

Die Kontrolle der Haushaltspreise für Strom und Gas nach den §§ 307, 315 BGB*)

Von Prof. Dr. Kurt Markert, Berlin

1. Die aktuelle Gesetzeslage

Angesichts des bisher nicht besonders aktiven Engagements der Kartellbehörden bei der Anwendung der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle auf die für Haushaltskunden geltenden Strom- und Gaspreise kommt den zivilrechtlichen Schutzmöglichkeiten eine um so größere Bedeutung für die Praxis zu. Das Schwergewicht liegt dabei bei den §§ 307 und 315 BGB, deren Anwendung keine marktbeherrschende Stellung des Lieferanten voraussetzt und auch nicht die gleichen hohen Beweisanforderungen stellt wie die kartellrechtliche Preishöhenkontrolle nach den §§ 19 und 29 GWB im Zivilverfahren. Nach § 315 BGB müssen vom Lieferanten aufgrund eines vertraglich vereinbarten Preisbestimmungsrechts einseitig festgelegte Preise oder im Falle eines vereinbarten Anfangspreises dessen spätere einseitige Erhöhungen billigem Ermessen entsprechen, was im Streitfall nach der BGH-Rechtsprechung vom Lieferanten zu beweisen ist.¹⁾ Dies gilt auch bei einem dem Lieferanten gesetzlich eingeräumten Recht zur einseitigen Preisbestimmung,²⁾ das nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH auch bei der Belieferung von Tarifkunden mit Strom oder Gas nach der bis zum 7.11.2006 anwendbaren AVBELtV und AVBGasV³⁾ und seither von Grundversorgungskunden nach der StromGVV und GasGVV⁴⁾ besteht.⁵⁾ Für die Unterscheidung, ob Haushaltskunden Tarif- bzw. Grundversorgungskunden sind oder aber als Sondervertragskunden beliefert werden, kommt es nach dieser Rechtsprechung darauf an, ob das Versorgungsunternehmen – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – die Versorgung zu öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen im Rahmen seiner Versorgungspflicht nach diesen Verordnungen anbietet oder aber das Angebot unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit erfolgt.⁶⁾ Schließlich ist die Billigkeitskontrolle von Preisen nach § 315 BGB nach der sog. Monopolrechtsprechung auch noch entsprechend (analog) anwendbar, wenn es sich um Leistungen der Daseinsvorsorge handelt, auf deren Inanspruchnahme der Kunde im Bedarfsfall angewiesen ist und der Lieferant über eine Monopolstellung verfügt.⁷⁾ Die Stromversorgung⁸⁾ und das Angebot der Stromnetznutzung⁹⁾ werden nach dieser Rechtsprechung als solche Leistungen angesehen. Hingegen hat der VIII. Zivilsenat des BGH entschieden, wegen des Verzichts des Gesetzgebers auf eine der Bundestarifordnung Elektrizität (BTOELt) entsprechende Regulierung der Gastarife sei die analoge Anwendung des § 315 BGB auf diese Tarife ausgeschlossen.¹⁰⁾

Kann sich der Lieferant bei einseitigen Preiserhöhungen nicht auf ein gesetzliches Preisbestimmungsrecht stützen, wie es für die Belieferung von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden mit Strom und Gas gilt, sondern nur auf ein entsprechendes vertragliches Recht, stellt sich, falls dieses Recht durch allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zum Vertragsinhalt gemacht wird, vor der Anwendung der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zunächst die Vorfra-

ge, ob die betreffende AGB-Bestimmung mit den §§ 305 ff. BGB vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall und die Bestimmung deshalb unwirksam, ist eine darauf gestützte Preiserhöhung ohne Rechtsgrund erfolgt und deshalb unwirksam, ohne daß es noch auf deren Billigkeit nach § 315 BGB ankommt. Bei der Belieferung von Haushaltskunden als Sonderkunden werden in aller Regel in den Lieferverträgen AGB mit Preisanpassungsbestimmungen verwendet, die den Lieferanten zur einseitigen Preisanpassung berechtigen. Nach § 310 Abs. 2 BGB finden zwar die §§ 308 und 309 auf Verträge der Elektrizitäts- und Gasversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderkunden keine Anwendung, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von dem abweichen, was nach den Verordnungen für die Versorgung von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden gilt. Damit bleibt aber insbesondere die Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB auf die als Preisnebenabreden anzusehenden Preisanpassungsklauseln in den AGB von Strom- und Gassonderkundenverträgen anwendbar. Nach dieser Vorschrift sind AGB-Bestimmungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, was sich auch daraus ergeben kann, daß eine Bestimmung nicht klar und

*) Dieser Beitrag ist ein Ausschnitt aus einem später zur Veröffentlichung vorgesehenen größeren Artikel mit dem Titel „Wettbewerbs- und Netzregulierungsrecht im Strom- und Gassektor im zwölften Jahr der Marktliberalisierung“.

- 1) Zur Beweislast für die Billigkeit z. B. BGH vom 4.3.2008 – KZR 29/06 –, RdE 2008, 173, Tz. 27 – Stromnetznutzungsentgelt III; BGH vom 19.11.2008 – VIII ZR 138/07 –, RdE 2009, 54 [57] m. Anm. Markert – Stadtwerke Dinstaken.
- 2) BGH vom 13.6.2007 – VIII ZR 36/06 –, RdE 2007, 258 [260] m. Anm. Markert – Gaspreis.
- 3) Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVBELtV); Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV).
- 4) Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV) vom 26.10.2006, BGBl. I, 2391; 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, 2396.
- 5) Für § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV: BGH (Fn. 2), Tz. 14–17; für § 5 Abs. 2 GasGVV: BGH vom 15.7.2009 – VIII ZR 56/08 –, ZMR 2009, 907 (in diesem Heft), RdE 2009, 281, Tz. 13.
- 6) BGH vom 15.7.2009 – VIII ZR 225/07 –, ZMR 2009, 905 (in diesem Heft), RdE 2009, 287, Tz. 14, und – VIII ZR 56/08 –, ZMR 2009, 907 (in diesem Heft), RdE 2009, 281, Tz. 13. Dazu auch KG vom 28.11.2009 – 21 U 160/06 –, ZMR 2009, 280 [282]; OLG Frankfurt vom 5.5.2008 – 11 U 61/07 (Kart) –, ZNER 2009, 153; OLG Düsseldorf vom 24.6.2009 – VI-2 U (Kart) 14/06 –, BA S. 6–9. Zur Unterscheidung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden s. auch § 1 Abs. 3 und 4 KAV.
- 7) St. Rspr. des BGH, z. B. BGH (Fn. 2), Tz. 14.
- 8) BGH vom 28.3.2007 – VIII ZR 144/06 –, BGHZ 171, 374 (Tz. 17) = ZMR 2007, 943 [946] = RdE 2007, 158 m. Anm. Markert.
- 9) BGH vom 4.3.2008 (Fn. 1), Tz. 24.
- 10) BGH vom 19.11.2008 (Fn. 1), Tz. 18–23. Diese rechtlich höchst fragwürdige Ansicht (s. dazu meine Kritik in RdE 2009, 61 f.) verliert allerdings in dem Maße ihre praktische Bedeutung, in dem immer öfter andere Gasanbieter auf den örtlichen Märkten auftreten und dadurch die Monopolstellung des früheren Gebietsversorgers entfällt.

verständlich ist. Die große praktische Bedeutung dieser Kontrolle für die Gasversorgung zeigt sich schon daran, daß in allen fünf Fällen, in denen der BGH bisher über die Vereinbarkeit von Preisanpassungsklauseln in den AGB von Gassonderkundenverträgen mit § 307 Abs. 1 BGB entschieden hat, die Unwirksamkeit der Klausel nach dieser Vorschrift festgestellt wurde.

2. Anwendung auf die Strom- und Gaspreise

a) Vereinbarkeit von Preisanpassungsklauseln mit § 307 Abs. 1 BGB

Die vier bisher dazu vorliegenden BGH-Urteile sind: das Urteil des Kartellsenats vom 29.4.2008 im Fall ENSO¹¹⁾ und die Urteile des VIII. Zivilsenats vom 17.12.2008 im Fall Regionalgas Euskirchen¹²⁾ und vom 15.7.2009 in den Fällen GASAG¹³⁾ und Kommunale Gasunion (kgu).¹⁴⁾ Diese Urteile stimmen zunächst darin überein, daß das für Tarif- bzw. Grundversorgungskunden geltende gesetzliche Preisbestimmungsrecht weder unmittelbar noch im Wege der Analogie auf Sonderkundenverträge einschließlich der standardisierten Normsonderkundenverträge anwendbar ist, sondern als AGB in diesen Verträgen nur unter Einhaltung der dafür geltenden Anforderungen der §§ 305 ff. BGB vereinbart werden kann. Einigkeit besteht auch darin, daß Preisanpassungsklauseln, die nur das Recht des Lieferanten vorsehen, Erhöhungen seiner Bezugskosten an die Kunden weiterzugeben, nicht aber auch die ausdrückliche Verpflichtung, gefallenen Bezugskosten nach den gleichen Maßstäben wie gestiegenen Kosten Rechnung zu tragen, die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen und deshalb nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sind.¹⁵⁾ Diese Verpflichtung war in den entschiedenen Fällen in keiner Preisanpassungsklausel enthalten. Die Urteile stimmen ferner darin überein, daß sowohl im Klauselprozeß (kgu) als auch im Individualprozeß (ENSO, Euskirchen und GASAG) eine ergänzende Vertragsauslegung zur Füllung dieser Lücke durch Aufnahme einer solchen Verpflichtung abgelehnt wurde. Schließlich wurde auch übereinstimmend ein den Kunden eingeräumtes Recht zur vorzeitigen Vertragslösung bei Preiserhöhungen nicht als geeignet angesehen, die durch eine den genannten Anforderungen nicht entsprechende Preisanpassungsklausel verursachte unangemessene Kundenbenachteiligung auszugleichen.¹⁶⁾

Keine Übereinstimmung zwischen dem ENSO-Urteil des Kartellsenats und den Urteilen des VIII. Zivilsenats besteht aber offenbar in der Frage, ob § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV und die Nachfolgeregelung des § 5 Abs. 2 GasGVV, aus denen ein gesetzliches Preisbestimmungsrecht der Versorger von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden gefolgert wird, für die Belieferung von Normsonderkunden eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinn“ hat und deshalb die unveränderte Übernahme dieses Rechts in Normsonderkundenverträge einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB standhält. Eine derartige Funktion hatte der VIII. Zivilsenat 1986 in einem die Stromversorgung eines gewerblichen Sonderkunden betreffenden Fall für die nach § 6 AVBEltV bei der Belieferung von Tarifkunden geltende Haftungsregelung für Versorgungsstörungen bejaht und deshalb eine nach § 307 Abs. 1 BGB unangemessene Kundenbenachteiligung durch eine inhaltsgleiche Regelung in einem Sonderkundenvertrag verneint.¹⁷⁾ § 6 AVBEltV sei eine „Wertent-

scheidung, die der Verordnungsgesetzgeber im Tarifkundenbereich unter Abwägung der gegenläufigen Interessen von Stromkunden und Energieversorgungsunternehmen getroffen hat und enthält somit einen gewichtigen Hinweis auf das, was auch im Vertragsverhältnis mit Sonderabnehmern als angemessen zu betrachten ist.“¹⁸⁾ Auf dieses Urteil wird zwar auch im ENSO-Urteil des Kartellsenats¹⁹⁾ Bezug genommen, aber gleichzeitig betont, daß eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ der AVBGasV nicht pauschal beizumessen, sondern dies jeweils für die einzelne in Rede stehende Vorschrift gesondert zu prüfen sei. Damit werde auch dem Umstand Rechnung getragen, daß nach § 310 Abs. 2 BGB zwar die §§ 308, 309 keine Anwendung auf Sonderkundenverträge finden, die allgemeine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB jedoch nicht ausgeschlossen ist. Für die zu beurteilende Preisänderungsklausel komme § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV eine Leitbildfunktion nicht zu. Das sich aus dieser Vorschrift ergebende gesetzliche Leistungsbestimmungsrecht des Versorgers ohne Vorgaben zu Zeit und Inhalt von Preisänderungen sei die unmittelbare Folge, daß Tarifkunden zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen beliefert werden müssen.²⁰⁾ Eine solche gesetzliche Versorgungspflicht besteht aber gegenüber Sondervertragskunden gerade nicht.

Im Gegensatz dazu hat der VIII. Zivilsenat in den beiden Urteilen vom 15.7.2009 die Ansicht vertreten, daß eine Preisänderungsklausel, die das im Tarifkunden- bzw. Grundversorgungskundenverhältnis nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht unverändert in einen formularmäßigen Erdgassondervertrag übernimmt, also nicht zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Regelung dieses Rechts abweicht, keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden i. S. von § 307 Abs. 1 oder 2 BGB darstellt.²¹⁾ Jene Vorschriften verkörperten eine Wertentscheidung des Verordnungsgebers hinsichtlich der Tarif- bzw. Grundversorgungskunden und enthielten somit einen gewichtigen Hinweis auf das, was auch im Vertragsverhältnis mit Haushaltskunden außerhalb der Tarifkunden- bzw. Grundversorgung als angemessen zu betrachten sei. Dem stehe nicht entgegen, daß es bei der Belieferung von Sonderkunden keine gesetzliche Versorgungspflicht gebe. Denn diesem Umstand habe der Gesetzgeber bei der von ihm angestrebten Gleichbehandlung von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden und Sondervertragskunden „offensichtlich keine Bedeutung beigemessen“.²²⁾ Der VIII. Zivilsenat räumt zwar ein, daß eine § 4 Abs. 1 und 2

11) - KZR 02/07 -, BGHZ 176, 244 - Erdgassondervertrag = RdE 2008, 204.

12) - VIII ZR 274/06 -, RdE 2009, 95 m. Anm. *Schulz-Gardyan*.

13) - VIII ZR 225/07 -, ZMR 2009, 905 (in diesem Heft).

14) - VIII ZR 56/08 -, ZMR 2009, 907 (in diesem Heft). Ebenso Urteil vom 28.10.2009 - VIII ZR 320/07 - Stadtwerke Bremen.

15) Begründet wird dies im Urteil ENSO damit, eine Preisänderungsklausel müsse das vertragliche Äquivalenzverhalten wahren und dürfe dem Verwender keine Möglichkeit geben, einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (Fn. 11, Tz. 18). Ebenso BGH (Fn. 12), Tz. 18; BGH (Fn. 13), Tz. 28; BGH (Fn. 14), Tz. 29.

16) BGH (Fn. 11), Tz. 27; BGH (Fn. 12), Tz. 22 f.; BGH (Fn. 14), Tz. 30-36.

17) - VIII ZR 276/96 -, BGHZ 138, 118 [126 ff.].

18) - VIII ZR 276/96 -, BGHZ 138, 118 [126 f.].

19) Fn. 11, Tz. 25.

20) Fn. 11, Tz. 26.

21) Für § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV: BGH (Fn. 13), Tz. 19-24; für § 5 Abs. 2 GasGVV: BGH (Fn. 14), Tz. 21-27.

22) BGH (Fn. 14), Tz. 25.

AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel „nicht den Anforderungen entspricht, die die höchstrichterliche Rechtsprechung an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlaß, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt.“²³⁾ Denn aus diesen Vorschriften sei nicht zu erkennen, daß der Versorger bei einer Preisanpassung das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren muß und sie nicht dazu nutzen darf, einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Sie ließen den Kunden auch darüber im unklaren, daß an ihn Kostensenkungen nach denselben Maßstäben wie Kostenerhöhungen weitergegeben werden müssen. Aber der Gesetzgeber habe mit der Regelung für die Tarifkunden- bzw. Grundversorgung den Maßstab gesetzt, nach dem auch zu beurteilen sei, ob Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel i. S. von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt werden. Es sei nicht ersichtlich, daß im Bereich von Sonderkundenverträgen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit und Konkretisierung einer Preisanpassungsklausel gestellt werden müßten, als sie im Bereich der Versorgung von Tarif- bzw. Grundversorgungskunden durch § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV unmittelbar erfüllt werden. Auch stehe den Sonderkunden ebenso wie den Tarif- bzw. Grundversorgungskunden eine Überprüfung von Preisänderungen nach § 315 BGB offen.

Problematisch an diesen Ausführungen des VIII. Zivilsenats ist bereits, daß eine so grundlegende Weichenstellung, die von der bisher einhelligen Rechtsprechung aller mit der Beurteilung vertraglicher Preisanpassungsklauseln nach § 307 BGB befaßter BGH-Senate abweicht, durch obiter dictum erfolgt ist. Denn in beiden Fällen wurde die streitige Preisanpassungsklausel schon deshalb als unwirksam nach dieser Vorschrift beurteilt, weil sie keine ausdrückliche Verpflichtung des Versorgers zur Preissenkung bei Verringerung seiner Kosten enthielt. Für die Fallentscheidung konnte es daher auf die rechtliche Bedeutung einer unveränderten Übernahme des für die Tarifkunden- bzw. Grundversorgung geltenden gesetzlichen Preisänderungsrechts in Normsonderkundenverträge überhaupt nicht ankommen.²⁴⁾ Das Argument des VIII. Zivilsenats, den Sondervertragskunden stehe ebenso wie den Tarif- und Grundversorgungskunden eine Überprüfung von Preisänderungen nach § 315 BGB offen, ignoriert, daß nach bisher einhelliger BGH-Rechtsprechung solche Klauseln nicht schon deshalb mit § 307 BGB vereinbar sind, weil darauf gestützte Preiserhöhungen billigem Ermessen nach § 315 BGB entsprechen müssen. So hat z. B. der XI. Zivilsenat in einem eine Preis- und Zinsanpassungsklausel betreffenden Urteil ausgeführt: „Läßt eine Preis- und Zinsanpassungsklausel den Kunden darüber im unklaren, ob und in welchem Umfang das Kreditinstitut zu einer Anpassung berechtigt oder zu seinen Gunsten verpflichtet ist, läuft auch die dem Kunden eingeräumte Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle weitgehend leer. Kommt es erst gar nicht zu einer gebotenen Herabsetzung des Preises oder Zinssatzes, versagt sie für gewöhnlich, weil der Kunde mangels hinreichenden Anhalts schon eine Verpflichtung des Verwenders nicht zu erkennen vermag. Erfolgt eine Preis- und Zinsanpassung zu seinen Ungunsten, fehlt ihm die Beurteilungsgrundlage, ob sich die Anpassung im Rahmen des der Bank zustehenden Gestaltungsspielraums be-

wegt oder ein Verfahren nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB mit Erfolg betrieben werden kann.“²⁵⁾

Durch die vom VIII. Zivilsenat in den Urteilen vom 15.7.2009 vertretene „Übernahme-These“ wird in der Strom- und Gasversorgung den Normsonderkunden entgegen dem klaren Wortlaut des § 310 Abs. 2 BGB der Schutz der auf formularmäßige Preisanpassungsklauseln anwendbaren Transparenzkontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB generell entzogen mit der Folge, daß diese Kunden im Verhältnis zu allen anderen mit solchen Klauseln konfrontierten Sondervertragskunden diskriminiert werden. Weshalb z. B. den mit Flüssiggas belieferten Haushaltskunden, die ebenfalls regelmäßig Normsonderkunden sind, nach der Rechtsprechung dieses Senats dieser Schutz zusteht,²⁶⁾ den mit Erdgas belieferten Normsonderkunden hingegen nicht, ist nicht nachvollziehbar. Mit dem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 25.2.1986²⁷⁾ läßt sich dies jedenfalls nicht begründen, denn die darin nach § 307 Abs. 1 BGB beurteilte AGB-Bestimmung war absolut klar und verständlich und daher uneingeschränkt transparent.²⁸⁾ Gerade daran fehlt es aber bei einer bloßen unveränderten Übernahme des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV bzw. des § 5 Abs. 2 GasGVV in Verträge mit Gassonderkunden, denn diese Vorschriften geben, wie der Senat selbst einräumt,²⁹⁾ diesen Kunden keinerlei Aufschluß über Anlaß, Voraussetzungen und Umfang des dem Versorger zustehenden Leistungsbestimmungsrechts.

Bei diesen Widersprüchen zum klaren Wortlaut des § 310 Abs. 2 BGB und zur einhelligen Rechtsprechung aller bisher mit der Beurteilung von Preisanpassungsklauseln nach § 307 BGB befaßten BGH-Senate – auch des VIII. Zivilsenats selbst – bleibt diesem zur Begründung seiner Ansicht

23) BGH (Fn. 13), Tz. 23; BGH (Fn. 14), Tz. 26. Als Beleg dafür zitiert werden vom VIII. Zivilsenat auch seine eigenen Flüssiggasurteile vom 21.9.2005 – VIII ZR 38/05 –, ZMR 2005, 940 [943] = NJW-RR 2005, 1717 und vom 13.12.2006 – VIII ZR 25/06 –, RdE 2007, 119. Wie dort z. B. auch BGH vom 15.11.2007 – III ZR 24/06 –, NJW 2008, 360 – Pay-TV.

24) In seinem Urteil vom 17.12.2008 im Fall Euskirchen (Fn. 12, Tz. 21), in dem die streitige Preisanpassungsklausel ebenfalls schon wegen des Fehlens dieser Verpflichtung als unwirksam nach § 307 Abs. 1 BGB beurteilt wurde, hat der Senat deshalb – methodisch sauber – die Frage der AGB-rechtlichen Bewertung einer unveränderten Übernahme des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV ausdrücklich offengelassen.

25) Urteil vom 21.4.2009 – XI ZR 55/08 –, NJW 2009, 2051 (Tz. 38). Ebenso z. B. Kartellsenat, Urteil vom 13.7.2004, – KZR/10/03 –, WuW/E DE-R 1335, 1342 – Citroën: „Die Unangemessenheit einer Klausel läßt sich entgegen der Auffassung der Beklagten nicht mit dem Argument ausräumen, eine einseitige Leistungsbestimmung habe gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen und sei anderenfalls unverbindlich. § 315 BGB scheidet als unmittelbare Rechtfertigung einer Klausel schon deshalb aus, weil die Vorschrift eine wirksame Anwendungsvereinbarung bereits voraussetzt und die Entscheidung über die Wirksamkeit der Vertragsklausel sich ausschließlich nach den Angemessenheitsmaßstäben des § 307 BGB, § 9 AGBG richtet (BGHZ 89, 206 [213]). Auch als inhaltliche Beschränkung des Anwendungsbereichs einer Klausel läßt sich der in § 315 BGB enthaltene Rechtsgedanke nicht verwerten, weil der weite Spielraum der Billigkeit nicht den an die Eingrenzung und Konkretisierung einer Formularbestimmung zu stellenden Anforderungen genügt (BGHZ 89, a. a. O.).“

26) Vgl. dazu die Flüssiggas-Urteile des VIII. Zivilsenats vom 21.9.2005 und vom 13.12.2006 (Fn. 23).

27) Fn. 18.

28) Daß in dem entschiedenen Fall der Haftungsregelung des § 6 AVBEltV eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ für die Beurteilung einer inhaltsgleichen AGB-Bestimmung in einem Stromsonderkundenvertrag nach § 307 Abs. 1 BGB zuerkannt wurde, ist gut nachvollziehbar, da dieser Vorschrift eine Abwägung der gegenläufigen Interessen von Stromkunden und Versorgungsunternehmen durch die Verordnungsgeber zugrunde liegt. Eine solche Abwägung des Verordnungsgebers fehlt aber bei § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV und § 5 Abs. 2 GasGVV völlig.

29) Fn. 14, Tz. 26.

letztlich nur der Rückgriff auf einen entsprechenden gesetzgeberischen Willen. Dieser ist aber nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV und des § 5 Abs. 2 GasGVV ebensowenig belegbar wie die im Dinslaken-Urteil³⁰⁾ vertretene Ansicht dieses Senats, der Gesetzgeber habe mit seinem Verzicht auf eine der BTOelt für die Stromtarife entsprechende gesetzliche Regulierung der Gastarife die analoge Anwendung des § 315 BGB auf diese Tarife ausschließen wollen.³¹⁾ Daß der Wortlaut des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV und des § 5 Abs. 2 GasGVV für die Annahme eines Preisbestimmungsrechts des Versorgers im Grunde nichts hergibt, hat der Senat selbst eingeräumt. Aus der sehr detaillierten, bis zum EnWG von 1935 zurückreichenden Analyse der Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften im Urteil des OLG Oldenburg vom 5.9.2008³²⁾ ergibt sich, daß bei allen Entscheidungen des Gesetz- und Verordnungsgebers das Preisbestimmungsrecht des Versorgers immer nur als bereits bestehend und allgemein anerkannt und praktiziert vorausgesetzt wurde und der Verordnungsgeber zwar die allgemeinen Versorgungsbedingungen regeln wollte, nicht jedoch die Tarifgestaltung der Energieversorger. Dem entspricht auch die Regelung in § 310 Abs. 2 BGB und der Vorläufervorschrift des § 23 Abs. 2 Nr. 3 AGBG, die nur typische Geschäftsbedingungen betreffen, nicht jedoch die Tarifgestaltung einschließlich der Anpassung der Tarife an veränderte Verhältnisse. Nur für diese in der AVBGasV und GasGVV geregelten Bedingungen hat der Verordnungsgeber unter Abwägung der gegenläufigen Interessen von Versorgern und Kunden eine Wertentscheidung getroffen, die auch für die Angemessenheit der Bedingungen für die Belieferung von Sonderkunden eine „Leitbildfunktion im weiteren Sinn“ haben kann und es rechtfertigt, diese Kunden insoweit nicht stärker zu schützen als Tarifkunden. Nur darauf kann sich folglich die vom VIII. Zivilsenat³³⁾ zur Begründung seiner Ansicht angeführte Aussage in der Regierungsbegründung zu § 310 Abs. 2 BGB³⁴⁾ beziehen, daß es den Versorgungsunternehmen freistehen müsse, „ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten“, nicht jedoch auf die Gestaltung der Sonderkundenpreise. Bestätigt wird dies durch den in diesem Zusammenhang erfolgten Hinweis des Gesetzgebers auf die „zunehmende Liberalisierung des Energiemarktes“, zu deren Zielen es gehört, daß sich die Preise am Markt in Ausübung der nur durch die allgemeinen Gesetze begrenzten Vertragsfreiheit der Marktpartner bilden. Damit aber ist es nicht vereinbar, daß für die Gestaltung formularmäßiger Preisanpassungsklauseln in Normsonderkundenverträgen beim Bezug von Strom und Gas andere Maßstäbe gelten sollen als z. B. beim Bezug von Flüssiggas oder Pay-TV oder der Aufnahme eines Kredits bei einer Bank oder Sparkasse.

Trotz dieser Einwände muß jedoch davon ausgegangen werden, daß der VIII. Zivilsenat erst einmal auf längere Sicht bei seiner auch als amtliche Leitsätze formulierten Position bleibt und die Praxis sich darauf einstellen muß. Für die allgemein erhoffte Rechtssicherheit ist damit allerdings noch nichts Entscheidendes gewonnen, solange nicht klar ist, was genau unter einer „unveränderten Übernahme“ des für die Tarifkunden- bzw. Grundversorgung geltenden gesetzlichen Preisänderungsrechts zu verstehen

ist. Für Neuverträge und die Umgestaltung unwirksamer Preisanpassungsklauseln in Altverträgen kann nur die Übernahme des aus § 5 Abs. 2 GasGVV gefolgerten Preisänderungsrechts in Betracht kommen, da § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV seit dem 8.11.2006 nicht mehr geltendes Recht ist. Soll die „unveränderte Übernahme“ dieses Rechts nicht zu einer reinen Farce werden, kann die bloße Bezugnahme darauf, etwa in der Weise, daß für Preisänderungen des Versorgers § 5 Abs. 2 GasGVV gilt, oder auch die vollständige Übernahme des Wortlauts dieser Vorschrift in die AGB des Sondervertrags offensichtlich nicht ausreichen, denn damit würde das gesetzliche Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB entgegen § 310 Abs. 2 BGB nicht nur eingeschränkt, sondern ohne zwingenden Grund völlig ausgeschaltet. Deshalb ist zu fordern, daß Preisanpassungsklauseln in den AGB von Normsonderkundenverträgen, um mit § 307 Abs. 1 und 2 BGB vereinbar zu sein, alle von der BGH-Rechtsprechung entwickelten inhaltlichen Anforderungen an das gesetzliche Preisbestimmungsrecht des Grundversorgers in Textform zum Ausdruck bringen – einschließlich der Verpflichtung zur Preisanpassung „nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten ... unabhängig davon ...“, in welche Richtung sich die Gasbezugskosten seit Vertragsschluß oder der letzten Preisanpassung entwickelt haben.“³⁵⁾ Um eine Abweichung zum Nachteil der Sonderkunden zu vermeiden, müßte diesen außerdem das den Grundversorgungskunden nach § 20 Abs. 1 GasGVV zustehende bedingungslose Kündigungsrecht mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats eingeräumt werden.³⁶⁾ Für Preisanpassungsklauseln in Stromsonderverträgen gelten diese Anforderungen gleichermaßen.

b) Rechtsfolgen unwirksamer Preisanpassungsklauseln

Die Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel nach § 307 Abs. 1 BGB hat zur Folge, daß darauf gestützte Preiserhöhungen keine Rechtsgrundlage haben und der Lieferant, soweit Kunden den Erhöhungsbetrag bereits ganz oder teilweise bezahlt haben, ungerechtfertigt bereichert und deshalb nach § 812 Abs. 1 BGB zur Rückgewähr verpflichtet ist. Dies betrifft nicht nur die Klauseln in den bisher vom BGH rechtskräftig entschiedenen Fällen, sondern auch alle anderen bisher in Normsonderkundenverträgen mit Strom- und Gaskunden verwendeten Klauseln, soweit sie die Anforderungen des BGH an die Vereinbarkeit mit § 307 Abs. 1 BGB jedenfalls deshalb nicht erfüllen, weil eine ausdrückliche Verpflichtung zur Preisanpassung an gefallene Kosten des Versorgers nach den gleichen Maßstäben wie an gestiegene Kosten fehlt. Ihre Ersetzung durch diesen Anforderungen entsprechende wirksame Klauseln könnte nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen und gegen den Widerspruch des Kunden erst nach einer ordentlichen Vertragskündigung durch den Versorger unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfristen.

Zur Rückforderung danach überzahlter Geldbeträge sind nicht nur diejenigen Kunden berechtigt, die der Preiserhö-

30) BGH vom 19.11.2008 (Fn. 1), Tz. 18–23.

31) S. dazu meine Kritik in RdE 2009, 61 f.

32) – 12 U 49/07 –, RdE 2009, 25 [27 ff.].

33) BGH (Fn. 13), Tz. 20; BGH (Fn. 14), Tz. 22.

34) BT-Drucks. 14/6040, S. 160.

35) BGH (Fn. 13), Tz. 29; BGH (Fn. 14), Tz. 29.

36) BGH (Fn. 14), Tz. 33.

hung durch Klage oder in sonstiger Weise, auch durch Zahlung nur unter Vorbehalt, rechtzeitig widersprochen haben, sondern auch alle anderen betroffenen Kunden. Letzteren kann nicht entgegeng gehalten werden, daß nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats Tarifierhöhungen, denen der Kunde wegen Unbilligkeit i. S. von § 315 BGB nicht in angemessener Zeit nach der letzten Jahresabrechnung widerspricht, als zwischen den Vertragsparteien vereinbart gelten und deshalb von der Billigkeitsprüfung nach dieser Vorschrift ausgeschlossen sind.³⁷⁾ Denn bei dieser Rechtsprechung wird offensichtlich vorausgesetzt, daß für die Tarifierhöhung wegen des aus § 4 Abs. 1 und 2 AVB GasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV gefolgerten gesetzlichen Preisbestimmungsrechts des Versorgers eine wirksame Rechtsgrundlage für die Tarifierhöhung besteht, die aber bei einer unwirksamen vertraglichen Preisanpassungsklausel gerade fehlt. Schon deshalb ist diese Rechtsprechung auf Preiserhöhungen für Sonderkunden, die auf eine nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksame Preisanpassungsklausel gestützt wurden, nicht anwendbar.³⁸⁾ Ihre Anwendung scheidet aber jedenfalls daran, daß sich diese Rechtsprechung nur darauf bezieht, daß die direkte Anwendung des § 315 BGB auf zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Preise ausgeschlossen ist.³⁹⁾ Auch die Voraussetzungen einer Verwirkung des Rückforderungsanspruchs allein wegen fehlenden rechtzeitigen Widerspruchs des Kunden gegen die letzten Jahresabrechnungen sind nicht erfüllt.⁴⁰⁾ Der Rückzahlungsanspruch des Kunden ist auch nicht durch § 814 BGB ausgeschlossen, da wegen der bisher ungeklärten Rechtslage jedenfalls bei Haushaltskunden nicht davon ausgegangen werden kann, daß sie die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel nach § 307 Abs. 1 BGB kannten. Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 BGB unterliegt aber der allgemeinen Verjährung nach §§ 195, 199 BGB.

c) Preishöhenkontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB

Nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des BGH unterliegen vom Versorger einseitig bestimmte Strom- und Gas tarife bzw. Grundversorgungspreise und deren Erhöhungen grundsätzlich der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB.⁴¹⁾ Dies gilt auch für die auf eine wirksame Preisanpassungsklausel gestützten Erhöhungen der Preise für Normsonderkunden.⁴²⁾ Der Anwendungsbereich der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB ist allerdings vom VIII. Zivilsenat – offensichtlich in dem Bestreben, die durch diese Kontrolle in den letzten Jahren erheblich angewachsene Arbeitsbelastung der Zivilgerichte zu reduzieren – stark eingeschränkt worden. So gilt danach der bei Vertragsbeginn gültige Tarif oder Preis („Anfangspreis“) auch dann als zwischen den Vertragsparteien vereinbart und damit der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB entzogen, wenn der Vertrag nur konkludent durch Entnahme von Strom oder Gas aus dem Netz zustandekommt.⁴³⁾ Der VIII. Zivilsenat sieht eine Vereinbarung mit dieser Rechtsfolge auch darin, daß der Kunde einer Preiserhöhung nicht in „angemessener Zeit“ nach der letzten Jahresabrechnung unter Berufung auf § 315 BGB widerspricht.⁴⁴⁾ Damit ist der gesamte „Preissockel“ vor den vom Kunden rechtzeitig beanstandeten Preiserhöhungen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB entzogen. Ausgeschlossen hat der Senat für die Gaspreise auch die eine Billigkeitsprüfung des Gesamtpreises ermöglichende analoge Anwendung des § 315 BGB.⁴⁵⁾ Bei den Stromprei-

sen für Haushaltskunden kommt diese Anwendung ohnehin schon deshalb nicht mehr in Betracht, weil inzwischen auf den örtlichen Märkten kein Versorger mehr über die erforderliche Monopolstellung verfügt.⁴⁶⁾

Erhöhungen von Strom- und Gas tarifen oder -preisen entsprechen nach der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats billigem Ermessen, wenn der Versorger damit lediglich für ihn unvermeidbar gestiegene Bezugskosten an die Kunden weitergibt⁴⁷⁾ und diese Kosten nicht durch eine Reduzierung anderer Kosten seiner hierbei maßgeblichen Versorgungstätigkeit kompensiert werden.⁴⁸⁾ Nur in diesem Fall ist das vor der Erhöhung bestehende vertragliche Äquivalenzverhältnis gewahrt und dem Versorger die Möglichkeit genommen, durch einseitige Tarif- oder Preiserhöhungen einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Insofern gilt für das Billigkeitsurteil nach § 315 BGB das gleiche wie nach dieser Rechtsprechung für die Vereinbarkeit vertraglicher Preisanpassungsklauseln in Normsonderkundenverträgen mit § 307 Abs. 1 BGB.⁴⁹⁾ Der Versorger ist nach § 315 BGB auch zur Preissenkung verpflichtet, wenn sich seine Energiebezugpreise und/oder die übrigen Kosten seiner Versorgungstätigkeit entsprechend verringert haben.⁵⁰⁾ Preis-

37) Urteil vom 13.6.2007 (Fn. 2), Tz. 36; Urteil vom 19.11.2008 (Fn. 1), Tz. 16. Zur Kritik an dieser Rechtsansicht: *Markert*, RdE 2009, 61. In einem Urteil des LG Dresden vom 11.9.2008, RdE 2009, 33, wird eine Vereinbarung über den erhöhten Preis sogar schon dann angenommen, wenn der Kunde der Ankündigung der Erhöhung nicht umgehend widerspricht.

38) Ebenso OLG Hamm vom 29.5.2009 – I-19 U 52/08 –, unter II.1.

39) Urteil vom 13.6.2007 (Fn. 2), Tz. 28. Vgl. dazu auch das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 20.7.2005 – VIII ZR 199/04 –, ZMR 2005, 848 [851] = NJW-RR 2005, 1464, wonach in der vorbehaltlosen Zahlung einer auf eine nach § 557 Abs. 4 BGB unwirksame Anpassungsklausel gestützten einseitig erhöhten Miete keine stillschweigende Zustimmung des Mieters zu der Mieterhöhung gesehen werden kann. Vgl. auch das Urteil dieses Senats vom 11.11.2008 – VIII ZR 265/07 –, NJW 2009, 580 (amt. Leitsatz a): „Die vorbehaltlose Zahlung einer Rechnung rechtfertigt für sich weder die Annahme eines deklaratorischen noch eines tatsächlichen Anerkenntnisses der beglichenen Forderung.“

40) Zu diesen Voraussetzungen z. B. BGH vom 19.10.2005 – XII ZR 224/03 –, ZMR 2006, 107 [109] = NJW 2006, 219 (Tz. 22 ff.); OLG Düsseldorf vom 21.1.2009 – I-3 U 28/08 –, RdE 2009, 227 [228 f.].

41) BGH (Fn. 2), Tz. 13–17; BGH vom 8.7.2009 – VIII ZR 314/07 –, ZMR 2009, 903 (in diesem Heft), Tz. 14 – Stadwerke Delmenhorst. Diese Kontrolle ist auch nicht gegenüber der kartellrechtlichen Preishöhenkontrolle subsidiär (BGH, Fn. 2, Tz. 18).

42) BGH (Fn. 14), Tz. 27. Allerdings dürfte nach den vom BGH formulierten inhaltlichen Anforderungen an die Rechtswirksamkeit von Preisanpassungsklauseln die Feststellung, daß eine auf eine wirksame Klausel gestützte Preiserhöhung billigem Ermessen i. S. des § 315 BGB widerspricht, nur selten in Betracht kommen.

43) BGH (Fn. 8), Tz. 13, ZMR 2007, 943 [946]. Anders noch der Kartellsenat, Urteil vom 18.10.2005 – KZR 36/04 –, RdE 2006, 81, Tz. 10 – Stromnetznutzungsentgelt, der diese Position aber inzwischen aufgegeben hat (vgl. BGH, Fn. 9). Bei offener Nichteinigung der Parteien über den Anfangspreis hat der Kartellsenat des BGH im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisbestimmungsrecht des Lieferanten angenommen. Urteil vom 7.2.2006 – KZR 8/05 –, RdE 2006, 242, Tz. 12 – Stromnetznutzungsentgelt II.

44) BGH (Fn. 2), Tz. 36; BGH vom 8.7.2009 (Fn. 41), Tz. 16. Zur Kritik an dieser Rechtsansicht s. Fn. 31.

45) BGH vom 19.11.2008 (Fn. 1), Tz. 18–23; BGH vom 8.7.2009 (Fn. 41), Tz. 17. Zur Kritik an dieser Rechtsansicht s. Fn. 10.

46) BGH (Fn. 35), Tz. 17.

47) BGH vom 19.11.2009 (Fn. 1), Tz. 43; BGH vom 8.7.2009 (Fn. 41), Tz. 27.

48) BGH (Fn. 2), Tz. 21–26; BGH vom 19.11.2008 (Fn. 1), Tz. 30–44; BGH vom 8.7.2009 (Fn. 41), Tz. 33.

49) S. dazu oben unter 2. a).

50) BGH (Fn. 11), Tz. 26. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zur Vereinbarkeit von Preisanpassungsklauseln in Gaslieferverträgen für Normsonderkunden mit § 307 Abs. 1 BGB ist eine derartige Verpflichtung auch nach § 315 BGB konsequent. Sie läßt sich auch aus § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 EnWG folgern.

vergleiche mit anderen Versorgern von Haushaltskunden hat der VIII. Zivilsenat bisher nicht als geeignete Grundlage für die Beurteilung der Billigkeit⁵¹⁾ im Sinne dieser Vorschrift angesehen. Daß einseitige Tarif- oder Preiserhöhungen billigem Ermessen i.S. von § 315 BGB entsprechen, muß der Versorger darlegen und beweisen.⁵²⁾ Dabei ist auch der Beweis durch Zeugenaussagen von Mitarbeitern des Versorgers zulässig.⁵³⁾ Vom Versorger vorgelegte Wirtschaftsprüferstata sind als Parteivortrag zu werten.⁵⁴⁾ Soweit er sich auf zu schützende Geschäftsgeheimnisse bezieht, muß deren Schutz konkret erforderlich sein und mit

dem Anspruch des Kunden auf effektiven Rechtsschutz abgewogen werden.⁵⁵⁾

51) BGH vom 19.11.2009 (Fn.1), Tz. 48-51.

52) BGH (Fn.1), Tz. 28; BGH vom 8.7.2009 (Fn.41), Tz.19.

53) BGH (Fn.1), Tz. 37 f.

54) BGH vom 8.7.2009 (Fn.41), Tz.22 f. Zur nur begrenzten Beweiskraft von Parteigutachten, wenn gegen sie vom Prozeßgegner Einwände erhoben werden, z. B. auch BGH vom 2.6.2008 - II ZR 67/07 -, NJW-RR 2008, 1252.

55) BGH vom 19.11.2008 (Fn.1), Tz. 46 f.; BGH vom 8.7.2009 (Fn.41), Tz. 31.

Rechtsprechung

Entscheidungen ohne zusätzlichen Hinweis sind rechtskräftig. Leitsätze ohne besonderen Vermerk stammen von den jeweiligen Gerichten.

Miet- und Pachtrecht

Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen; Erforderlichkeit der Beweiserhebung bei Vorliegen eines vom Gegner bestrittenen Privatgutachtens über die unter Beweis gestellten Tatsachen

1. ZPO §§ 138, 286:

1. Die streitigen Erhöhungen der Gstarife unterliegen einer Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs.3 BGB. Einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Tarifen (Preisen) eines Gasversorgungsunternehmens in analoger Anwendung von § 315 Abs.3 BGB steht entgegen, daß sie der Intention des Gesetzgebers zuwider liefe.

2. Eine Beweiserhebung (hier: durch Zeugenvernehmung) ist nicht deshalb entbehrlich, weil die unter Beweis gestellten Tatsachen durch ein Privatgutachten belegt sind, dessen Richtigkeit der Gegner bestreitet, ohne die Unzulänglichkeit des Gutachtens substantiiert darzulegen.

BGH, Urteil vom 8.7.2009
VIII ZR 314/07

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen, die von der Beklagten einseitig vorgenommen wurden. Die in D. wohnenden Kläger bezogen als Tarifkunden Erdgas von der Beklagten, einem kommunalen Versorgungsunternehmen, das zum Zeitpunkt der streitigen Preiserhöhungen als einziges Unternehmen Privathaushalten im Stadtgebiet D. die leitungsgebundene Lieferung von Erdgas anbot.

Die Beklagte erhöhte den Arbeitspreis für Erdgas im Heizgastarif zum 1.10.2004 von 3,18 Cent/kWh auf 3,58 Cent/kWh, zum 1.10.2005 auf 4,16 Cent/kWh und zum 1.1.2006 auf 4,52 Cent/kWh (jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer). Die Kläger widersprachen der Preiserhöhung.

Mit ihrer Klage haben die Kläger die Feststellung begehrt, daß die von der Beklagten im dem zwischen den Parteien geschlossenen Gaslieferungsvertrag zum 1.10.2004, 1.10.2005 und 1.1.2006 vorgenommenen Erhöhungen des Arbeitspreises Erdgas unbillig und unwirksam seien.

Aus den Gründen:

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage für zulässig gehalten. Insbesondere haben die Kläger ein rechtl-

ches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Gaspreiserhöhungen (§ 256 Abs.1 ZPO).

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die streitigen Erhöhungen der Gstarife einer Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs.3 BGB unterzogen. Die Vorschrift findet Anwendung, denn mit den einseitig vorgenommenen Tarifierhöhungen auf der Grundlage von § 4 Abs.1 und 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV vom 21.6.1979, BGBl. I, 676), die auf den Streitfall noch anzuwenden ist, hat die Beklagte von einem ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrecht i.S. von § 315 Abs.1 BGB Gebrauch gemacht (vgl. BGHZ 172, 315, Tz.13, 17 = ZMR 2007, 946 [950]; Senatsurteil vom 19.11.2008 - VIII ZR 138/07 -, NJW 2009, 502, zur Veröffentlichung in BGHZ 178, 362 vorgeesehen, Tz.26) ...

Vertraglich vereinbart haben die Parteien hier zunächst den bei Abschluß des Gasversorgungsvertrages von der Beklagten geforderten Preis, auch wenn es sich bei diesem Preis um den allgemeinen Tarif der Beklagten für die leitungsgebundene Versorgung mit Gas handelte. Soweit die Beklagte in der Folgezeit gemäß § 4 Abs.1 und 2 AVB-GasV einseitig Preiserhöhungen vorgenommen hat, haben die Kläger die auf diesen Tarifen basierenden Jahresrechnungen unbeanstandet hingenommen. Indem sie weiterhin Gas bezogen haben, ohne in angemessener Zeit eine Überprüfung der Billigkeit etwaiger Preiserhöhungen nach § 315 BGB zu verlangen, ist auch über die von der Beklagten vor dem 1.10.2004 geforderten - gegenüber dem bei Vertragsschluß geltenden allgemeinen Tarif erhöhten - Preise konkludent eine vertragliche Einigung der Parteien zustande gekommen (vgl. BGHZ 172, 315, Tz.36; Senatsurteil vom 19.11.2008, a. a. O., Tz.16).

b) Für eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien bei Vertragsschluß oder später vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB wegen einer Monopolstellung der Beklagten ist kein Raum. Allerdings stand den Klägern nach den Feststellungen des AG im maßgeblichen Zeitraum ein anderer Gasanbieter nicht zur Verfügung. Die Beklagte war deshalb auf dem für die kartellrechtliche Beurteilung sachlich und räumlich relevanten Gasversorgungsmarkt marktbeherrschend (vgl. BGHZ 176, 244, Tz.12; BGHZ 151, 274 [282]). Gleichwohl ist eine entsprechende Anwendung des § 315 BGB nach der zu dieser Vorschrift entwickelten „Monopolrechtsprechung“