes bis Sommer 2009 zugetragen, so dass eine Verjährung bei Klagezustellung ausscheidet.

Der Anspruch ist schließlich nicht wegen eines Wegfalls der Bereicherung bei der Beklagten oder der von dieser hilfsweise erklärten Aufrechnung erloschen. Eine Entreicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB kann nicht festgestellt werden. Es fehlt insoweit bereits an einem Ursachenzusammenhang zwischen dem Empfang der rechtsgrundlosen Leistung und dem Vermögensverlust, da die Beklagte diesen auch dann erlitten hätte, wenn der Kunde nur die vertraglich geschuldeten und nicht die erhöhten Beträge gezahlt hätten (OLG Hamm, a.a.O. Rdnr. 80 nach juris). Zudem besteht ein Bereicherungsanspruch der Beklagten, mit dem sie gegenüber der Klageforderung aufrechnen könnte, nicht. Die klagende Partei hat - nach Durchsetzung ihres Bereicherungsanspruches - zu dem wirksam vereinbarten Preis Gas bezogen. Es ist deshalb nicht darauf abzustellen, wie hoch die marktüblichen Preise waren, sondern was zwischen den Parteien wirksam vereinbart war (OLG Hamm, a.a.O.).

Der Zinsanspruch ist gemäß § 291 BGB begründet.

Die Nebenentscheidung beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Kohrs