

Gericht: OLG Oldenburg, 12. Zivilsenat
Typ, AZ: Urteil, 12 U 49/07
Datum: 05.09.2008
Sachgebiet: Kein Sachgebiet eingetragen
Normen: AVBGasV § 4, GasGVV § 5, BGB § 307
Leitsatz: Im Sonderkundenbereich kann ein Gasversorger das Recht zur einseitigen Preiserhöhung nicht allein dadurch begründen, dass er in seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) bzw. die Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung im Energiebereich (GasGVV) verweist.

Zur Inhaltskontrolle von §§ 4 AVBGasV, 5 GasGVV gemäß § 307 BGB bei einer vertraglichen Einbeziehung in allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Volltext:

Oberlandesgericht Oldenburg

Im Namen des Volkes

Urteil

12 U 49/07
9 O 403/06 Landgericht Oldenburg Verkündet am 05.09.2008
..., JAuge
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. A,
Kläger,
2. B,
3. C,
4. D,
5. E,
6. F,
7. G,
8. H,
9. I,
10. J,
zu 2. bis 10.: Kläger und Berufungskläger,
11. K,
Kläger,
12. L,
13. M,
14. N,
15. O,
16. P,
17. Q,
18. R,
19. S,
20. T,
21. U,
22. V,
23. W,
24. X,

25. Y,
zu 12. bis 25.: Kläger und Berufungskläger,
26. Z,
Kläger,
27. AA,
28. AB
29. AC,
30. AD,
31. AE,
32. AF,
33. AG,
zu 27. bis 33.: Kläger und Berufungskläger,
34. AH,
Kläger,
35. AI,
36. AJ,
37. AK,
zu 35. bis 37.: Kläger und Berufungskläger,
38. AL,
Kläger,
39. AM,
40. AN,
41. AO,
42. AP,
43. AQ,
44. AR,
45. AS,
46. AT,
47. AU,
48. AV,
49. AW,
50. AX,
51. AY,
52. AZ,
53. BA,
54. BB,
55. BC,
zu 39. bis 55.: Kläger und Berufungskläger,
56. BD,
Kläger,
57. BE,
58. BF,
59. BG,
60. BH,
61. BI,
62. BJ,
63. BK,
64. BL,
65. BM,
66. BN,
zu 57. bis 66.: Kläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

E... AG, vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch den Vorsitzenden ...

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ..
Rechtsanwälte ...

hat der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Oldenburg durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Landgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... auf die mündliche Verhandlung vom 5. September 2008 für Recht erkannt:

Auf die Berufungen der Kläger zu 2.) bis 10.), zu 12.), 14) bis 16.), zu 20.) bis 25.), zu 27.) bis 33.), zu 35.) bis 37.), zu 39.) bis 55.) und zu 57.) bis 66.) wird das am 22. November 2007 verkündete Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Oldenburg unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels geändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die zwischen den Klägern und der Beklagten jeweils bestehenden Gasversorgungsverträge zu einem nicht höheren als dem bis dahin von der Beklagten geltend gemachten Arbeitspreis im Sondertarif I fortbestehen, und zwar für folgende Zeiträume:

für die Kläger zu 6.), 10.), 22.), 29.), 30.), 32.), 47.) und 54.)
über den 31. 08. 2004 hinaus.

für die Kläger zu 2.), 3.), 5.), 7. bis 9.), 16.), 20.), 21.), 23.), 25.), 27.),
28.), 31.), 33.), 35.) bis 37.), 40.) bis 42.), 45.), 46.), 48.) bis 53.), 57.), 60.) bis 62.), 64.), 65.) über den
31.07.2005 hinaus.

für die Kläger zu 4.), 12.), 15.), 39.), 44.), 59.) über den
31.01.2006 hinaus.

für die Kläger zu 14.) sowie 43.) über den 31.07.2005 hinaus bis
zur Preisänderung der Beklagten vom 01.08.2008.

für die Kläger zu 24.), 55.), 63.) über den 31.08.2004 hinaus bis zur
Preisänderung der Beklagten vom 01.08.2008.

für den Kläger zu 58.) über den 31.01.2006 hinaus bis zur Preisänderung der Beklagten vom 01.08.2008.
für den Kläger zu 66.) über den 31.03.2007 hinaus.

Hiervon ausgenommen ist die Preiserhöhung zum 1. Januar 2007.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1.), 11.), 13.), 17.) bis 19.), 26.), 34.), 38.) und 56.). Diese tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision gegen das Urteil wird zugelassen.

Gründe

I.

Die Beklagte versorgt Endverbraucher mit Gas. Die Kläger sind Kunden der Beklagten. Die Beklagte hat seit dem 1. September 2004 in mehreren Schritten ihre Preise einseitig erhöht. Die Kläger begehren die Feststellung, dass einzelne Erhöhungen unwirksam sind.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es führt aus, die Beklagte habe ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht. Obwohl die Kläger Sondertarifkunden seien, finde die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV, BGBl. I 1979, 676) und damit insbesondere § 4 AVBGasV direkte Anwendung. Unabhängig davon seien die Bestimmungen der AVBGasV auch in die Vertragsverhältnisse zwischen den Parteien wirksam einbezogen worden. Dabei sei sie als Verordnung und nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung zu bewerten. Im Rahmen der danach gemäß § 315 Abs. 3 BGB vorzunehmenden Billigkeitsprüfung sei zu berücksichtigen, dass die Beklagte ausweislich der von ihr vorgelegten Unterlagen mit den streitgegenständlichen Preisfestsetzungen nur ihre Bezugskostensteigerungen weitergegeben habe. Die Kläger hätten nicht substantiiert dargelegt, warum diese Unterlagen nicht aussagekräftig seien. Es bestehe keine Verpflichtung der Beklagten, ihre gesamten betriebswirtschaftlichen Unterlagen und insbesondere die Kalkulation des Gesamtpreises offen zu legen. Etwaige Überhöhungen des Sockelpreises, also des Preises, den die Beklagte vor den streitgegenständlichen Preisfestsetzungen verlangt habe, seien nicht zu berücksichtigen, da dieser zwischen den Parteien vereinbart worden sei bzw. vorherige Preiserhöhungen unbeanstandet

hingenommen worden seien.

Ein Teil der Kläger hat das Urteil angefochten.

Die Berufungskläger meinen, die Beklagte habe weder ein wirksam vereinbartes noch ein direkt aus § 4 AVBGasV ableitbares Recht zur Erhöhung der ursprünglich vereinbarten Gaspreise. Da sie Sondervertragskunden und nicht allgemeine Vertragskunden seien, sei eine direkte Anwendung der AVBGasV nicht möglich. Eine demnach allenfalls in Betracht kommende mittelbare Einbeziehung der Regelungen der AVBGasV als Allgemeine Geschäftsbedingung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Im Übrigen seien die Regelungen der AVBGasV wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB nicht wirksam, da die Kläger hierdurch unangemessen benachteiligt würden. Selbst wenn man ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht annehme, habe die Beklagte die Billigkeit ihrer Preisfestsetzungen nicht hinreichend dargelegt und unter Beweis gestellt. Eine Feststellung der Billigkeit sei ohne Vorlage der Kosten und Gewinnkalkulation nicht möglich.

Nach Rücknahme der Berufung der Kläger zu 13.) und 17.) bis 19.) beantragen die Kläger zu 2.) bis 10.), zu 12.), zu 14.) bis 16.), zu 20.) bis 22.), zu 24.), zu 25.), zu 27.) bis 33.), zu 35.) bis 37.), zu 39.) bis 55.), zu 57.) und zu 59.) bis 66.),

1. festzustellen, dass die zwischen den Klägern und der Beklagten jeweils bestehenden Gasversorgungsverträge über den 31.08.2004 hinaus zu einem nicht höheren als dem bis dahin von der Beklagten geltend gemachten Arbeitspreis im Sondertarif I bis zur nächsten auf die mündliche Verhandlung folgenden Preisänderung der Beklagten gegenüber den Klägern fortbestehen,
2. hilfsweise,
 - a) festzustellen, dass die von der Beklagten zum 01.09.2004 bekannt gemachte Preiserhöhung sowie ihre nachfolgend bekannt gemachten Preiserhöhungen des Gaspreises im Sondertarif I unbillig sind und die von der Beklagten seither geforderten Gaspreise nicht dem Erfordernis des § 315 Abs. 3 BGB entsprechen,
 - b) festzustellen, dass die Kläger bis zur Bestimmung eines der Billigkeit entsprechenden Gaspreises durch das Gericht nicht verpflichtet sind, die von der Beklagten seit dem 01.09.2004 bekannt gemachten Gaspreiserhöhungen zu zahlen,

Die Kläger zu 23.) und zu 58.) beantragen,

1. festzustellen, dass die zwischen den Klägern und der Beklagten jeweils bestehende Gasversorgungsverträge über den 31.07.2005 hinaus zu einem nicht höheren als dem bis dahin von der Beklagten geltend gemachten Arbeitspreis im Sondertarif I bis zur nächsten auf die letzte mündliche Verhandlung folgenden Preisänderung der Beklagten gegenüber den Klägern fortbestehen,
2. hilfsweise,
 - a) festzustellen, dass die von der Beklagten zum 01.08.2005 bekannt gemachte Preiserhöhung sowie ihre nachfolgend bekannt gemachten Preiserhöhungen des Gaspreises im Sondertarif I unbillig sind und die von der Beklagten seither geforderten Gaspreise nicht dem Erfordernis des § 315 Abs. 3 BGB entsprechen,
 - b) festzustellen, dass die Kläger bis zur Bestimmung eines der Billigkeit entsprechenden Gaspreises durch das Gericht nicht verpflichtet sind, die von der Beklagten seit dem 01.08.2005 bekannt gemachten Gaspreiserhöhungen zu zahlen,

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte meint, § 4 AVBGasV gelte auch im Sonderkundenbereich. NormSonderkunden unterschieden sich von den allgemeinen Tarifkunden lediglich dadurch, dass ihnen günstigere Preise eingeräumt würden. Auch für sie gelte, dass Preisänderungen gemäß § 4 AVBGasV öffentlich bekannt gemacht würden. Die streitigen Preise seien allgemeine Tarifpreise. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folge, sei die AVBGasV ausweislich der Antragsformulare der Kläger auf Herstellung eines Hausgasanschlusses bzw. stillschweigend gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 1 2. Alt. BGB in die Lieferverhältnisse einbezogen worden. Die in § 4 AVBGasV enthaltene Preisvorbehaltsklausel halte auch einer AGBrechtlichen Kontrolle stand. Die Klausel sei nicht unangemessen im Sinne des § 307 BGB. Selbst bei Annahme einer Unangemessenheit der Klausel sei ihr ein Preisänderungsrecht im Wege ergänzender Vertragsauslegung zuzubilligen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf das angefochtene Urteil sowie die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

II.

Die Berufung der Kläger ist zulässig. Die Klageerweiterung hinsichtlich der Preiserhöhungen zum 1. April 2008 und 1. August 2008 ist sachdienlich. Sie kann auch auf Tatsachen gestützt werden, die der Senat seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.

Die Kläger zu 13.) und 17.) bis 19.) haben ihr Rechtsmittel durch die Zurücknahme der Berufung verloren. Die Kläger zu 18) und 19) haben ihre Berufung mit Schriftsatz vom 12. Februar 2008 zurückgenommen. Die Berufungsrücknahme der Kläger zu 13) und 17) erfolgte wirksam in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 20. Juni 2008. Die Rücknahmeerklärung ist als Prozesshandlung nicht wegen Irrtums anfechtbar und kann auch nicht widerrufen werden (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl. § 516 Rz. 9. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 28. Aufl. § 516 Rz. 6). Im Übrigen haben die Kläger die Berufung hinsichtlich der Preiserhöhung vom 1. Januar 2007 (erhöhter Umsatzsteuersatz) zurückgenommen.

Die Berufung der übrigen Kläger hat ansonsten teilweise Erfolg. Sie führt nach Maßgabe des Tenors zu der Feststellung, dass ein Teil der Preiserhöhungen der Beklagten unwirksam ist.

Die Klage ist zulässig. Das erforderliche Feststellungsinteresse gemäß § 256 ZPO ist gegeben. Die Beklagte nimmt für sich ein einseitiges Preisanpassungsrecht in Anspruch. Hieraus leitet sie Zahlungsansprüche ab. Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass die Zahlungsansprüche der Beklagten nicht in der von ihr geltend gemachten Höhe bestehen. Auch die Voraussetzungen für eine Streitgenossenschaft gemäß § 60 ZPO liegen vor. Sämtliche Kläger sind Vertragskunden der Beklagten, wobei die Verträge in rechtlicher Hinsicht vergleichbar ausgestaltet sind.

Klagegegenstand sind die Preiserhöhungen der Beklagten bis einschließlich der zum 1. August 2008. Die Klage ist begründet, soweit die Kläger einzelnen Preiserhöhungen zumindest konkludent widersprochen haben. Soweit die Kläger dagegen die Erhöhungen widerspruchslos hingenommen und insbesondere die anschließenden Jahresabrechnungen der Beklagten bezahlt haben, bleibt die Klage ohne Erfolg. Insoweit sind die Kläger für die davor liegende Zeit mit Einwendungen ausgeschlossen.

Die Kläger sind nicht Tarifkunden, sondern (Norm) Sonderkunden der Beklagten. Dies gilt auch für die Zeit, in denen die Beklagte den Verträgen die AVB GasV zugrunde gelegt hat. Die Kläger haben mit der Beklagten Sondervereinbarungen getroffen. Die Beklagte hat Kunden wie den Klägern, die einen erhöhten Gasbedarf haben, etwa weil sie mit Gas kochen und heizen, auf deren Antrag die Versorgung mit Erdgas zu „Sondervereinbarungen“ angeboten. Dies ergibt sich beispielsweise aus den vorgelegten Vertragsbestätigungen der Beklagten mit der ausdrücklichen Tarifbezeichnung „Sondervereinb.“ hinsichtlich der Kläger zu 2), 12), 20), 23), 25), 29), 32), 34), 43) und 59) (jeweils Anlage B 77 bzw. BB 2). Der neue Vortrag im Schriftsatz vom 18. Juli 2008, wonach jeder Kunde ungefragt entsprechend seinem Verbrauch die jeweils günstigsten Konditionen erhalten habe (Bestpreisabrechnung), führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Tatsache, dass alle Kläger Sondervertragskunden sind, ist unstrittig. Die Beklagte geht in der Berufungserwidern selbst davon aus, dass es sich bei den zwischen den Parteien bestehenden Verträgen um NormSonderkundenverträge handelt. Abgesehen hiervon widerspricht die neue Behauptung einer automatischen Einstufung auch den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen. So weist etwa die Kundeninformation zu Sondervereinbarungen der Beklagten (Anlage K 14) auf die Notwendigkeit eines Antrags und die Möglichkeit der Beklagten hin, die Versorgung im Rahmen einer Sondervereinbarung von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen. Dem entsprechen auch die von der Beklagten beispielhaft vorgelegten Anträge der Kläger zu 8), 9) und 13) auf Versorgung mit Erdgas zum Sondertarif (Anlage BB 1).

Die Sondervereinbarungen, die die Beklagte jeweils mit den Klägern getroffen hat, fallen nach den von der Beklagten vorgelegten Unterlagen (vgl. Anlagen K 16, 15) ausdrücklich nicht unter die Grund und Ersatzversorgung im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes. Sie sind auch kein „allgemeiner Tarif“ im Sinne des Energiewirtschaftsgesetzes (vgl. Anlage K 17). Die Beklagte versorgt die Kläger nicht im Bereich ihrer Anschluss und Versorgungspflicht zu allgemeinen Tarifen, sondern auf deren Antrag zu besonderen Bedingungen hinsichtlich Preisgestaltung, Vertragslaufzeit und Kündigungsfrist sowie geringeren Konzessionsabgaben nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (KAV). Die streitgegenständlichen Verträge werden auch nicht deshalb zu Tarifkundenverträgen, weil die Beklagte die Sonderkonditionen (letztlich) einer unbestimmten Vielzahl von Kunden einräumt und Preiserhöhungen - wie beim allgemeinen Tarif - öffentlich bekannt macht. Zwar hat der Bundesgerichtshof (RdE 1985, 101, 102) bei der Abgrenzung von Tarif und Sonderkundenbereich der Veröffentlichung der Vertragsmuster eine indizielle Bedeutung für den Willen des Versorgungsunternehmens beigemessen, die veröffentlichten Bedingungen der Allgemeinheit und nicht nur einzelnen Abnehmern anzubieten. Die Frage, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen die veröffentlichten Vertragsmuster letztlich als Tarife behandelt werden müssten, hat er jedoch mangels Publikation dahingestellt sein lassen. Dementsprechend kann bei fehlender Veröffentlichung zwar das Vorliegen eines Tarifes verneint, nicht aber im Umkehrschluss aus einer Veröffentlichung stets auf das Vorliegen eines allgemeinen Tarifs geschlossen werden (vgl. BFH

NVwZ 1991, 1215, 1216).

Auf Sonderkunden findet die AVBGasV keine unmittelbare Anwendung (BGH, Urteil vom 29. April 2008 - KZR 2/07 S. 13, 15. OLG Bremen vom 16.11.2007 – 5 U 42/06 = Bd. III Bl. 68, 83 d.A.. LG Hanau vom 28.02.2008 – 6 O 50/07 = Bd. IV Bl. 142, 150 d.A.. LG Essen vom 17. April 2007 – 19 O 520/06 = Anlage K 35. Arzt/Fitzner ZNER 2005, 306, 307. Danner/TheobaldDanner, Energierecht, 54. Ergänzungslieferung, § 1 VersorgBdg IV Seite 88 a = Anlage K 33 zur AVBEItV). Nach § 1 der AVBGasV sind Gegenstand der Verordnung die allgemeinen Bedingungen, zu denen Gasversorgungsunternehmen nach § 6 Abs. 1 des Energiewirtschaftsgesetzes jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu den allgemeinen Tarifpreisen zu versorgen haben. Kunde im Sinne dieser Verordnung ist der Tarifikunde. Nach § 4 Abs. 1 AVBGasV stellt das Gasversorgungsunternehmen Gas zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen zur Verfügung. Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam (§ 4 Abs. 2 AVBGasV). Dementsprechend geht auch die amtliche Begründung der AVBGasV (vgl. Anlage B 47) davon aus, dass die Verordnung unmittelbar nur die Versorgungsbedingungen für Tarifabnehmer regelt (vor § 1 Ziff. 6).

Dasselbe wie für die AVBGasV gilt auch für die GasGVV (Verordnung zum Erlass von Regelungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung im Energiebereich vom 26. 10. 2006 – Gasgrundversorgungsverordnung, BGBl. I 2396), welche die bis zum 7. November 2006 geltende AVBGasV abgelöst hat. Auch sie regelt nur die allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung im Rahmen der Grundversorgung (§ 1 Abs. 1 GasGVV) und nicht die Bedingungen im Sonderkundenbereich.

Das Preisbestimmungsrecht, das die Beklagte für sich in Anspruch nimmt, ergibt sich daher nicht aus einer gesetzlichen Regelung. Es kann nur vertraglicher Natur sein (Markert RdE 2007, 263, 267. vgl. auch Wolf/Horn/LindacherHorn, AGBGesetz, 4. Aufl. § 23 Rz. 138. Schmidt/Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Einleitung Rdn. 31 unter Hinweis auf BGH NJW 1959, 1423, 1424). Erforderlich ist damit eine vertragliche Vereinbarung, und zwar entweder durch eine ausdrückliche Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten oder eine darin enthaltene Bezugnahme auf anderweitige Regelungen, die ein einseitiges Preisbestimmungsrecht begründen.

Der Senat hat demgemäß der Beklagten im zweiten Rechtszug aufgegeben, ergänzend zum Vertragsschluss und zum Inhalt ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzutragen. Nach dem Vortrag der Beklagten gibt es für den Vertragsabschluss zwei Varianten, und zwar je nachdem, ob es sich um einen Neuanschluss oder um den Bezug von Gas aus einem bereits vorhandenen Anschluss handelt. Bei der ersten Variante hätten die Kläger – als Hauseigentümer - im Rahmen eines Gasanschlusserstellungsvertrages mittels eines Formulars die Versorgung mit Gas beantragt. In diesem Formular heißt es u.a. (Beispiel: Bd. IV Bl. 66):

„Es wird die Versorgung mit Erdgas zum Sondertarif der E... beantragt.

...

Der Auftrag erfolgt aufgrund der „Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Elektrizitäts und Gasversorgung von Tarifikunden“(AVBEItV/AVBGasV) vom 21.Juli 1979 einschließlich der „Ergänzenden Bestimmungen der E... Aktiengesellschaft in jeweils gültiger Fassung“.

Der Auftrag sei den Klägern jeweils mit einem Formular schriftlich bestätigt worden. Hierin habe die Beklagte nochmals auf die AVBGasV hingewiesen und ein Exemplar der - im Wesentlichen gleich lautenden - AVBEItV, AVBGasV oder AVBWasserV beigefügt (Beispiel Bd. IV Bl. 71). Nach der zweiten Variante (bei vorhandenem Gasanschluss) hätten sich die Kläger telefonisch oder schriftlich bei der Beklagten gemeldet. Diese habe ihnen eine Vertragsbestätigung nebst Anlagen zugesandt. In diesem Datensatz habe sich ein Abdruck der AVBGasV befunden (Beispiel: Bd. IV Bl. 72).

Bei beiden Alternativen ist schon nach dem eigenen Vortrag der Beklagten zweifelhaft, ob eine wirksame anfängliche Einbeziehung der AVBGasV stattgefunden hat. Soweit bereits in den Antragsschreiben der Kläger ein Hinweis auf die Geltung der AVBGasV enthalten war, reicht dies nicht, um eine wirksame Einbeziehung zu begründen. Die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB müssen auch dann erfüllt sein, wenn der Verwender die andere Vertragspartei zur Abgabe eines Angebots mit seinen AGB veranlasst (BGH NJW 1988, 2106, 2108 zum insoweit gleich lautenden § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG). Bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden kann dem in der Regel nur durch die (vorherige) Übersendung der AGB genügt werden (PalandtHeinrichs a.a.O. § 305 Rz. 35). Eine solche Übersendung hat unstreitig nicht stattgefunden. Soweit die Beklagte erst in den Auftragsbestätigungen auf die AVBGasV hingewiesen hat, wäre dies verspätet (PalandtHeinrichs a.a.O. § 305 Rz. 30, 43). Etwas anderes ergibt sich auch nicht bei Annahme eines konkludenten Abschlusses des Gaslieferungsvertrages. Zwar kommt durch die Entnahme von Gas aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens ein Gaslieferungsvertrag zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen zustande (BGH NJW 2007, 2540, 2544. PalandtHeinrichs a.a.O. vor § 145 Rz. 27). Auch in diesen Fällen ist jedoch vom Verwender zu verlangen, dass er sich im Rahmen seines

Angebots an die in § 305 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB aufgestellten Obliegenheiten hält, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Schuldverhältnis gelten sollen (Ulmer/Brandner/HensenUlmer, AGBRecht, 10. Aufl. § 305 Rz. 117. Wolf/Horn/LindacherHorn a.a.O. § 23, 139). Schließlich gelten die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB entsprechend in den Fällen, in denen der Verwender während der Vertragsdauer eine Neufassung der AGB – etwa von der AVBGasV zur GasGVV – vornehmen will. Es handelt sich in diesen Fällen um eine Vertragsänderung, deren Wirksamkeit den gleichen Anforderungen unterliegt wie der Vertragsschluss selbst. Der Verwender muss danach den Kunden ausdrücklich auf die von ihm gewünschte Neufassung hinweisen und ihm zugleich den geänderten Text zugänglich machen (Ulmer/Brandner/HensenUlmer a.a.O. § 305 Rz. 164). Die bloße Übersendung der Neufassung genügt auch bei Dauerschuldverhältnissen nicht für die Annahme eines Einverständnisses des Kunden (StaudingerSchlosser, BGB, Bearbeitung 2006, § 305 Rz. 172). Ob und wann den einzelnen Klägern die jeweils aktuelle Fassung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit einem ausdrücklichen Hinweis übersandt worden ist, ob und gegebenenfalls wie sie widersprochen oder das Vertragsverhältnis anschließend rügelos fortgesetzt haben, worin eine schlüssige Einbeziehungsvereinbarung liegen könnte (vgl. StaudingerSchlosser a.a.O. § 305 Rz. 173. PalandtHeinrichs a.a.O. § 305 Rz. 48), ist ungeklärt und nur teilweise vorgetragen. Die weitere Aufklärung der hierfür erforderlichen Tatsachen ist in Anbetracht der Vielzahl der Kläger, der unterschiedlichen Vertragsgestaltungen und der zahlreichen Änderungen der AGB mit einem vertretbaren Aufwand nicht zu leisten. Der Senat hat diesen Punkt daher offen gelassen. Es kommt auf ihn nicht an. Selbst wenn man zu Gunsten der Beklagten unterstellt, dass es zumindest nachträglich im Laufe der länger andauernden Vertragsbeziehungen zu einer wirksamen Einbeziehung der jeweiligen AGB für alle Kläger gekommen ist, führt dies nicht zu einem Preisanpassungsrecht der Beklagten.

Insoweit ist hinsichtlich der in Anspruch genommenen Rechtsgrundlagen zu differenzieren zwischen der AVBGasV und der GasGVV.

Für die Zeit, in der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die AVBGasV Bezug genommen wird (bis 31. März 2007), stützt sich die Beklagte auf die Regelungen in § 4 Abs. 1 und 2. Sie meint, hieraus ergebe sich für den Tarifikundenbereich ein gesetzlich geregeltes Preisanpassungsrecht. Dieses Recht habe sie durch die Bezugnahme in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf den Sonderkundenbereich übertragen.

Für den Tarifikundenbereich ist höchstrichterlich entschieden (BGHZ 172, 315, 320 = NJW 2007, 2540, 2541), dass § 4 AVBGasV Abs. 1 und 2 (und auch die Nachfolgeregelung in § 5 Abs. 2 S. 1 GasGVV) gesetzliche Regeln enthalten, die dem Versorger ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB gewähren. Nicht entschieden ist dagegen, ob dies auch dann gilt, wenn der Versorger im Sonderkundenbereich in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf diese Regelungen Bezug nimmt und ob es ihm möglich ist, im Wege einer allgemeinen Verweisung auf die Regelungen der AVBGasV bzw. nachfolgend der GasGVV ein vertraglich vereinbartes Preisanpassungsrecht zu begründen.

Der Senat kommt zu dem Ergebnis, dass § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV für den hier in Rede stehenden Sonderkundenbereich keine tauglichen Regelungen darstellen, auf die im Wege einer Bezugnahme zurückgegriffen bzw. über die ohne eine ergänzende vertragliche Bestimmung ein einseitiges Preisanpassungsrecht für die Beklagte begründet werden kann. Im Sonderkundenbereich hätte die Beklagte vielmehr ein solches Recht nur dadurch vereinbaren können, dass sie es in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausdrücklich - und damit für jedermann klar und verständlich - regelt.

Überschrift und unmittelbarer Wortlaut der Vorschrift offenbaren nicht, dass der Ordnungsgeber in § 4 AVBGasV ein Preisanpassungsrecht schaffen wollte. Die Vorschrift trägt die Überschrift "Art der Versorgung". Die Art der Versorgung und die Anpassung von Tarifen sind gänzlich verschiedene Regelungsbereiche. Die Überschrift legt es daher für den unbefangenen Betrachter nicht nahe, dass es in dieser Vorschrift inhaltlich um tarifrechtliche Regelungen gehen soll. Dasselbe gilt für den Wortlaut. Nach § 4 Abs. 1 S. 1 AVBGasV stellt das Gasversorgungsunternehmen zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung. Hiermit wird eine Pflicht (und nicht ein Recht) begründet, jedermann zu allgemeinen Tarifen zu versorgen. § 4 Abs. 2 AVBGasV macht die Änderung von Tarifen davon abhängig, dass zuvor eine öffentliche Bekanntmachung stattfindet. Auch hierdurch wird nicht ein Recht, sondern eine Verpflichtung geschaffen, nämlich die zur Veröffentlichung von Tarifänderungen als Wirksamkeitsvoraussetzung. Zwar gibt die Regelung in Abs. 2 nur dann einen Sinn, wenn der Versorger tatsächlich das Recht hat, Tarife nicht nur festzusetzen, sondern sie auch während eines bestehenden Vertrages zu ändern. Hieraus folgt aber keinesfalls der Rückschluss, dass der Ordnungsgeber damit dieses Recht zugleich schaffen wollte (so allerdings Ludwig, Recht der Energieversorgung, AVBEltV Rdn. 3 zur gleichlautenden Regelung in der AVBEltV. s.a. Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, § 4 AVBEltV/AVBGasV Rz. 4, 10, 11). Die Vorschrift hat durchaus auch dann einen Sinn, wenn sie lediglich an ein bereits bestehendes Tarifanpassungsrecht anknüpfen und dieses Recht mit der formellen Pflicht zur Veröffentlichung verknüpfen will. Zudem wäre es "gesetzestechisch"

mehr als ungewöhnlich, eine derart bedeutsame Regelung, die einen gewichtigen Eingriff in die beiderseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten darstellt, so zu formulieren, dass sich ihre Bedeutung für das hier in Rede stehende Tarifanpassungsrecht nur über einen Rückschluss erschließt, der zudem noch nicht einmal zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

Auch die Entstehungsgeschichte und der Regelungszusammenhang, in dem die Bestimmung steht, rechtfertigen nicht die Schlussfolgerung, dass der Ordnungsgeber hiermit mittelbar ein Preisanpassungsrecht begründen wollte.

Ermächtigungsgrundlage für die am 1. April 1980 in Kraft getretene AVBGasV war § 7 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 13. Dezember 1935 (RGBl I 1451. BGBl III 752) in der durch § 26 des Gesetzes vom 9. Dezember 1976 (BGBl I 3317) geänderten Fassung. In § 7 Energiewirtschaftsgesetz 1935 war der damalige Reichswirtschaftsminister ermächtigt worden, "durch allgemeine Vorschriften und Einzelanordnungen die allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreise der Energieversorgungsunternehmen (§ 6 Abs. 1) ...wirtschaftlich (zu) gestalten". Hiermit sollte auf einheitliche vertragliche Regelungen in den Verträgen zwischen Energieversorgern und den Abnehmern hingewirkt werden, die seinerzeit nur in Form von Musterbedingungen existierten, deren Verwendung durch die einzelnen Versorger nicht zwingend war. Ziel der Ermächtigung war es, die Abnehmer durch die Vorgabe von allgemeinen Bedingungen vor einem Missbrauch der Monopolstellung des Versorgers zu schützen. In der amtlichen Begründung zu dieser Vorschrift (Darge/Melchinger/Rumpf, Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, 1936, S. 26,27) heißt es u.a.:

"Der Gesetzgeber kann sich aber nicht damit begnügen, die allgemeine Anschluss und Versorgungspflicht nur formal festzusetzen. Er muss vielmehr auch materiell auf die Versorgungsbedingungen Einfluß nehmen können, um dafür Sorge zu tragen, daß der Gedanke der Versorgungspflicht durch abnehmerorientierte Fassung der Bedingungen auch verwirklicht wird. Diejenigen Abnehmergruppen, die auf die allgemeinen Versorgungsbedingungen angewiesen sind, stehen zum weitaus größten Teil einem Versorgungsmonopol gegenüber. Sie sind vor Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung des Unternehmers zu schützen. Die Erfahrungen der Praxis haben gezeigt, daß auf diesem Gebiet noch erhebliche Mängel bestehen. Daher muß dem Reichswirtschaftsminister eine Eingriffsmöglichkeit gegeben werden (§ 7)".

Die Ermächtigungsgrundlage unterschied zwei getrennte Bereiche. Zum einen betraf sie den Erlass von Vorschriften über die allgemeinen Bedingungen, nach denen ein Versorgungsunternehmen jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen hatte. Zum anderen schaffte sie die Befugnis zum Erlass von Regelungen über die allgemeinen Tarifpreise. Die hier in Rede stehende Änderung von Preisen ist zweifelsohne dem zweiten Teil der Ermächtigung, und zwar den Regelungen über die „allgemeinen Tarifpreise“ zuzuordnen. Diese Unterscheidung ist mit der Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes durch das Gesetz vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I 3317) verdeutlicht worden. In Absatz 1 sind die Worte "allgemeine Bedingungen" entfallen, so dass sich die dortige Ermächtigung fortan auf den Erlass von Vorschriften über die allgemeinen Tarifpreise beschränkte. Die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung für die allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen ist in Absatz 2 aufgenommen worden.

Zu einer Verordnung über die allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas kam es zunächst nicht. Der Generalinspektor für Wasser und Energie erklärte lediglich mit einer Anordnung vom 27. Januar 1942 die Allgemeinen Bedingungen der Gasversorgungsunternehmen (BGBl. III 75217) für allgemeinverbindlich. Im zweiten - hier interessierenden - Bereich der Ermächtigung, also in dem zum Erlass von Regelungen über die Tarifpreise entsprach es bei Erlass des Energiewirtschaftsgesetzes 1935 allgemeiner Auffassung, dass ein Energieversorger auch ohne ausdrückliche Vorgabe des Gesetz oder Ordnungsgebers ein faktisches Bestimmungsrecht habe und die Tarife nach den jeweiligen Gegebenheiten ändern könne. Der seinerzeit maßgebliche Kommentar von Darge/Melchinger/Rumpf, Energiewirtschaftsgesetz, 1936, führt hierzu in § 6 Ziff. 5e aus:

"Die allgemeinen Tarife gelten als Bestandteile der allgemeinen Versorgungsbedingungen, die den Vertragsinhalt bestimmen, und es besteht daher für sie wie für alle anderen Bedingungen die Möglichkeit der jederzeitigen Abänderung durch das Energieversorgungsunternehmen. Der Grund hierfür liegt in dem dauernden Fortschreiten der technischen Entwicklung, die auch fortlaufend Änderungen der Selbstkosten der Energieversorgungsunternehmen mit sich bringt. Die Änderungsbefugnis wirkt sich fast ausschließlich zugunsten der Abnehmer aus, indem Ersparnisse durch Betriebsverbesserungen in Form von Tarifermäßigungen weitergeben werden. Selbstverständlich sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Entwicklung umgekehrt gehen kann, wie es z.B. bei der fortschreitenden Geldentwertung in den ersten Jahren nach dem Kriege der Fall war".

Das Preisanpassungsrecht des Versorgers wurde demgemäß als eine sich aus der Natur der Sache ergebende Befugnis angesehen. Denn wenn der Versorger verpflichtet war, jedermann zu allgemeinen

Tarifpreisen zu versorgen, ergab sich hieraus zwingend, dass er befugt war, seine Preise bei wirtschaftlichen Veränderungen anzupassen. Dies machte eine ausdrückliche Regelung zur Begründung eines solchen Rechts entbehrlich. Ein Nachteil zu Lasten des Abnehmers wurde hierin nicht gesehen. Zum einen standen seinerzeit in Anbetracht der fortschreitenden technischen Entwicklungen Preiserhöhungen und nicht die hier in Rede stehenden Erhöhungen im Vordergrund. Zum anderen - und dies ist der entscheidende Gesichtspunkt - geschah die Anpassung der Preise zunächst unter der Kontrolle der Behörden. Während des zweiten Weltkriegs kam es beim Gas zu einer Zwangsbewirtschaftung durch den Reichskommissar für die Preisbildung (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Präambel BTOGas III C S. 8).

Regelungen zum Preisrecht wurden nach dem Krieg erstmals 1959 in der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Gas (Bundestarifordnung Gas, BGBl. I 1959, 46) getroffen. Hierin wurden die Gasversorgungsunternehmen verpflichtet, bis zum 31.3.1960 nach bestimmten Vorgaben allgemeine Tarife zu bilden. Über die Veränderung dieser Tarife bzw. ein Recht des Versorgers, während des laufenden Vertrages die Tarife anzupassen, enthielt diese Verordnung keine Bestimmungen. Zwar wurde im Zusammenhang der BTOGas die Frage problematisiert, unter welchen Voraussetzungen ein Gasversorger seine Preise ändern dürfe, ob es hierfür einer ausdrücklichen Regelung in den Verträgen bedürfe und wie sie inhaltlich ausgestaltet werden müsse. Wegen der hiermit verbundenen Schwierigkeiten wurde aber empfohlen, gegenüber Teuerungszuschlägen und Preisänderungsklauseln in allgemeinen Tarifen Zurückhaltung zu üben (vgl. Tegethoff/Büdenbender/Klinger a.a.O S. 19 - 21). Das grundsätzlich bestehende Recht, die allgemeinen Tarife zu ändern, wurde dagegen nicht in Zweifel gezogen.

Mit der 1979 erlassenen AVBGasV wollte der Gesetzgeber lediglich von der Ermächtigung in § 7 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetzes in der Fassung vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I, 3317) Gebrauch machen. Geregelt werden sollten nur die allgemeinen Bedingungen für die Belieferung, nicht aber die Tarifgestaltung. Zwar wird in der Eingangsformel nicht zwischen den beiden Absätzen der Ermächtigungsgrundlage unterschieden. Der Regelungsbereich der Verordnung wird aber in § 1 Abs. 1 AVBGasV eingegrenzt. Hiernach betrifft sie die allgemeinen Bedingungen, zu denen Gasversorgungsunternehmen nach § 6 des Energiewirtschaftsgesetzes jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu allgemeinen Tarifpreisen zu versorgen haben. Inhalt der Verordnung sollte damit der Anschluss und die Versorgung der Kunden sein, nicht aber die Preisgestaltung bzw. die Anpassung der Preise. Zwar ist in § 1 Abs. 1 AVBGasV von "allgemeinen Tarifpreisen" die Rede. Dabei geht es aber ersichtlich nicht um die Bildung dieser Preise, sondern nur die Versorgung der Kunden zu diesen Preisen. Auch in den weiteren Vorschriften der Verordnung finden sich keine Bestimmungen über die Ausgestaltung von Tarifen und ihre spätere Veränderung.

Die Feststellung, dass es bei der AVBGasV nicht um Tarifrecht ging, ergibt sich auch unmittelbar aus der Fassung von § 4 Abs. 1 AVBGasV. Vorbild und Grundlage für diese Vorschrift war Ziff. II Nr. 1 der bis dahin maßgeblichen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung von Gas (BGBl. 75217). Dort hieß es:

„Das Gaswerk stellt im Rahmen des § 6 EnerG zu den Preisen seiner allgemeinen Tarife, die Bestandteil dieser Bedingungen sind, zur Verfügung: Stadtgas ...“.

In § 4 Abs. 1 AVBGasV heißt es hingegen:

„Das Gasversorgungsunternehmen stellt zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung“.

§ 4 AVBGasV macht daher im Gegensatz zur früheren Regelung die allgemeinen Tarife nicht zum Bestandteil der Verordnung. Bestimmungen hierzu waren vielmehr - wenn auch nur in Grundzügen - bereits an anderer Stelle getroffen worden, und zwar in der BundestarifordnungGas.

Im Übrigen wurde es bis 1980 keinesfalls als Mangel oder als eine Lücke angesehen, dass es keine ausdrückliche gesetzliche Regelung über ein einseitiges Preisanpassungsrecht für Gasversorger bei laufenden Verträgen gab. Das grundsätzliche Recht zur Preisanpassung wurde für den Bereich der Grundversorgung vielmehr allgemein vorausgesetzt, und zwar folgend aus der Natur der Sache. Demgemäß bestand für den Gesetz bzw. Ordnungsgeber bei Erlass der AVBGasV nicht einmal Handlungsbedarf. Letztlich hätte die Neubegründung eines solchen Rechts auch zu der zwangsläufigen Feststellung führen müssen, dass sämtliche vor 1980 vorgenommene Tarifänderungen ohne Rechtsgrundlage erfolgt waren.

Vor diesem Hintergrund spricht daher nichts dafür, dass der Ordnungsgeber mit dem Verweis auf die „allgemeinen Tarife“ in § 4 AVBGasV ein Tarifanpassungsrecht begründen wollte. Er hat es vielmehr stillschweigend als bereits vorhanden vorausgesetzt bzw. es den Versorgern überlassen, dieses Recht jeweils in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen im Einzelnen auszugestalten.

Belegt wird dies schließlich durch die amtliche Begründung (Bundesratsdrucksache 77/79). Zu § 4

AVBGasV heißt es u.a.:

"Nach Absatz 1 sind die GvU verpflichtet, die Kunden zu den "jeweiligen" allgemeinen Tarifen und Bedingungen, wozu auch diejenigen Regelungen gehören, die sie in Ausfüllung der vorliegenden Verordnung vorsehen, zu versorgen. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß sich z.B. Tarifänderungen ohne entsprechende Kündigungen der laufenden Verträge nach öffentlicher Bekanntgabe (Absatz 2) vollziehen können. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich um Massenschuldverhältnisse mit langfristiger Vertragsbindung handelt. Die GvU müssen die Möglichkeiten haben, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit in den Preisen an die Kunden weiterzugeben. Entsprechende Vertragskündigungen, verbunden mit dem Neuabschluss von Verträgen, würden hier vor allem zu praktischen Schwierigkeiten führen, zumal Fiktionen bei Willenserklärungen und ihrem Zugang der Zielsetzung des § 10 Nr. 5 und 6 AGBGB widersprechen".

Regelungshintergrund war demgemäß (nur) die vor Erlass der Verordnung in der Literatur diskutierte Streitfrage, ob eine Tarifänderung ohne Kündigung des Vertrages durchgesetzt werden könne, nicht aber die Frage, ob eine Tarifänderung überhaupt möglich sei. Sinn der Vorschrift war es, sicherzustellen, dass Tarifänderungen ohne Kündigung der laufenden Verträge durchführbar waren (vgl. SchmidtSalzer/Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1981, § 4 AVBEltV Rdn. 63 zu der insoweit gleichlautenden Regelung in der AVBEltV). Dagegen ging es nicht um die Tarifgestaltung bzw. um eine Regelung dazu, ob und wie die Tarife zu ändern waren. Es sollte lediglich eine Vorgabe dazu geschaffen werden, wie sich eine Tarifänderung auf den laufenden Vertrag auswirkt. Wäre es dagegen tatsächlich beabsichtigt gewesen, mit dieser Vorschrift auch ein Tarifänderungsrecht zu schaffen, so hätte es sich aufgedrängt, dies in der amtlichen Begründung ausdrücklich klarzustellen. Zum einen wäre dies deswegen geboten gewesen, weil sich ein entsprechender Wille weder aus der Überschrift noch aus dem Wortlaut der Vorschrift mit der für eine gesetzliche Regelung nötigen Klarheit erschließt. Hierzu kann auf die oben genannten Gründe Bezug genommen werden. Zum anderen hätte sich eine klarstellende Kommentierung deswegen aufgedrängt, weil es sich in diesem Fall um eine einschneidende Neuerung gehandelt hätte. Denn geht man davon aus, dass erst mit § 4 AVBGasV ein Preisänderungsrecht für die Gasversorger im Rahmen der Grundversorgung geschaffen worden ist, so zwingt dies zu der Feststellung, dass vor 1980 vorgenommene Preisanpassungen keine ausreichende Rechtsgrundlage hatten. Die Absicht, mit der Regelung eine bis dahin bestehende Lücke zu schließen oder auch nur eine Unklarheit zu beseitigen, wäre einer Erwähnung in der amtlichen Begründung wert gewesen.

Demgemäß war die von der Beklagten für die Zeit bis einschließlich März 2007 praktizierte Bezugnahme in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die AVBGasV nicht geeignet, im Sonderkundenbereich ein Preisanpassungsrecht zu begründen.

Für die Zeit ab dem 1. April 2007 leitet die Beklagte ihr Preisanpassungsrecht aus einer Änderung ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab. Mit Schreiben vom 3. Februar 2007 hat sie nach ihrem Vortrag allen Kunden – und damit auch den Klägern – neue Lieferbedingungen übersandt. Hierin heißt es u.a. (Bd. IV Bl. 173, 174):

„1. Vertragsgrundlage für die Energielieferung

Die Lieferung von Erdgas erfolgt auf der Grundlage der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV vom 26.10.2006 (BGBl. I S. 2396)).

...

4. Preisänderung

Der Erdgaspreis ändert sich, wenn eine Änderung der Preise der E... AG für die Grundversorgung eintritt. es ändert sich der Arbeitspreis um den gleichen Betrag in Cent/kWh, der Grundpreis um den gleichen Betrag in Euro/a...“

Es kann - wie ausgeführt - zu Gunsten der Beklagten unterstellt werden, dass die neuen Bedingungen wirksam in die mit den Klägern bestehenden Lieferverträge einbezogen und damit Vertragsbestandteil geworden sind. Denn auch mit dieser Neuregelung lässt sich ein Änderungsrecht nicht begründen.

Da in Ziff. 4 der neuen Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Preise im Bereich der Grundversorgung Bezug genommen wird, kann die Regelung für sich allein betrachtet kein Preisänderungsrecht schaffen. Dieses Recht kann sich nur daraus ergeben, dass auf die Regeln für die Grundversorgung und damit auf die GasGVV zurückgegriffen wird, auf die die Beklagte auch in Ziff. 1 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist.

Der hier in Rede stehende § 5 Abs. 2 GasGVV (Nachfolgeregelung zu § 4 Abs. 2 AVBGasV) lautet:

Art der Versorgung

(1) ..

(2) Änderungen der Allgemeinen Preise und der ergänzenden Bedingungen werden jeweils zum Monatsbeginn und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam, die mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung erfolgen müssen. Der Grundversorger ist verpflichtet, zu den beabsichtigten Änderungen zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen.

(3) ...

Hiermit kann ebenso wenig wie mit der früheren Regelung ein Preisanpassungsrecht zugunsten der Beklagten begründet werden. Schon der Wortlaut gibt dies nicht her. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden.

Im Übrigen kann § 5 Abs. 2 GasGVV noch aus einem weiteren Grund keine taugliche Regelung darstellen, um im Wege einer Bezugnahme im Sonderkundenbereich ein Preisanpassungsrecht zu begründen. Ermächtigungsgrundlage für die GasGVV ist § 39 Abs. 2 des Energiewirtschaftsgesetzes vom 7. Juli 2005 (BGBl. I 1970). § 39 Abs. 2 EnergiewirtschaftsG ermächtigt den Ordnungsgeber im Gasbereich lediglich zum Erlass von Regelungen über die allgemeinen Bedingungen für die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie im Bereich der Grund oder Ersatzversorgung. Beispielhaft werden hierzu genannt Bestimmungen über den Vertragsabschluss, den Gegenstand und die Beendigung der Verträge sowie über die Rechte und Pflichten der Vertragspartner. Regelungen zu den tariflichen Rechten sind dagegen von der Verordnungsermächtigung ausgenommen. Sie werden lediglich in § 39 Abs. 1 S. 2 EnergiewirtschaftsG genannt. Diese Ermächtigung betrifft jedoch nur Verträge mit Elektrizitätsversorgungsunternehmen, nicht aber die mit Gasversorgern. Für den Gasbereich sind derartige Festlegungen nicht mehr zulässig (Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 39 Rdn. 15). Da das Recht, Preise zu ändern, zu den „tariflichen Rechten und Pflichten“ im Sinne von § 39 Abs. 1 S. 2 EnergiewirtschaftsG gehört (Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 39 Rdn. 15), kann eine solche Regelung in einer für Gasversorger auf die Ermächtigungsgrundlage in § 39 Abs. 2 EnergiewirtschaftsG gestützten Verordnung gar nicht mehr enthalten sein.

Da somit die Bezugnahmen der Beklagten auf die AVBGasV und auf die GasGVV in den Verträgen mit den Klägern nicht geeignet sind, im Sonderkundenbereich ein Preisanpassungsrecht zu begründen, führt allein dies zu einem Erfolg der Klage.

Im Übrigen würde sich auch dann nichts anderes ergeben, wenn man in diesem Punkt dem Rechtsstandpunkt der Beklagten folgen würde.

Setzt man trotz der oben aufgezeigten Gesichtspunkte eine wirksame vertragliche Einbeziehung der AVBGasV und der GasGVV in die zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisse voraus und unterstellt man weiter mit der Beklagten, dass die Verweisungen auf die beiden Verordnungen grundsätzlich geeignet waren, ein Preisanpassungsrecht zu begründen, so hat eine Überprüfung der Vorschriften anhand der §§ 305ff BGB zu erfolgen. Die AVBGasV und die GasGVV sind in diesem Fall allgemeine Geschäftsbedingungen.

Der Inhaltskontrolle steht nicht entgegen, dass gemäß § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB die §§ 308, 309 BGB auf Verträge der Gasversorgungsunternehmen keine Anwendung finden, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von Verordnungen über allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden abweichen. Zwar ist dies vorliegend der Fall, da die gegenüber den Klägern als Sondervertragskunden verwendeten Regelungen den für Tarifkunden maßgeblichen Bestimmungen der AVBGasV bzw. GasGVV entsprechen, so dass eine Überprüfung an Hand der §§ 308, 309 BGB ausscheidet. Die Klauseln sind aber einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB zu unterziehen (BGH KZR 2/07, Urteil vom 29.4.2007, S. 13). Da die AVBGasV bzw. die GasGVV hier nicht im Ordnungswege gelten und § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB nur die Kontrolle nach §§ 308 und 309 BGB ausschließt, ergibt sich im Umkehrschluss, dass § 307 BGB auf die Sonderverträge mit Gasabnehmern Anwendung findet (Münchener KommentarBasedow, BGB, 5. Aufl. § 310 Rz. 14. Bündenbender NJW 2007, 2945, 2951). Dementsprechend ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, dass Preisanpassungsklauseln der vollen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegen (vgl. BGH vom 29. April 2008 – KZR 2/07 = Bd. V Bl. 64 d.A.. NJW 2007, 1054, 1055. NJWRR 2005, 1717, OLG Frankfurt vom 13. Dezember 2007 – 1 U 41/07 = Bd. III Bl. 264, 269. OLG Celle vom 17. Januar 2008 – 13 U 152/07 = Bd. IV Bl. 122 d.A.. noch zu § 23 AGBG: Wolf/Horn/LindacherHorn a.a.O. Rz. 150). Dem steht auch - unabhängig von der Ausnahmeregelung in § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB - nicht § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegen. Denn § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Rechtsvorschrift, mit der die streitgegenständliche Klausel übereinstimmt, auf den Vertrag anwendbar wäre, wenn man die Klausel wegdenkt. Das ist vorliegend nicht der Fall. Denn die AVBGasV sowie die GasGVV gelten unmittelbar nur für Tarifkunden. Gegenüber den hiesigen Sondervertragskunden kämen sie nur bei wirksamer vertraglicher Einbeziehung in den jeweiligen Sonderkundenvertrag zur Anwendung. Dass dies - jedenfalls nach der Rechtsansicht der Beklagten - auch

für § 4 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV der Fall ist, ändert nichts daran, dass § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht anwendbar ist (OLG Hamm vom 6. März 2008 – 2 U 114/07 = Bd. V Bl. 85, 89 d.A.).

Die Einschränkung in § 310 Abs. 2 S. 1 BGB hat weiterhin auch keine mittelbaren Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle der §§ 4 AVBGasV, 5 Abs. 2 GasGVV. Insbesondere lässt sich eine Beschränkung der Kontrollmöglichkeit für die hier in Rede stehenden Vorschriften nicht mit der Notwendigkeit einer Gleichbehandlung von Sonderabnehmern mit Tarifkunden begründen. Zwar hat der Gesetzgeber zur Begründung der Regelung in § 310 Abs. 2 BGB u.a. ausgeführt (Bundestagsdrucksache 14/6040 S. 160):

„Absatz 2 übernimmt die bisherige Ausnahme des § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGBG. Danach gelten die bisherigen §§ 10, 11 AGBG (=308,309 RE) nicht für Verträge mit Sonderabnehmern von Strom und Gas, es sei denn, dass die Verträge Abweichungen von den Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität bzw. Gas, die für den Regelfall der typisierten Vertragsbeziehungen zu Tarifkunden den Inhalt der Versorgungsverträge bestimmen, vorsehen. Hinter dieser Ausnahme steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer, so dass es den Versorgungsunternehmen frei stehen muss, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten.

Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme ist durch die zunehmende Liberalisierung auf dem Energierversorgungsmarkt gestiegen. Daraus folgt nämlich, dass zunehmend auch Verbraucher mit Versorgungsunternehmen Verträge abschließen, die nicht von vorn herein den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität usw. unterliegen, und insoweit zu „Sonderabnehmern“ werden. Das Bedürfnis für eine Parallelgestaltung der Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen gegenüber Verbrauchern als Tarifkunden und Verbrauchern als Sonderabnehmern besteht mithin weiterhin, so dass der Entwurf die Ausnahmeregelung beibehält“.

Dieser Gedanke der Gleichbehandlung hat den Gesetzgeber jedoch lediglich dazu veranlasst, die §§ 308 und 309 BGB für nichtanwendbar zu erklären, soweit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Versorger nicht zum Nachteil der Abnehmer von den Verordnungen für die Versorgung von Tarifkunden abweichen. § 307 BGB ist hiervon ausdrücklich ausgenommen worden. Demgemäß geht es nicht an, über den Umweg einer Einschränkung der Inhaltskontrolle den Anwendungsbereich des § 307 BGB zu begrenzen und ihn damit im Ergebnis zu unterlaufen. Gewollt war lediglich eine Gleichbehandlung von Sonderabnehmern und Tarifkunden im Anwendungsbereich von §§ 308, 309 BGB. Im übrigen müsste - selbst wenn man eine Einschränkung der Kontrolle gemäß § 307 BGB grundsätzlich für möglich halten wollte - jeweils für die einzelnen Vorschriften geprüft werden, ob die Gleichbehandlung von Sonderabnehmern und Tarifkunden zu einem Ergebnis führt, das noch mit dem Grundgedanken des § 307 BGB in Einklang zu bringen ist. Diese Feststellung kann für die hier in Rede stehenden §§ 4 AVBGasV, 5 Abs. 2 GasGVV nicht getroffen werden (Ulmer/Brandner/Hensen, AGBRecht, § 310 BGB Rdn. 107. Fn. 232 mit w. Nachw.).

Inhaltlich gilt zur Kontrolle folgendes:

Die von der Beklagten verwendeten Bestimmungen sind unwirksam, weil sie gegen das Transparenzgebot verstoßen (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB). Das Transparenzgebot ist aus zwei Gründen verletzt. Zum einen kann - selbst der juristisch vorgebildete - Kunde aus § 4 AVBGasV sowie § 5 Abs. 2 GasGVV nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnehmen, dass der Versorger hiermit ein einseitiges Preisanpassungsrecht zu seinen Gunsten begründen will. Zum anderen sagen die Bestimmungen nichts darüber aus, nach welchen Regeln eine Preisanpassung vollzogen werden soll.

Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGHZ 106, 49. BGH NJW 2000, 651. 2001, 2014,16). Begründet eine Klausel wirtschaftliche Belastungen, ist es ein Gebot von Treu und Glauben, die Nachteile so klar zu formulieren, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGH NJW 1999, 2279. BGH NJW 2001, 2014, 2016). Für die Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt es danach entscheidend darauf an, dass der Vertragspartner des Verwenders die Möglichkeit und den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen beim Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer von dem Verwender vorgenommenen Erhöhung an der Ermächtigungsklausel selbst messen kann. Das Transparenzgebot soll verhindern, dass der Verwender durch einen ungenauen Tatbestand oder eine ungenaue Rechtsfolge ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume in Anspruch nehmen und das vertragliche Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu seinen Gunsten verschieben kann (OLG Stuttgart NJWRR 2005, 858. OLG Bremen a.a.O. = Bd. III Bl. 68, 78 d.A.. PalandtGrüneberg § 307 Rz. 23). Die tatbestandlichen Voraussetzungen und die Rechtsfolgen der Klausel müssen deshalb für den anderen Vertragsteil aus der Sicht eines aufmerksamen und sorgfältigen Betrachters nachprüfbar sein und dürfen keine Irreführung bewirken. Dies muss insbesondere im Rahmen einseitiger Leistungsbestimmungsrechte, die sich ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen vorbehält, beachtet werden. Solche Rechte sind in besonderer Weise

geeignet, das Interesse des Vertragspartners an jederzeitiger Kenntnis der vertraglichen Rechts und Pflichtenlage unzumutbar zu beeinträchtigen. Klauseln, die eine Preisanpassung wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten (sog. Kostenelementeklauseln) vorsehen, sind danach unwirksam, wenn sie dem Verwender nicht nur einen Ausgleich für gestiegene Kosten, sondern eine zusätzliche Gewinnerzielung ermöglichen (BGH NJW 2005, 1717. NJW 2007, 1054, 1055. OLG Frankfurt vom 13.12.2007 – 1 U 41/07 = Bd. III Bl. 2664, 270 d.A.. OLG Köln OLGR 2006, 341). Dementsprechend sind Preisanpassungsklauseln nur zulässig, wenn die Befugnis des Verwenders zu Preisanhebungen von Kostenerhöhungen abhängig gemacht wird und die einzelnen Kostenelemente sowie deren Gewichtung bei der Kalkulation des Gesamtpreises offen gelegt werden, so dass der andere Vertragsteil bei Vertragsschluss die auf ihn zukommenden Preissteigerungen einschätzen kann (BGH NJW 2007, 1054, 1055. OLG Bremen a.a.O. = Bd. III Bl. 68, 79. OLG Celle vom 17. Januar 2008 – 13 U 152/07 = Bd. IV Bl. 122, 124 d.A.).

Diesen Anforderungen genügen die Regelungen in § 4 AVBGasV und § 5 GasGVV offensichtlich nicht.

Zunächst lassen sie nicht erkennen, dass hiermit überhaupt ein Preisanpassungsrecht begründet werden sollte. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zum Wortlaut und zum rechtlichen Hintergrund der Vorschriften Bezug genommen werden. Selbst wenn man insoweit dem Rechtsstandpunkt der Beklagte folgen wollte, so erschließt sich die Absicht, durch die Verweisung ein Preisänderungsrecht zu schaffen, für den juristischen Laien erst über einen Rückschluss sowie durch eine Auswertung einzelner energierechtlicher Kommentarstellen bzw. der erst in neuerer Zeit ergangenen Rechtsprechung zur Rechtslage bei allgemeinen Tarifkunden.

Außerdem sind die Regelungen inhaltlich intransparent. Sie nennen kein einziges Kriterium, aus dem sich die sachlichen Voraussetzungen und der zulässige Umfang einer Preisänderung ergeben könnten. Das gleiche gilt für die ergänzende Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die die Beklagte ab dem 1. April 2007 ihren Verträgen zugrunde legen will. Zwar heißt es dort, dass sich die Preise im Sonderkundenbereich in gleicher Weise ändern würden wie im Bereich der Grundversorgung. Da es aber an einer transparenten Regelung für die Grundversorgung fehlt, erfasst dieser Mangel auch die Bestimmung über die Sonderkunden.

Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass den Bestimmungen der AVBGasV bzw. GasGVV eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ zukommen kann und sie damit einen Hinweis darauf geben können, was auch im Vertragsverhältnis mit Sonderabnehmern als (noch) im Einklang mit § 307 BGB anzusehen ist (vgl. BGH vom 29. April 2008 – KZR 2/07. NJW 1998, 1640, 1642. Wolf/Horn/LindacherHorn a.a.O. § 23 Rz. 143. abl. etwa Münchener KommentarBasedow a.a.O. § 310 Rz. 16). Selbst wenn für die hier in Rede stehenden § 4 AVBGasV bzw. § 5 GasGVV das Leitbild zeigen sollte, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit von Preisänderungen im laufenden Vertragsverhältnis befürwortet, gibt es zumindest keine Antwort auf die entscheidungserhebliche Frage, unter welchen Voraussetzungen, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Preise erhöht werden dürfen oder auch wieder gesenkt werden müssen (OLG Hamm vom 6. März 2008 – 2 U 114/07). Ein Leitbild für eine ausgewogene Regelung, die beiden Vertragsseiten gerecht wird, müsste die Kriterien aufzeigen, nach denen die Anpassung der Preise stattfinden soll. Denn nur dadurch würde dem Kunden die erforderliche Kontrollmöglichkeit verschafft werden. Ohne Festlegung dieser Voraussetzungen hätte er insbesondere im Fall einer Kostensenkung keine Möglichkeit, eine Preisermäßigung durchzusetzen. Da er nicht einmal weiß, welche Kosten mit welcher Gewichtung in die Kalkulation eingehen, könnte beispielsweise sein Hinweis auf gesunkene Bezugskosten ohne weiteres durch das Argument entkräftet werden, es seien inzwischen Kostensteigerungen in anderen Bereichen eingetreten.

Im Übrigen wäre es unbillig, wenn Preisanpassungsklauseln, welche die für eine Preisänderung maßgebenden Kostenelemente (detailliert) benennen und damit für den Verbraucher eine gewisse Transparenz schaffen, bei der Wirksamkeitsprüfung einer strengeren Kontrolle unterlägen als eine Klausel, die sich allein auf einen nichts sagenden Verordnungstext bezieht (OLG Celle vom 17. Januar 2008 – 13 U 152/07).

Die Intransparenz der Regelungen in § 4 AVBGasV bzw. § 5 GasGVV wird auch nicht durch ein Kündigungsrecht der Kläger oder die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB ausreichend kompensiert. Die Einräumung eines Kündigungsrechts kann den Mangel der Preisanpassungsklausel allenfalls unter bestimmten Bedingungen ausgleichen. Dies hängt von der konkreten Ausgestaltung des Kündigungsrechts ab. Dabei sind die Art des Vertrages, die typischen Interessen der Vertragsschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (BGH NJW 2007, 1054, 1056). Eine Kompensation scheidet im vorliegenden Fall schon deshalb aus, weil den Klägern das Recht zur Lösung vom Vertrag nicht spätestens gleichzeitig mit der Preiserhöhung, sondern erst nach deren Wirksamwerden zugebilligt wird. Ein angemessener Ausgleich setzt aber voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preisänderung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird (BGH a.a.O.). Das Kündigungsrecht der Kläger nach § 32 Abs. 2

AVBGasV besteht jedoch erst "mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Kalendermonats". Nach den vorliegenden Ankündigungen traten die Preiserhöhungen bereits zum 1. des Folgemonats in Kraft, so dass für die Kläger keine rechtzeitige Kündigungsmöglichkeit bestand (vgl. OLG Hamm vom 6. März 2008 – 2 U 114/07). Im Übrigen besteht ein weiterer Nachteil, der geeignet ist, den Kunden von einer vorzeitigen Kündigung Abstand nehmen zu lassen. Ein Ausweichen auf einen anderen Energieträger ist in aller Regel nur mit erheblichem Kostenaufwand durchführbar bzw. für Mieter ohnehin unmöglich (ebenso OLG Hamm vom 6. März 2008 – 2 U 114/07. vgl. auch OLG Dresden vom 11. Dezember 2006 – U 1426/06Kart, S. 19ff. OLG Bremen vom 16. November 2007 – 5 U 42/06). Auch dieser Gesichtspunkt schließt es aus, in der Kündigungsmöglichkeit eine ausreichende Kompensation für die Intransparenz der Klausel zu sehen. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Kläger mangels Wettbewerbs von keinem anderen Versorger Erdgas beziehen konnten und deshalb nur die Möglichkeit gehabt hätten, in die teurere Grundversorgung zu wechseln.

Auch eine gerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kann keinen angemessenen Ausgleich für die fehlende Transparenz der Regelung des § 4 AVBGasV bzw. § 5 GasGVV bieten. Der Kunde hat mangels Kenntnis der Preiskriterien keine realistische Möglichkeit, eine Erhöhung des vereinbarten Preises auf ihre Berechtigung zu überprüfen. Dementsprechend kann er nicht beurteilen, ob eine gerichtliche Billigkeitsprüfung überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Folglich kann eine solche Prüfung keinen angemessenen Ausgleich für die fehlende Transparenz der Preisklausel darstellen. Das aus § 307 Abs. 1 BGB folgende Bestimmtheits- und Transparenzgebot soll nach Möglichkeit gerade verhindern, dass es im Einzelfall zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt und der Kunde eine Preiserhöhung nur deshalb hinnimmt, weil sich das zulässige Ausmaß nicht beurteilen lässt (OLG Hamm a.a.O.). Insofern kann die Kontrollmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB die notwendige Eingrenzung und Konkretisierung einer AGBKlausel nicht ersetzen (OLG Frankfurt vom 13. Dezember 2007 – 1 U 41/07).

Der Beklagten ist schließlich wegen der Unwirksamkeit ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch kein Preisänderungsrecht im Wege ergänzender Vertragsauslegung zuzubilligen. Zwar kann nach der Rechtsprechung eine Regelungslücke, die sich daraus ergibt, dass eine Klausel gegen § 307 BGB verstößt und dispositives Recht insoweit fehlt, im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 133, 157 BGB geschlossen werden. In einem solchen Fall richtet sich der durch ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmende Vertragsinhalt nach einem objektivgeneralisierenden Maßstab, also danach, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der vertraglichen Klausel gekannt hätten (vgl. BGH NJW 2007, 1054, 1057. StaudingerSchlosser a.a.O. § 306 Rz. 12ff. Münchener KommentarBasedow a.a.O. § 306 Rz. 22ff). Bei einer ergänzenden Vertragsauslegung muss jedoch die Grundentscheidung des Gesetzgebers beachtet werden, den Vertrag grundsätzlich mit dem sich aus den Normen des dispositiven Gesetzesrechts, welche der ergänzenden Vertragsauslegung vorgehen, ergebenden Inhalt aufrechtzuerhalten. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt daher 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. Im Streitfall steht der Beklagten das Recht zu, sich nach sechsmonatiger Vertragsdauer mit einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Ende des Halbjahres (vgl. Bd. IV Bl. 174 d.A.) vom Vertrag zu lösen. Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden ist, führt das nicht zu einem unzumutbaren Ergebnis (BGH vom 29. April 2008 – KZR 2/07). Im Übrigen scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung auch daran, dass verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten (OLG Bremen vom 16. November 2007 – 5 U 42/06). Ohne Erfolg macht die Beklagte in diesem Zusammenhang geltend, die Unzumutbarkeit ergebe sich für sie auch daraus, dass die Kläger mit ihrer Klage die Preisgestaltung seit September 2004 angreifen, hieraus ergebe sich für sie ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Das Risiko, dass allgemeine Geschäftsbedingungen einer Wirksamkeitskontrolle nicht standhalten, geht grundsätzlich zu Lasten des Verwenders. Zudem hätte es die Beklagte in der Hand gehabt, auf den Einwand der Kläger zu reagieren und - entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung - die Verträge über die Sonderversorgung mit dem Ziel einer Änderung ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen zu kündigen.

Vor diesem Hintergrund gilt zum Erfolg der Klage für die einzelnen Kläger folgendes:

Den Klägern stehen die geltend gemachten Ansprüche - auch die Hilfsansprüche - nicht zu, soweit sie die einseitigen Preiserhöhungen der Beklagten und die darauf basierenden Jahresabrechnungen ohne Beanstandung in angemessener Zeit akzeptiert haben, indem sie weiterhin Gas bezogen und die nachfolgenden Rechnungen zahlten. Hierdurch ist der einseitig erhöhte Preis zu einem zwischen den Parteien vereinbarten Preis geworden, und zwar unabhängig von der grundsätzlichen Befugnis der Beklagten zu einer Preisanpassung (BGH NJW 2007, 2540, 2544. a.A. allerdings mit erheblicher Begründung LG Dortmund vom 18. Januar 2008 – 6 O 341/06. Bündenbender NJW 2007, 2945, 2949). Demgemäß hat der Senat um nähere Darlegungen dazu gebeten, wann die einzelnen Kläger die

Jahresabrechnungen jeweils erhalten und ggf. Widerspruch hiergegen angemeldet haben.

Die Kläger zu 6.), 10.), 22.), 29.), 30.), 32.), 47.) und 54.) haben ausweislich der insoweit unstreitigen Angaben in den Anlagen K 69 und BB 21 rechtzeitig Widerspruch gegen die Preiserhöhungen erhoben bzw. diese durch Zahlungsverweigerung oder Klageerhebung beanstandet. Die Klageerhebung umfasst alle nachfolgenden Erhöhungen, da die Kläger hierdurch unmissverständlich zum Ausdruck gebracht haben, dass sie die Preisänderungen nicht akzeptieren. Die nachfolgenden Zahlungen begründen insoweit keinen Rechtsverlust. Vor dem Hintergrund der bereits erhobenen Klagen ergibt sich hieraus nur die Erklärung, dass die Kläger das Risiko einer Kündigung und damit der Nichtbelieferung mit Gas oder einer gegen sie gerichteten Zahlungsklage abwenden wollten. Diese Kläger obsiegen daher in vollem Umfang. Gleiches gilt für den Kläger zu 23.), der die Preiserhöhung zum 1. September 2004 nicht beanstandet.

Hinsichtlich der Kläger zu 2.), 3.), 5.), 7. bis 9.), 16.), 20.), 21.), 25.), 27.), 28.), 31.), 33.), 35.) bis 37.), 40. bis 42.), 45.), 46.), 48.) bis 53.), 57.), 60.) bis 62.), 64.) sowie 65.) gilt die Preiserhöhung zum 1. September 2004 mangels rechtzeitiger Beanstandung entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung als vereinbart. Insoweit sind die Kläger zu 27.), 28.) und 64.) beweisfällig geblieben für den von der Beklagten bestrittenen rechtzeitigen Widerspruch.

Hinsichtlich der Kläger zu 4.), 12.), 15.), 39.), 44.) und 59.) gelten aus den gleichen Gründen die Preiserhöhungen zum 1. September 2004 und zum 1. August 2005 als vereinbart. Die Beklagte hat den Zugang eines Widerspruchsschreibens des Klägers zu 44.) vom 24. November 2005 ausdrücklich bestritten.

Hinsichtlich der Kläger zu 14.) und 43.) gilt die Preiserhöhung zum 1. September 2004 als vereinbart. Die Preiserhöhung zum 1. August 2008 kann von diesen Klägern nicht mehr angegriffen werden, da ihre Vertragsverhältnisse mit der Beklagten nach der Anlage BB 21 offensichtlich mit den Schlussrechnungen vom 17. April 2008 endeten.

Aus dem gleichen Grund kann von den Klägern zu 24.), 55.) und 63.) die Preiserhöhung zum 1. August 2008 nicht mehr angegriffen werden.

Hinsichtlich des Klägers zu 58.), der die Preiserhöhung zum 1. September 2004 nicht angegriffen hat, gilt die Erhöhung zum 1. August 2005 wegen vollständiger Zahlung des Rechnungssaldos und verspäteten Widerspruchs als vereinbart. Im Übrigen kann von ihm die Preiserhöhung zum 1. August 2008 wegen der vorherigen Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht mit Erfolg angegriffen werden.

Hinsichtlich des Klägers zu 66.), der der Klage erst mit Schriftsatz vom 11. Januar 2007 beigetreten ist und alle vorangegangenen Zahlungen widerspruchslos erbracht hat, gelten die Preiserhöhungen bis einschließlich zum 1. November 2006 als vereinbart.

Etwas anderes folgt schließlich nicht daraus, dass einzelne Kläger – wie von der Beklagten vorgetragen – Preiserhöhungen zwischen 2 und 4% anerkannt hätten. Die Kläger haben in ihren Schreiben (Anlage B 74) die einseitigen Preiserhöhungen der Beklagten auch nicht teilweise anerkannt. Sie haben vielmehr die Berechtigung zu derartigen Preiserhöhungen in Abrede genommen, dem Erhöhungsverlangen der Beklagten widersprochen und Zahlungen unter Vorbehalt angekündigt. Vor diesem Hintergrund kann die geringfügige Erhöhung der bislang geleisteten Zahlungen nicht als Anerkenntnis gewertet werden.

III.

Die Zulassung der Revision beruht auf der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache.

IV.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 91, 92, 269 ZPO. Soweit die Klage teilweise abzuweisen war, handelt es sich um ein geringfügiges Teilunterliegen, so dass § 92 Abs. 2 ZPO zur Anwendung gelangt. Soweit einzelne Kläger ihre Klage bzw. ihre Berufung zurückgenommen haben, hat der Senat ihnen lediglich ihre außergerichtlichen Kosten auferlegt. Da es sich nur um einen kleinen Teil der Kläger handelt und zusätzliche Kosten durch sie auf Seiten der Beklagten nicht entstanden sind, erschien es insoweit in entsprechender Anwendung von § 92 Abs. 2 ZPO gerechtfertigt, keine weitere Differenzierung vorzunehmen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

... ..

