

11 U 4/10

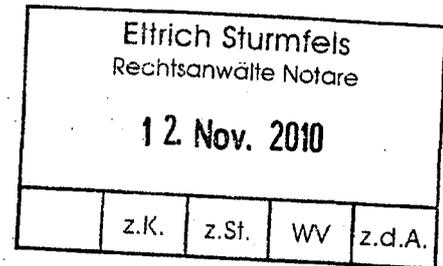
3/11 O 27/08 – Landgericht Ffm.

verkündet laut Protokoll am
09.11.2010

Mikschy, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Zur Geschäftsstelle gelangt am
09.11.2010

Mikschy, Justizangestellte



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES!

URTEIL

In dem Rechtsstreit

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.

Beklagte und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte zu 1 bis 12:
Rechtsanwälte Ettrich Sturmfels, Annastr. 7, 60322 Frankfurt/Main,

gegen

Stadtwerke Bad Homburg v. d. H., vertreten durch den Betriebsleiter und Direktor
Bernd Eller, Louisenstr. 148, 61348 Bad Homburg v.d.H.,

Klägerin und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Dr. Tüngler, Feldmühleplatz 1, 40545 Düsseldorf,

hat der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Weber, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Niedenführ und die Richterin am Oberlandesgericht Bonkas aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14.09.2010 für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten zu 1) bis 12) wird das Teilschlussurteil und Urteil der 11. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 9.10.2010 teilweise abgeändert und hinsichtlich der ehemaligen Beklagten zu 2) und 21) (jetzt Beklagte zu 1) und 11)) wie folgt neu gefasst:

Die Klage gegenüber den ehemaligen Beklagten zu 2) und 21) wird abgewiesen.

Von den Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten der Klägerin 1. Instanz hat die Klägerin 11 % zu tragen sowie die außergerichtlichen Kosten der ehemaligen Beklagten zu 2) und 21) 1. Instanz.

Im Übrigen verbleibt es bei der erstinstanzlichen Kostenentscheidung.

Von den Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten der Klägerin 2. Instanz tragen

die Klägerin 13 %,
die Beklagten zu 2) 3 %,
der Beklagte zu 3) und 7) je 4 %,
der Beklagte zu 5) 16 %,
der Beklagte zu 6) 13 %,
die Beklagten zu 8) 24 %),
die Beklagte zu 9) 7 % und
die Beklagten zu 10) und 12) je 8 %

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1) und 11) 2. Instanz hat die Klägerin zu tragen.

Im Übrigen tragen die Beklagten ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin begehrt von den Beklagten als ihren Abnehmern Zahlung restlicher Vergütung für die Gasversorgung, die aus einseitig von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen resultiert, um deren Wirksamkeit die Parteien streiten.

Die Klägerin ist ein Gas- und Wasserversorgungsunternehmen, das u.a. Haushaltskunden in Bad Homburg v. d. Höhe mit Erdgas beliefert. Die Beklagten beziehen Gas von der Klägerin zu unterschiedlichen Tarifen. Die Beklagten zu 1), 3), 4), 5), 7), 9), 10), 11), und 12) werden zu dem Heizgastarif für niedrige Anschlusswerte (4.620 bis 46.050 kWh/Jahr) H1G 040 und die Beklagten zu 6) und 8) zu dem Heizgastarif für höhere Anschlusswerte (30 – 35 kW) H1G 050 versorgt, welche von der Klägerin in ihrer Erdgas-Preisliste als sog. Sondervertragspreise bezeichnet werden; der Beklagte zu 2) wird zu dem als Allgemeinen Tarif bezeichneten Grundpreistarif H1G 010 (3.151 bis 4.619 kWh/Jahr) versorgt.

Der Beklagte zu 11) hatte unter dem 6.5.1981 einen Sonderabnehmervertrag über Gaslieferungen nach den allgemeinen Sondervertragspreisen des „Haushalts-Heizgartarifs (höhere Anschlusswerte)“ mit der Klägerin geschlossen; die Beklagten zu 1) trafen im Jahr 1978 eine inhaltsgleiche Vereinbarung mit der Klägerin. Wegen der Einzelheiten der beiden Verträge wird auf Bl. 502 bzw. 508 d.A. Bezug genommen. Die Beklagten zu 4), 7), 8), 9), 11) und 12) füllten jeweils ein Antragsformular auf „Inbetriebnahme einer Erdgasanlage“ bei der Klägerin aus (vgl. Anlagenkonvolut K 46, Bl. 648 – 655 d.A.). Im Falle des Vertragsschlusses durch Gasentnahme bei bereits vorhandenem Hausanschluss, wie bei den Beklagten zu 2),

3), 5), 6) und 10), bestätigte die Klägerin mit Standardschreiben gemäß Anlage K 42 den mit ihr abgeschlossenen Versorgungsvertrag.

Zum 1.10.2004, 1.1. und 1.10.2005, 1.1. und 1.8.2006 hob die Klägerin die Preise unter Hinweis auf gestiegene Bezugskosten an (vgl. die Aufstellung auf Seite 7 LGU). Allen Jahresverbrauchsabrechnungen war ein Informationsblatt gemäß Bl. 647 d. A. beigelegt. Die Beklagten widersprachen den Preiserhöhungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten.

Nachdem im Laufe des Rechtsstreits die ursprünglichen Beklagten zu 1), 3), 5), 10), 12), 15), 18), 23) und 24) nach Klagezustellung die geltend gemachten Forderungen beglichen haben, hat die Klägerin bzgl. dieser Beklagten – von diesen unwidersprochen - den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Die ursprünglichen Beklagten zu 6), 20) und 25) wurden durch rechtskräftiges Teilversäumnisurteil des Landgerichts antragsgemäß verurteilt.

Mit Teilschlussurteil und Urteil vom 9.10.2009 hat das Landgericht die jetzigen Beklagten zu 1) bis 12) vollumfänglich sowie den ursprünglichen Beklagten zu 26) bis auf einen geringfügigen Teilbetrag jeweils zur Zahlung der eingeklagten Beträge verurteilt. Gegen das am 12.10.2009 zugestellte Urteil haben von den ursprünglich 26 Beklagten 12 am 9.11.2009 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit am 4.1.2010 eingegangenem Schriftsatz begründet.

Die Beklagten rügen die Verletzung materiellen Rechts. Sie sind der Ansicht, Sondervertragskunden der Klägerin und nicht Tarifikunden zu sein. Eine einvernehmliche Vertragsänderung unter Mitwirkung der Beklagten zu 1) und 11) sei nicht erfolgt. Die in deren Sonderabnehmervertrag verwendete Preisanpassungsklausel verstoße gegen das Transparenzgebot und sei unwirksam. Die Beklagten, bei denen das Vertragsverhältnis zu der Klägerin durch Gasentnahme zustande gekommen sei, hätten sämtlich in den 80er-Jahren gleichlautende Sonderkundenverträge wie die Anlage B 6 abgeschlossen. Mit Ausnahme der Beklagten zu 8), 14), 16), 27) und 22) - richtig gemeint sind wohl die jetzigen Beklagten zu 4), 7), 8), 9, 11) und 12) - seien die AVBGasV nicht als Allgemeine

Geschäftsbedingungen Bestandteil ihrer Sonderverträge geworden. Außer den genannten Beklagten habe keiner der anderen Beklagten die AVBGasV von der Klägerin übersandt erhalten.

Außerdem hielten die Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle nicht stand. Insoweit bestünden Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellung im Rahmen der Beweiswürdigung durch das Landgericht. Dieses habe eine Steigerung des Bezugsleistungspreises im fraglichen Zeitraum um € 0,411 zugrunde gelegt. Wie es zu dieser Angabe durch die Klägerin gekommen sei und woher dieser Betrag stamme, habe letztlich keiner der von der Klägerin benannten Zeugen aufklären können.

Die Beklagten zu 1) bis 12) beantragen,

das am 9.10.2009 verkündete Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main – Az. 3/11 O 27/08 - aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens in erster Instanz. Zutreffend habe das Landgericht die streitgegenständlichen Gaslieferungsverträge als Tarifverträge eingeordnet. Sie behauptet, seit 1985 alle Haushaltskunden auf der Grundlage der AVBGasV zu versorgen. Abweichungen von den Bedingungen der AVBGasV habe es keine gegeben, so dass diese ausschließlich gegolten hätten. So hätten es die Parteien vereinbart und deswegen seien die Gaslieferungen zwischen ihnen jahrelang unbeanstandet zu diesen Konditionen abgewickelt worden. In allen Fällen werde der Kunde auf die Geltung der ABGasV/GasGVV hingewiesen und ihm ein Exemplar dieser Verordnungen ausgehändigt oder übersandt. Die mit den Beklagten zu 1) und 11) abgeschlossenen Sonderverträge seien auf neue Lieferbedingungen umgestellt worden. Grundlage dieser Vertragsänderungen sei § 4 der ursprünglich geschlossenen Verträge i.V.m. § 4 ABVGasV gewesen. Wegen dieser Vertragsänderung seien auch die Beklagten zu 1) und 11) in den hier relevanten Jahren 2004 bis 2006 uneingeschränkt zu den Konditionen der AVBGasV versorgt

worden. Alle Preisanpassungen seit 1985 seien auf der Grundlage von § 4 AVBGasV vorgenommen worden. Im Übrigen bestünden auch bei Einordnung der Verträge als Sonderkundenverträge keine Zweifel an der wirksamen Vereinbarung eines Preisanpassungsrechts gemäß § 4 AVBGasV. Dieses führe auch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung ihrer Vertragspartner.

Schließlich enthalte das angefochtene Urteil auch keine Fehler in der Tatsachenfeststellung. Die vorgenommenen Preisanpassungen seien aufgrund der Entwicklung ihrer Bezugskosten unumgänglich gewesen. Danach seien ihre Beschaffungsarbeitskosten im Zeitraum zwischen dem 1.10.2004 und den 30.9.2006 um insgesamt 1,563 Ct/kWh gestiegen, während sich ihre Absatzpreise im selben Zeitraum nur um 1,55 Ct/kWh erhöht hätten. Zusätzlich sei im Zeitraum vom 1.1.2004 bis zum 31.12.2006 auch ihr Beschaffungsleistungspreis um 0,44 Ct/kWh gestiegen, der Grundpreis für die Beklagten hätte sich indes nicht erhöht. Auch bei einer Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel folge ihr Zahlungsanspruch bei Nachweis der Billigkeit aufgrund der von den Beklagten im Zusammenhang mit den Preiswidersprüchen abgegebenen Erklärungen. Ferner ergebe sich dieser aufgrund einer ergänzenden Vertragsauslegung. Letztlich stehe auch der Zweck der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB der Festpreisabrede entgegen. Der ersatzlose Fortfall eines Preisanpassungsrechts führe zu einer einseitigen und unzumutbaren Belastung ihrerseits. Ohne die Preisanpassungsklausel sei ihr Preis nicht kostendeckend und spiegele keinesfalls den objektiven Wert des von den Beklagten bezogenen Gases wider.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 517, 519, 520 ZPO).

Sie hat indes nur in Bezug auf die Beklagten zu 1) und 11) Erfolg; hinsichtlich der übrigen Beklagten ist sie unbegründet.

1.

Die Beklagten haben ihre Bedenken gegen die Zulässigkeit der „Sammelklage“ in der Berufungsinstanz zu Recht nicht wiederholt. Insoweit hat schon das Landgericht das Erforderliche ausgeführt (vgl. Seiten 14/15 des Urteils). Die Klägerin macht im Wesentlichen gleichartige Ansprüche geltend (§ 60 ZPO). Die Voraussetzungen sind im Interesse der Prozesswirtschaftlichkeit weit auszulegen und immer dann zu bejahen, wenn eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung zweckmäßig ist. Dass gegenüber einzelnen Beklagten möglicherweise ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab in Betracht zu ziehen sein könnte, ist ebenso unerheblich wie etwa eine unterschiedliche Antragstellung [Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 60 Rn. 7].

2.

Die formelle Wirksamkeit der Tarifierhöhungen steht nicht im Streit.

Materiell hängt die Berechtigung der Erhöhungen davon ab, ob sie durch vertragliche oder gesetzliche Regeln gedeckt sind. Das ist in Bezug auf die Beklagten zu 1) und 11) zu verneinen. Insoweit wurden die von der Klägerin vorgenommenen Preiserhöhungen von den Parteien weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart, noch hatte die Klägerin ein wirksames einseitiges Preiserhöhungsrecht. Dagegen handelt es sich bei den anderen Beklagten um Tarifikunden, bei denen die AVBGasV unmittelbar kraft Gesetzes gilt und damit das in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV den Versorgungsunternehmen eingeräumte Preisänderungsrecht.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestimmt sich nach den Regeln des EnWG 1998.

Die Verträge sämtlicher Beklagter sind vor dem Inkrafttreten des neuen EnWG 2005 zustande gekommen. Das ergibt sich aus der Aufstellung in Anlage K 8, aus der zu ersehen ist, dass in allen Fällen bereits im Oktober 2004 eine Preiserhöhung vorgenommen worden ist, die Beklagten also bereits in vertraglichen Beziehungen zu der Klägerin standen. Eine Anpassung der Verträge auf das neue Recht gemäß §§

115, 116 EnWG 2005 findet erst nach Erlass der nach den §§ 38 f EnWG zu erlassenden Rechtsverordnungen statt, welcher erst zum November 2006 erfolgte. Die Anpassung ist daher für die jetzige Entscheidung ohne Bedeutung.

Der Berufung ist darin beizupflichten, dass es sich bei den Beklagten zu 1) und 11) nicht um Tarifikunden i.S. der zur Zeit der streitgegenständlichen Preiserhöhungen noch geltenden § 1 Abs. 2 AVBGasV handelt, sondern um Sondervertragskunden der Klägerin, so dass die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden nicht von Gesetzes wegen Bestandteil der Versorgungsverträge und die Klägerin nicht unmittelbar gemäß § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV zur Preisänderung befugt ist.

Aus dem Wortlaut der standardisierten Sonderabnehmerverträge der Beklagten zu 1) und 11) ergibt sich eindeutig, dass es sich hierbei nicht um einen Grundversorgungs- sondern um einen Sondervertrag handelt. So soll nach § 4 die AVBGasV nur subsidiär („soweit in diesem Vertrag nichts Anderes gesagt ist“) gelten. Dieser Regelung bedürfte es nicht, wenn die Klägerin das Angebot über Gaslieferungen nach den allgemeinen Sonderpreisen des „Haushalts-Heizgastarifs (höhere Anschlusswerte)“ im Rahmen ihrer Grundversorgungspflicht machen würde, da in diesem Fall die Bestimmungen der Gasgrundversorgungsverordnung von Gesetzes wegen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AVBGasV) Bestandteil der Versorgungsverträge wären. Noch deutlicher ergibt sich dies aus § 6, in dem es heißt, dass die Klägerin bei einer Nichtanzeige jeglicher Änderung im Anschlusswert der Verbrauchsstellen für Heizungen berechtigt ist, den Gasverbrauch der Kunden rückwirkend vom Zeitpunkt der Änderung der Gasheizungsanlage an nach dem allgemeinen Tarifpreis zu berechnen. Auch die Verwendung einer eigenständigen vertraglichen Preisanpassungsklausel wie in § 2 (2) wäre nicht erklärlich, wenn der Klägerin bereits ein gesetzliches Recht zur Preiserhöhung gemäß § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV zustünde.

Entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung sind diese Sonderverträge auch nicht im Wege der jahrzehntelangen unwidersprochenen Abwicklung nach den Bedingungen der AVBGasV in Tarifverträge umgewandelt worden.

Auch zur rechtsgeschäftlichen Änderung der Leistungsmodalitäten eines Schuldverhältnisses bedarf es nach § 311 Abs. 1 BGB grds. eines Vertrags. Sollen durch die Änderung nachträglich Allgemeine Geschäftsbedingungen einbezogen werden, ist § 305 Abs. 2 BGB entsprechend anzuwenden [vgl. Palandt-Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 305 Rn. 47; § 311 Rn. 5]. Dass zwischen den Beklagten zu 1) und 11) und ihr ausdrücklich eine einvernehmliche Vertragsänderung oder der Abschluss eines Änderungsvertrags erfolgt ist, behauptet auch die Klägerin selbst nicht. Soweit sie in diesem Zusammenhang vorträgt, bis 1985 seien schrittweise alle teilweise zuvor noch geschlossenen Sonderverträge auf die neuen Lieferkonditionen umgestellt worden und seit 1985 würden daher alle Gaslieferungsverträge mit Haushaltskunden einheitlich auf der Grundlage der AVBGasV bzw. seit kurzem auf der Grundlage der GasGVV als Nachfolgeverordnung abgewickelt werden, lässt sich hieraus auch keine stillschweigende Änderung herleiten. Wie sie ihr Angebot auf Umstellung der Lieferbedingungen im Außenverhältnis gegenüber den Beklagten zu 1) und 11) als Sondervertragskunden kommuniziert haben will, lässt sich dem Vorbringen der Klägerin nicht entnehmen. Der Klägervertreter hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat eingeräumt, ein entsprechendes Informationsschreiben nicht vorlegen zu können. Das Informationsblatt gemäß Anlage K 45, das die Klägerin im Zeitraum zwischen dem 1.1.1987 und 1.10.2009 allen Jahresverbrauchsabrechnungen beigelegt hat, bringt ein solches Ansinnen gegenüber den Kunden nicht zum Ausdruck. Dieses ist überschrieben mit „Allgemeine Vertragsbedingungen“. Eine Mitteilung an die Beklagten zu 1) und 11), dass hierdurch die gegenüber der AVBGasV anderweitigen, individualvertraglichen Regelungen in §§ 1, 2, 3, 5 und 6 der ursprünglich abgeschlossenen Sonderabnehmerverträge i.S. einer alleinigen Geltung der AVBGasV abgeändert werden sollten, war hiermit nicht verbunden und auch aus dem Wortlaut des Informationsblatts allein in keiner Weise erkennbar. Hinzu kommt, dass der Wortlaut der AVBGasV als Rechtsgrundlage der Gaslieferung in den Allgemeinen Vertragsbedingungen selbst nicht mitgeteilt wurde. Dieser findet sich auch nicht in dem Sondervertrag. Zwar hat der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, die AVBGasV sei den Beklagten zu 1) und 11) übersandt worden, ohne indes näher zu konkretisieren, wann und bei welcher Gelegenheit dies erfolgt sein soll. Auch der Umstand, dass seit 1985 Grundlage von Preiserhöhungen nicht mehr Beschlüsse der Betriebskommission, sondern die AVBGasV bildete, vermag

eine Vertragsänderung nicht zu begründen. Dass die Beklagten zu 1) und 11) auch nach 1985 über einen Zeitraum von mehreren Jahren das Vertragsverhältnis ohne Einwendungen fortsetzten, kann daher objektiv nicht als Ausdruck ihres Rechtsfolgewillens gewertet werden, die von der Klägerin angestrebte Änderung der Lieferbedingungen zu akzeptieren. Weder konnten die Beklagten zu 1) und 11) davon ausgehen, dass sie mit dem Weiterbezug des Gases im rechtsgeschäftlichen Bereich tätig wurden, noch konnte aus Sicht der Klägerin ihr Verhalten als Annahme eines Änderungsangebots ausgelegt werden. Es geht aber nicht an, dass die Klägerin im Gewande einer einseitigen bloßen Vertragsanpassung das Vertragsverhältnis materiell umgestaltet, statt zu dem dafür vorgesehenen Instrument eines Änderungsvertrags oder einer Änderungskündigung zu greifen.

Eine tatsächliche oder rechtliche Grundlage, die die Klägerin zur einseitigen Änderung der laufenden Verträge berechtigte, ist nicht ersichtlich. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus § 4 dieser Verträge i.V.m. § 4 AVBGasV, auf welchen sich die Klägerin in diesem Zusammenhang meint, stützen zu können. Zwar ermöglicht § 4 Abs. 1 AVBGasV es den Gasversorgungsunternehmen, im Rahmen von Tarifversorgungsverträgen ihre allgemeinen Tarife und Versorgungsbedingungen einseitig, d. h. ohne Mitwirkung ihrer Vertragspartner zu ändern. Zum einen fehlt es hier aber an einer wirksamen Einbeziehung der AVBGasV als Allgemeine Geschäftsbedingung in die Sonderverträge. Dass die Klägerin den Beklagten bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise die Kenntnisnahme des Verordnungstextes ermöglicht hätte (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB), ist nicht dargetan. Hinzu kommt, dass es für die Beklagten zu 1) und 11) überraschend i.S. von § 305 c BGB wäre, wenn durch eine Verweisungskette an Stelle der grds. Regelung in § 311 Abs. 1 BGB für den hier in Rede stehenden Sonderkundenbereich im Wege einer allgemeinen Verweisung auf die Rechtsvorschriften des AVBGasV ein einseitiges Recht zur Vertragsänderung begründet würde. Im Sonderkundenbereich hätte die Klägerin demnach ein solches Recht nur dadurch vereinbaren können, dass sie es in dem Vertrag ausdrücklich und damit für die Beklagten zu 1) und 11) klar und verständlich geregelt hätte. Solches ist indes nicht der Fall.

Für die Wirksamkeit der von den Beklagten zu 1) und 11) beanstandeten Preiserhöhungen kommt es deshalb darauf an, ob die Klägerin sich wirksam ein Preisänderungsrecht vorbehalten hat.

Das Preisbestimmungsrecht, das die Klägerin für sich in Anspruch nimmt, ergibt sich vorliegend nicht aus einer gesetzlichen Regelung. Es kann nur vertraglicher Natur sein. Erforderlich ist damit eine vertragliche Vereinbarung, und zwar entweder durch eine ausdrückliche Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin oder eine darin enthaltene Bezugnahme auf anderweitige Regelungen, die ein einseitiges Preisbestimmungsrecht begründen.

Gemäß Art. 229 Abs. 5 Satz 2 EGBGB ist ab dem 1.1.2003 auf Dauerschuldverhältnisse, zu denen auch die hier vorliegenden Sukzessivlieferungsverträge gehören, das BGB in der ab 1.1.2002 geltenden Fassung anwendbar.

Bei der von der Klägerin in die Sonderverträge einbezogenen Preisanpassungsklausel gemäß § 2 (2) handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung i.S. von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese unterliegt als Preisnebenabrede in jedem Fall der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB [st. Rspr., vgl. BGH Urt. v. 21.9.2005 – VIII ZR 38/05 unter II 1; BGHZ 138, 118 ff - Rn. 19 zu den Vorgängerregelungen in § 23 Abs. 2 Nr. 2 und § 9 AGBG].

Die Preisanpassungsklausel in § 2 (2) hält einer Inhaltskontrolle indes nicht stand, weil sie nicht hinreichend klar und durchschaubar ist und die Kunden der Klägerin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Sie ist daher nicht geeignet, ein einseitiges Preisanpassungsrecht der Klägerin zu begründen.

In Verträgen mit Verbrauchern sind an Ausgewogenheit und Klarheit von Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen hohe Anforderungen zu stellen. Diese müssen so beschaffen sein, dass der Vertragspartner Grund und Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer von dem Verwender vorgenommenen Erhöhung an der Ermächtigungsklausel selbst zuverlässig prüfen kann. Das Transparenzgebot soll verhindern, dass der Verwender durch einen ungenauen Tatbestand oder eine ungenaue Rechtsfolge

ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume in Anspruch nehmen und das Äquivalenzverhältnis zu seinen Gunsten verschieben kann. Es bedarf daher einer möglichst konkreten Festlegung der tatbestandlichen Voraussetzungen, unter denen das Preisänderungsrecht entsteht [OLG Oldenburg Ur. v. 5.9.2008 – 12 U 49/07 – Rn. 84]. Außerdem muss verhindert werden, dass das Versorgungsunternehmen nachträglich seinen in dem vereinbarten Preis enthaltenen Gewinnanteil erhöht und damit das Äquivalenzprinzip verletzt [BGH Ur. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/09 - Rn. 25; BGH Ur. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Rn. 18; BGHZ 176, 244 ff – Rn. 18]. Dementsprechend sind Preisanpassungsklauseln nur zulässig, wenn die Befugnis des Gasversorgers zu Preisanhebungen von Kostenerhöhungen abhängig gemacht wird und die einzelnen Kostenelemente sowie deren Gewichtung offen gelegt werden, so dass der andere Vertragsteil bei Vertragsschluss die auf ihn zukommenden Preissteigerungen einschätzen kann [BGH Ur. v. 21.9.2005 – VIII ZR 38/05 unter II 3; BGH Ur. v. 13.12.2006 – VIII ZR 25/06 – Rn.23 f; Ur. v. 11.10.2007 – III ZR 63/07 – Rn. 15]. Des Weiteren muss die Klausel eine Beschränkung der Erhöhung vorsehen. Ferner muss ihr zu entnehmen sein, dass der Gasversorger auch im Falle der Absenkung der Gasbezugskosten verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen [BGHZ 176, 244 ff – Rn. 26; vgl. auch BGH Ur. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/09 - Rn. 25].

Diesen Anforderungen wird die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsregelung offensichtlich nicht gerecht. Sie nennt kein einziges konkretes Kriterium, aus dem sich die sachlichen Voraussetzungen und der zulässige Umfang einer Preiserhöhung ergeben könnten. Die Formulierung „aufgrund eines Beschlusses der Betriebskommission für die Stadtwerke“ ist völlig konturlos und nicht berechenbar. Sie macht für den Kunden auch nicht annähernd vorhersehbar, in welchem Umfang Preisanhebungen auf ihn zukommen. Außerdem lässt die Klausel die uneingeschränkte Weitergabe von Bezugskostensteigerungen zu. Damit ermöglicht sie es der Klägerin, im Einzelfall auch höhere Preisanpassungen vorzunehmen, als sie der Kostenentwicklung bei der Bereitstellung von Erdgas entsprechen, und zusätzliche Gewinne zu erzielen. Sie gestattet es der Klägerin sogar, unabhängig von der Preisentwicklung bei Erdgas und ihren eigenen Kosten Preisanpassungen an den Marktverhältnissen bei anderen Energieträgern zu orientieren. Hinzu kommt, dass der Kunde auch gar nicht

erkennen kann, welche preisbildenden Faktoren die Klägerin bei der Bestimmung des Ausgangspreises zugrunde gelegt hat, wie sich die Preise bei Vorliegen eines Beschlusses der Betriebskommission für die Stadtwerke ändern sollen und nach welchen Regeln die neuen Preise berechnet werden. Damit bleibt für ihn undurchschaubar, ob er sich gegen eine Preiserhöhung wehren kann oder nicht. Schließlich enthält die Klausel keinerlei Verpflichtung der Klägerin zur Berücksichtigung und Weitergabe von Kostensenkungen, noch wird ihr durch die Preisanpassungsklausel die Wahl des Preisanpassungstermins vorgegeben. Somit steht es der Klägerin frei, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, und etwa erhöhten Gasbezugskosten umgehend, niedrigeren Gasbezugskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung durch eine Preisänderung ihren Kunden gegenüber Rechnung zu tragen. All dies eröffnet der Klägerin die Möglichkeit, das in den ursprünglich vereinbarten Gaspreisen zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu ihren Gunsten zu verändern.

Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Klägerin wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag oder die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kompensiert.

Ein angemessener Interessenausgleich einer benachteiligenden Preisanpassungsklausel setzt voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preiserhöhung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird [BGH Ur. v. 13.12.2006 – VIII ZR 25/06 – Rn. 30]. Daran fehlt es hier. Ein Sonderkündigungsrecht bei einer Änderung des Preises wird nach dem Sonderabnehmervertrag nicht eingeräumt. § 5 (2) sieht lediglich allgemein die Möglichkeit für den Kunden vor, das Vertragsverhältnis einen Monat vor Ablauf des Kalenderjahres zu kündigen, ohne dass damit sichergestellt wäre, dass die Kündigung vor Wirksamwerden der Preisänderung erfolgen kann. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, inwieweit die Beklagten im fraglichen Zeitraum überhaupt die Möglichkeit gehabt hätten, den Gasversorger zu wechseln. Ein Ausweichen auf einen anderen Energieträger ist in aller Regel nur mit erheblichem Kostenaufwand durchführbar bzw. für Mieter ohnehin unmöglich [ebenso OLG Oldenburg Ur. v. 5.9.2008 – 12 U 49/07 Rn. 90]. Außerdem geht aus dem eigenen Vorbringen der

Klägerin hervor, dass es vor dem 1.10.2007 keine alternative Gasanbieter in der Region gab (vgl. Bl. 524 d.A.).

Auch die Zuerkennung einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kann keinen Ausgleich für die fehlende Transparenz der Klausel verschaffen.

Der Kunde hat mangels Kenntnis der Preiskriterien keine realistische Möglichkeit, die Erhöhung des 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. Insofern kann die Kontrollmöglichkeit nach § 315 Abs. 3 BGB die notwendige Eingrenzung und Konkretisierung einer AGB-Klausel nicht ersetzen [Senat Ur. v. 5.5.2009 – 11 U 61/07 (Kart) – Rn. 47].

Entgegen der von der Klägerin vertretenen Auffassung vermag sie ein Preisänderungsrecht auch nicht auf § 4 AVBGasV zu stützen.

Die AVBGasV gilt kraft Gesetzes unmittelbar nur für Tarifkunden i.S. des § 10 Abs. 1 EnwG 1998 [BGHZ 176, 244 ff – Rn. 29]. Zwar erklärt § 4 des Sondervertrags die Vorschriften der AVBGasV für ergänzend anwendbar. Zunächst fehlt es vorliegend jedoch an einer wirksamen Einbeziehung der AVBGasV in die Sonderabnehmerverträge mit den Beklagten zu 1) und 11), da nichts dafür dargetan ist, dass ihnen bei Vertragsschluss die Möglichkeit verschafft wurde, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Darüber hinaus wäre wegen der eigenständigen Sonderregelung für Preisanpassungen in § 2 (2) für die Vertragspartner der Klägerin unklar, ob die subsidiäre Bezugnahme auf die AVBGasV auch die – ungeschriebenen – Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV umfasst [vgl. BGH Ur. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Rn. 23]. Insofern liegt der Streitfall hier anders als der vom Senat mit Ur. v. 13.10.2009 – 11 U 28/09 – entschiedene Sachverhalt. Denn dort wurde aus der Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners in den Klauseln der Allgemeinen Bedingungen des Gasversorgers nur die Form geregelt, in der die Preisanpassung

erfolgt, ohne dass daraus eine materielle Befugnis zur Preisänderung folgte, so dass dort die Kunden der Verweisung auf die AVBGasV ohne Weiteres entnehmen konnten, dass dem Gasversorger das Preisänderungsrecht allein mit dem in Bezug genommenen § 4 AVBGasV eingeräumt wurde. Dagegen sind hier in § 2 (2) inhaltliche Vorgaben zur Preisanpassungsbefugnis ausdrücklich vorgesehen, nämlich eine Beschlussfassung durch die Betriebskommission der Stadtwerke.

Ebenso wenig tritt an Stelle der unwirksamen Preisanpassungsklausel ein einseitiges Preisänderungsrecht in entsprechender Anwendung von § 4 AVBGasV.

Dieser ist nur auf den Tarifikundenbereich und nicht auf den Sonderkundenbereich anwendbar [vgl. BGHZ 176, 244 ff – Rn. 29]. Die Verordnung gibt dem Versorger kein allgemeines Preisanpassungsrecht, sondern das Recht zur Bestimmung und Änderung derjenigen allgemeinen Tarife, zu denen der Versorger nach § 6 EnWG jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen hat. Der Preis, den die Beklagten als Sondervertragskunden zu zahlen haben, ergibt sich jedoch nicht aus dem allgemeinen, für jedermann geltenden Tarif der Klägerin, sondern aus vertraglicher Vereinbarung. Auf einen solchen vereinbarten Preis findet das Tarifbestimmungsrecht des Versorgers weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung [BGHZ 176, 244 ff – Rn. 29].

Ebenso wenig ist der Klägerin ein auf § 315 BGB gegründetes Preisanpassungsrecht zuzuerkennen.

Diese Vorschrift ist nicht anwendbar, da die Parteien keine wirksame Befugnis zur einseitigen Leistungsbestimmung vereinbart haben und ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin sich auch nicht kraft Gesetzes ergibt.

Der Klägerin steht auch nicht aus anderen Gründen ein Recht zur Tarifierhöhung zu. Der Vertrag ist weiterhin wirksam. Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden, so bleibt der Vertrag grds. nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam. Anstelle der unwirksamen Geschäftsbedingung gelten die gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Der Vertrag ist gemäß § 306 Abs. 3 BGB nur dann insgesamt unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung derjenigen Inhaltsvorgaben, die sich aus den gesetzlichen Vorgaben ergeben, eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde.

Eine Rechtsnorm, die für Verträge über die Versorgung von Sonderkunden mit Gas eine Preisanpassungsmöglichkeit für den Fall vorsieht, dass sich die Bezugskosten des Gasversorgungsunternehmens ändern, ist nicht ersichtlich [BGH Ur. v. 28.10.2009 – VIII ZR 320/07 - Rn. 39]. Eine solche Anpassungsmöglichkeit folgt auch nicht als vertragsimmanente Gestaltung aus der Rechtsnatur des Versorgungsvertrags [BGH a.a.O. Rn. 40]. Wie bereits ausgeführt, rechtfertigt auch die § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV für das Preisänderungsrecht beizumessende Leitbildfunktion es nicht, diese Bestimmung nach § 306 Abs. 2 BGB als dispositives Recht heranzuziehen [BGH a.a.O. Rn. 42]. Hinzu kommt, dass es für die Beklagten zu 1) und 11) überraschend i.S. von § 305 c BGB wäre, wenn durch eine Verweisungskette an die Stelle einer unwirksamen Preisanpassungsklausel ein einseitiges Preisgestaltungsrecht der Klägerin treten würde.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin durch den ersatzlosen Wegfall der Preisanpassungsklausel unzumutbar benachteiligt würde. Denn gemäß § 5 (2) kann sie den geschlossenen Vertrag mit einer Frist von einem Monat zum Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres kündigen und auf eine neue Grundlage stellen, welche eine den Anforderungen des BGH genügende Erhöhungsklausel vorsieht. Die Kündigung wird im Regelfall nicht zum Verlust des Kunden führen, weil dieser an der Fortsetzung des Vertrags ein Interesse hat, das er nicht ohne Weiteres an anderer Stelle einlösen kann. Diese Regelung ist daher ausreichend, um eine unzumutbare Härte für die Klägerin zu vermeiden. Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt und die Beklagten durch das Fehlen der Möglichkeit zu einer Preisanpassung ungerechtfertigte Vorteile erhalten mögen, so führt dies nicht ohne Weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis [vgl. BGHZ 176, 244 – Rn. 33; BGH Ur. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Rn. 26]. Insoweit muss sich die Klägerin darauf verweisen lassen, dass das Risiko der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen grds. den Verwender trifft. Sonstige Umstände für eine seitens der Klägerin nicht mehr hinnehmbare grundlegende Störung des vertraglichen Gleichgewichts sind nicht dargetan. Da eine wirksame Preisvereinbarung besteht, werden die Beklagten auch nicht „ungerechtfertigt“ bereichert.

Mit diesen Erwägungen ist der Klägerin auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht entsprechend § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV zuzubilligen.

Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt [BGHZ 90, 69 (77 f); 137, 153 (157); BGH Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 274/06 – Rn. 25]. Die Versagung eines Preiserhöhungsrechts in Anwendung der Grundsätze aus dem Urteil des BGH a.a.O. trifft die Klägerin jedoch nicht unzumutbar. Dass die Kündigung nur in die Zukunft gerichtet ist und Vorfinanzierungskosten entstehen könnten, ist nicht ausreichend, da das Risiko einer Änderung einer flexiblen Kalkulationsgrundlage jedem Vertrag inne liegt. Es führt auch zu keiner anderen Beurteilung, dass die Klägerin in dem hier relevanten Zeitraum möglicherweise aus kartellrechtlichen Gründen gehindert war, eine Änderungskündigung auszusprechen, weil kein anderer Gasanbieter zur Verfügung stand; denn sie war jedenfalls nicht an einer ordentlichen Kündigung gehindert mit der Folge, dass die Kunden dann als Tarifikunden zu allgemeinen, von ihr im Rahmen der Billigkeit zu bestimmenden Tarifen hätten beliefert werden müssen. Dass aus anderen Gründen diese Verfahrensweise unzumutbar wäre – so wird z. B. eine Existenzvernichtung für kleinere Stadtwerke für möglich gehalten [vgl. dazu Rosin/Mätzing, Inhalt und Auswirkungen des Urteils des BGH-Kartellsenats vom 29.4.2009, RdE 2008, 225, 227 und 229/230] – ist hier nicht dargelegt und auch für die Klägerin nicht anzunehmen. Im Übrigen scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung auch daran, dass verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zur Ausfüllung der vertraglichen Regelungslücke in Betracht kommen und kein Anhaltspunkte dafür besteht, welche Regelung die Parteien getroffen hätten.

Ebenso wenig kann ein Preisanpassungsrecht der Klägerin aus den Grundsätzen der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB hergeleitet werden.

Bereits die Störung der Geschäftsgrundlage ist nicht erkennbar. Zur Geschäftsgrundlage gehören alle nicht zum Vertragsinhalt erhobenen, aber bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Vertragsparteien sowie einseitige, dem anderen erkennbare Vorstellungen einer Vertragspartei vom Fortbestand oder Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille auf dieser Vorstellung aufbaut. Einen Wegfall oder eine maßgebliche Änderung solcher Umstände hat die Klägerin nicht dargetan. Weiterhin ist Voraussetzung eines auf § 313 Abs. 1 BGB beruhenden Anpassungsrechts, dass der Berechtigte sich erfolglos um eine Anpassung bemüht hat [Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 313 Rn. 41]. Hier wurden die Erhöhungen jedoch von der Klägerin einseitig vorgegeben und es ist kein Anpassungsbemühen erkennbar.

Nach alledem steht der Klägerin gegenüber den Beklagten zu 1) und 11) ein Recht zur einseitigen Änderung des Gaspreises nicht zu, so dass die streitigen Preiserhöhungen schon deshalb unwirksam sind. Da sich auch die Preisänderungsklausel in § 2 (2) der Sonderverträge als unzulässig erweist, war insoweit für eine Billigkeitsprüfung kein Raum.

Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich der von ihr geltend gemachte Zahlungsanspruch trotz Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel bei Nachweis der Billigkeit nicht aufgrund der von den Beklagten im Zusammenhang mit den Preiswidersprüchen abgegebenen Erklärungen herleiten.

Dass die Beklagten mit ihren Widerspruchsschreiben eine rechtsverbindliche Erklärung des Inhalts abgegeben wollten, Preisanpassungen stets dann zu akzeptieren, wenn und soweit sie angemessen sind bzw. billigem Ermessen entsprechen, lässt sich nicht feststellen. Ein solches Erklärungsbewusstsein konnte auch aus Sicht der Klägerin nicht angenommen werden.

Rechtlich ohne Relevanz ist schließlich, dass die Beklagten zu 1) und 11) die von der Klägerin einseitig vorgenommenen Gaspreiserhöhungen zum 1.10.2004 und 1.1.2005 und die drauf basierenden Jahresabrechnungen ohne Beanstandung hingenommen haben.

Bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens aufgrund einer unwirksamen Preisanpassungsklausel kann das Unterbleiben eines

Widerspruchs durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden. Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne Weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Eine Übertragung der insoweit ergangenen Rechtsprechung zu einseitigen Preiserhöhungen in einem Tarifikundenvertrag hat der Bundesgerichtshof auf Fälle, in denen nicht (nur) die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit steht, sondern in denen es bereits – wie hier – an einem wirksamen Preisanpassungsrechts des Versorgungsunternehmens fehlt, weil die Preisanpassungsregel unwirksam ist, ausdrücklich abgelehnt [BGH, Ur. v. 14.7.2010 – VIII ZR 246/08 – Rn. 57 ff].

Demgegenüber hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass die von der Klägerin den übrigen Beklagten gegenüber vorgenommenen Gaspreiserhöhungen wirksam waren. Bei diesen handelt es sich um Tarifikunden i.S. des § 1 Abs. 2 AVBGasV mit der Folge, dass die AVBGasV als Rechtsvorschrift von Gesetzes wegen nach § 6 Abs. 1 EnWG a.F. i.V.m. § 1 AVBGasV auf ihr Versorgungsverhältnis anzuwenden ist. Damit sind die Regelungen in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV, welche dem Versorgungsunternehmen u. a. ein Preisänderungsrecht einräumen [BGH NJW 2007, 2540 (2541) – Rn. 14 ff; NJW 2009, 502 (504) – Rn. 26], als Rechtsgrundlage für die in Rede stehenden Preiserhöhungen heranzuziehen.

Die Begriffe Tarifkunde und Sondervertragskunde sind gesetzlich nicht definiert. Die Abgrenzung zwischen Tarifikundenverträgen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998, § 1 Abs. 1 ABVGasV, jetzt Grundversorgungsverträge, § 36 EnWG 2005) und Normsonderkundenverträgen mit Haushaltskunden richtet sich danach, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den allgemeinen Vorschriften anbietet oder ob das Angebot unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit erfolgt [BGH Ur. v. 15.7.2009 – VIII ZR 225/07, Rn. 14].

Welche Art von Vertrag vorliegt, bestimmt sich nach der konkreten Vertragsgestaltung und muss durch Auslegung ermittelt werden. Für die Einordnung eines Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunde ist letztlich nicht die von dem Versorgungsunternehmen selbst gewählte Bezeichnung der rechtlichen Belieferungsgrundlagen oder -bedingungen entscheidend [OLG Frankfurt/M., Ur. v. 5.5.2009 – 11 U 61/07 – Rn. 23; Ur. v. 13.9.2009 – 11 U 28/09 - Rn. 41]. Die Beklagten zu 4), 7), 8), 9) und 12) werden deshalb nicht schon dadurch zu Sondervertragskunden, dass der von der Klägerin abgerechnete Tarif als „Sondervertragspreis“ bezeichnet ist (vgl. Erdgaspreisliste ab 1.4.2002 – Bl. 451 d.A. bzw. ab 1.10.2005 - Bl. 509 d.A.). Auch führt nicht jeder gegenüber dem allgemeinen Tarif günstigere Preis zur Einordnung des betreffenden Vertrags als Sondervertrag, zumal der Gesetzgeber in § 10 Abs. 1 EnwG 1998 den Versorgungsunternehmen die Möglichkeit eingeräumt hat, mehrere Allgemeine Tarife oder Allgemeine Preise zu bilden. Vielmehr sind auch im Rahmen des allgemeinen Tarifs Staffelpreise vorstellbar. Ein Sondervertrag liegt vor, wenn die Belieferung nicht zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen der AVBGasV, sondern zu anderen Konditionen erfolgt [OLG Frankfurt/M., a.a.O.].

Anders als in den zitierten Entscheidungen des Senats bezogen die Beklagten hier das Gas indes nicht im Rahmen so bezeichneter Sonderverträge und zu Bedingungen, die von der AVBGasV teilweise abweichen und diese nur als ergänzende Regelung einbeziehen.

Insoweit gab es hier bei dem Vertragsabschluss zwei Varianten, und zwar je nachdem, ob es sich um einen Neuanschluss oder um den Bezug von Gas aus einem bereits vorhandenen Hausanschluss handelt. Aus dem Wortlaut des von den Beklagten zu 4), 7), 8), 9) und 12) jeweils ausgefüllten Antragsformulars auf Inbetriebnahme/Übernahmen einer Erdgasanlage gemäß Anlage K 46 ergibt sich keinerlei Hinweis darauf, dass es sich dabei um Angebote zum Abschluss eines Sondervertrags handelt. Vielmehr bestätigten die Beklagten zu 4), 7), 8) und 9) mit ihrer Unterschrift ausdrücklich, die AVBGasV ausgehändigt erhalten zu haben bzw. im Falle des Beklagten zu 12), die bei der Klägerin zur Einsichtnahme ausliegende AVBGasV als verbindlich anzuerkennen. Danach erfolgt die Gasversorgung für diese Beklagten ersichtlich auf der Grundlage der AVBGasV. Hinweise auf von der AVBGasV abweichende Sonderbestimmungen, welche vorrangig gelten, sind nicht

vorhanden. Dass solche neben den AVBGasV mit ihnen vereinbart wurden, behaupten auch die Beklagten selbst nicht. Unstreitig hat die Klägerin für ihre als Sondervertragspreise bezeichneten Tarife auch keine Allgemeinen oder Besonderen Geschäftsbedingungen formuliert. Entsprechend kommt auch in den Allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin gemäß Anlage K 45, welche im Zeitraum zwischen dem 1.1.1987 und 1.10.2009 unstreitig allen ihren Rechnungen beigelegt war, keine Unterscheidung zwischen Tarif- und Sondervertragskunden zum Ausdruck. Vielmehr ist danach Rechtsgrundlage der Gaslieferung die AVBGasV sowie die GasGVV. Allein der Umstand, dass die Beklagten zu 4), 7), 8), 9) und 12) Gas zu den Bedingungen des Heizgastarifs H1G 040 bzw. H1G 050 von der Klägerin bezogen, welche Kunden einräumt werden, deren Verbrauchsstellen für Heizgas die genannten Anschlusswerten erreichen, führt nicht dazu, dass die Angebote dieser Tarife aus der – maßgeblichen – Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers auf den Abschluss von Sonderverträgen abzielen. Hiergegen spricht schon der Umstand, dass auch der von der Klägerin ausdrücklich unter „Allgemeine Tarife“ eingeordnete Kleinverbrauchs- und Grundpreistarif H1G 00 bzw. H1G 010 jeweils bezogen ist auf und kalkuliert nach Kategorien von Verbrauchern, die insbesondere nach der differierenden abgenommenen Menge an Gas definiert werden. Wie bereits oben dargelegt, ist die Bezeichnung des Tarifs durch das Versorgungsunternehmen letztlich ohne Relevanz, zumal mehrere Tarife innerhalb des allgemeinen Tarifs möglich sind. Demnach kommt auch den verwendeten Begrifflichkeiten in den klägerseits an die Beklagten gerichteten Preiserhöhungsinformationen und Rechnungen (vgl. etwa Bl. 456 d. A.: „Erhöhung der Erdgaspreise (Sondervertragsbereich) ab 1.1.2008“; Bl. 549 d.A.: „Anhebung der Erdgas-Arbeitspreise im Sonderkundenbereich ab 1.1.2008“) keine Bedeutung zu. Dies gilt gleichermaßen auch für die von der Klägerin auf der Rückseite ihrer Ergas-Preislisten in ihren Erläuterungen zur Konzessionsabgabe vorgenommene Unterscheidung zwischen „sonstigen Tariflieferungen“ und der „Belieferung von Sondervertragskunden“ (vgl. Bl. 511 d.A.). Entscheidend ist die eindeutige Ausgestaltung des Antragsformulars, welche nach dem Empfängerhorizont des angesprochenen Kunden die Eingehung eines Tarifkundenvertrags mit unmittelbarer Geltung der Vorschriften der AVBGasV nahe legt.

Nichts Anderes gilt in Bezug auf die Beklagten zu 2), 3), 5), 6) und 10), bei welchen der Vertrag faktisch mit bloßer Aufnahme des Gasbezugs aus dem Verteilungsnetz der Klägerin zustande kam. Insoweit handelte es sich hierbei lediglich um einen Tarifikundenvertrag, § 1 Abs. 2 AVBGasV, welcher mithin von vornherein den AVBGasV unterlag. Auch hier weist die Klägerin in ihrem Bestätigungsschreiben gemäß Anlage K 42 ausdrücklich auf die Geltung der GasGVV (früher AvBGasV) für das Vertragsverhältnis hin. Anhaltspunkte dafür, wann und durch welche Umstände diese Vertragsverhältnisse später in Sonderkundenverträge umgewandelt wurden, sind nicht greifbar. Insoweit ist die Behauptung der Beklagten, dass in den 80er-Jahren Verträge abgeschlossen wurden, in denen die für den Sonderkundenstatus maßgeblichen Vertragsbedingungen entsprechend der Anlage B 6 vereinbart worden seien, durch nichts belegt. Schließlich enthält auch das an den Beklagten zu 3) gerichtete Schreiben der Klägerin vom 11.10.2009 kein Angebot zu einer Vertragsänderung diesem gegenüber. Soweit sie darin eine Kündigung ihrer Sonderpreisregelung und Einstellung der Belieferung zu den Konditionen des Heizgas-Sondertarifs in Aussicht stellt unter Hinweis darauf, dass für sie eine allgemeine Versorgungspflicht gesetzlich nur im Rahmen der allgemeinen Tarife bestehe, liegt dem ersichtlich eine falsche Einordnung seitens der Klägerin zugrunde. Dies wird schon daran erkennbar, dass sich das dem Schreiben als Anlage beigefügte Gutachten WIBERA vom 11.10.2006 zu dem Anstieg der Gasbezugskosten zwecks Erklärung der Gaspreisentwicklung bei den Sondervertragskunden (H1G 040, H1G 050, G1G 330 und G1G 340) verhält, der Beklagte zu 3) aber unstreitig Gas zu dem Tarif H1G 010 von der Klägerin bezieht.

Mit Recht hat das Landgericht auch die Billigkeit der einzelnen Gaspreiserhöhungen nach § 315 Abs. 3 BGB bejaht.

Diese ist grds. gegeben, wenn das Versorgungsunternehmen mit der Preiserhöhung lediglich gestiegene Betriebskosten an den Tarifikunden weitergibt. Erst recht steht die Billigkeit einer Preiserhöhung nicht in Frage, wenn das Versorgungsunternehmen Bezugskostensteigerungen darlegt, die höher sind als die Preissteigerungen gegenüber dem Kunden [BGH Urt. v. 13.6.2007 – VIII ZR 36/06 - Rn. 21; BGH Urt. v. 19.11.2008, NJW 2009, 502 ff – Rn. 30 f], wobei dieses bzgl. der Billigkeit der im Streit stehenden Preiserhöhungen darlegungs- und beweisbelastet ist. Hiervon ist

auch das Landgericht ausgegangen. Dass das Landgericht im Anschluss an die durchgeführte Beweisaufnahme den Nachweis seitens der Klägerin als erbracht ansah, mit den von den Beklagten angegriffenen Preiserhöhungen ausschließlich ihre gestiegenen Bezugskosten zu refinanzieren und diese margenneutral umgelegt zu haben, ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

Zutreffend hat das Landgericht festgestellt, dass die von der Klägerin zahlenmäßig pro Kilowattstunde spezifizierten Beschaffungsarbeitskosten in dem Zeitraum vom 1.10.2004 bis April 2006 in größerem Maße angestiegen sind (1,563 Ct/kWh) als die von ihr in demselben Zeitraum verlangten Arbeitspreise (1,55 Ct/kWh).

Der bei der Klägerin beschäftigte Zeuge hat bestätigt, dass die in den tabellarischen Angaben auf Seite 13 der Klageschrift bzw. Seite 11 des Schriftsatzes vom 5.5.2009 dargestellte Entwicklung der Bezugskosten der von der Vorlieferantin, der gefertigten Aufstellung entspricht und von dieser tatsächlich auch quartalsweise mitgeteilt und aufgrund der in dem Liefervertrag mit der Klägerin enthaltenen Preisformel angefordert wurde. In diesem Zusammenhang erläuterte der Zeuge die Wirkungsweise der vertraglich vereinbarten 6-3-3- Ölpreisbindung, auf deren Grundlage die Erhöhungen jeweils erfolgten. Über diese vertragliche Grundlage hinausgehende Erhöhungen der schloss der Zeuge ausdrücklich aus. Darüber hinaus war sich der Zeuge sicher, dass die Bezugskosten nur die Erhöhung der Arbeitspreise berücksichtigten und von einem Anstieg des Bezugsleistungspreises unbeeinflusst waren, dessen Steigerung nicht weitergegeben wurde. Dies korrespondiert mit der Aussage des Zeugen , dessen Bekunden zufolge sich eine Weitergabe des gestiegenen Leistungspreises in einer Anpassung des Grundpreises niedergeschlagen hätte, welche der Zeuge im Massenkundenbereich indes mit Sicherheit ausschließen konnte. Dass es sich hierbei um die Haushaltskunden handelt, auf welche sich der Streitgegenstand dieses Verfahrens und damit auch die Befragung der Zeugen alleine beschränkte, erschließt sich im Übrigen aus der von dem Zeugen vorgenommenen Abgrenzung zu den Industriekunden, bei welchen er eine entsprechende Weitergabe der Leistungspreiserhöhung nicht auszuschließen vermochte.

Soweit der Aussage des Zeugen zufolge der von der Klägerin aufgeführte Anstieg des Bezugsleistungspreises im fraglichen Zeitraum von 0,411 Ct/kWh seinerzeit von dem Zeugen auf seine inhaltliche Richtigkeit errechnet und

nachgeprüft worden sei, während der Zeuge bei seiner Befragung nicht in der Lage war, zur Höhe dieses Wertes im Einzelnen Stellung zu nehmen, beeinträchtigt dies den Beweiswert der Aussagen nicht. Zum einen hätte eine solche Erläuterung eine detaillierte Erinnerung an die zugrunde liegenden Zahlen und der für die Änderung maßgeblichen Preisformel vorausgesetzt, welche angesichts des eingetretenen Zeitablaufs nicht zu erwarten war. Da die streitgegenständlichen Preisanpassungen und deren Grundlage auch nicht Gegenstand des dem Zeugen mitgeteilten Beweisthemas waren, lag für diesen auch nicht nahe, sich zu diesem Punkt, insbesondere den Anstieg des Bezugsleistungspreises vorab zu informieren. Zum anderen ist der diesbzgl. Vortrag der Klägerin für die in Rede stehenden Preiserhöhungen auch irrelevant, weil bereits der von dem Zeugen bestätigte Anstieg der Bezugsarbeitskosten die Erhöhung des von ihr verlangten Absatzarbeitspreises überstieg.

Der Senat verkennt nicht, dass es sich bei den genannten Zeugen um Mitarbeiter der Klägerin handelt. Gleichwohl ist keine hinreichende Absicht der Zeugen ersichtlich, zu Gunsten der Klägerin eine falsche Aussage zu machen. Abgesehen davon handelt es sich bei dem Gegenstand ihrer Vernehmung um Zahlen, die in der Buchhaltung der Klägerin durch Unterlagen dokumentiert waren oder noch sind, so dass die Richtigkeit der Zeugenaussagen ohne Weiteres hätte nachgeprüft werden können. Es ist eher unwahrscheinlich, dass die Zeugen unter diesen Umständen das Risiko einer falschen Aussage eingegangen sind.

Allerdings kann die Weitergabe solcher Kostensteigerungen unbillig sein, die der Versorger unter Berücksichtigung seines unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte [BGH, Urt. v. 19.11.2008, a.a.O., Rn. 43]. Dazu enthält der Parteivortrag jedoch keinerlei greifbaren Anhaltspunkte. Ebenso kann eine mit Bezugpreissteigerungen begründete Preiserhöhung unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen hätte ausgeglichen werden können [BGH, Urt. v. 19.11.2008, a.a.O., Rn. 39]. Auch insoweit hat sich weder aus dem Parteivortrag noch aus der Zeugenvernehmung etwas zu Gunsten der Beklagten ergeben. Der Zeuge hat solches auf Grundlage der von ihm selbst gefertigten Kosten- und Leistungsrechnung gemäß

Anlage K 32 verneint und nachvollziehbar dargelegt, dass stets ein gewisses Quantum für laufende Unterhaltungs- und Reparaturmaßnahmen vorgehalten werden müsse, um im Hinblick auf die Reparaturbedürftigkeit alter Netze Gefährdungen auszuschließen.

Unerheblich ist schließlich der Vorwurf der Beklagten, die Klägerin hätte den bestehenden Liefervertrag mit der vorzeitig beenden und sich auf dem Wettbewerbsmarkt nach günstigeren Vorlieferanten umsehen müssen. Die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB betrifft nur das Vertragsverhältnis zwischen der die Leistung bestimmenden und der dieser Bestimmung unterworfenen Parteien. Diese Regelung kann indes nicht herangezogen werden, um auch die auf einer vorgelagerten Stufe der Lieferkette vereinbarten Preise einer Billigkeitskontrolle zu unterziehen [BGH Ur. v. 13.6.2007 – VIII ZR 36/06 - Rn. 27]. Darüber hinaus hat der Zeuge aber auch bestätigt, dass trotz wiederholter Bemühungen um einen günstigeren Gasbezug während der Laufzeit des Liefervertrags von 1993/94, insbesondere in dem Zeitraum ab 2004 vor dem 1.10.2007 kein Anbieter bereit gewesen sei, die Klägerin überhaupt zu beliefern. Selbst auf eine Mitte 2007 an sechs namhafte Lieferanten gerichtete Ausschreibung in Bezug auf die gesamten klägerseits benötigten Gasmengen seien lediglich von zwei Lieferanten Angebote abgegeben worden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, 2 (in Bezug auf den Beklagten zu 4); 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO; 26 Nr. 8 EGZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen nach § 543 ZPO nicht gegeben sind. Der Senat hat nur anerkannte Rechtsgrundsätze auf den Einzelfall angewendet.

Dr. Weber

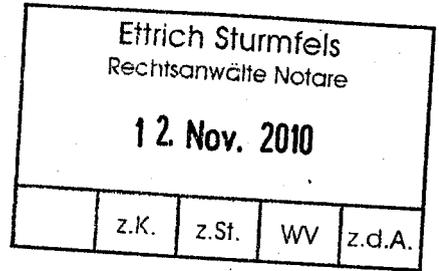
Vors. Richter am Oberlandesgericht

Dr. Niedenführ

Richter am Oberlandesgericht

Bonkas

Richterin am Oberlandesgericht



OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

u.a. gegen Stadtwerke Bad Homburg v. d. H.

wird der Streitwert für das Berufungsverfahren auf 5.721,83 € festgesetzt.

Frankfurt am Main, den 8. November 2010

Oberlandesgericht, 11. Zivilsenat

Dr. Weber
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Dr. Niedenführ
Richter am Oberlandesgericht

Bonkas
Richterin am Oberlandesgericht