



Kammergericht

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
21 U 160/06
34 O 611/05 Landgericht Berlin

verkündet am : 28.10.2008
Misiek
Justizhauptsekretärin

In dem Rechtsstreit

der GASAG Berliner Gaswerke AG,
vertreten d. d. Vorstand Andreas Prohl, Dipl.
Kfm. Georges Hoffmann und Olaf Czernomoriez,
Reichpietschufer 60 - 62, 10785 Berlin,

Beklagten und Berufungsklägerin,

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Helmdach & AHCin,
Wielandstraße 18, 10629 Berlin -

g e g e n

1. pp.

2. pp.

3. 1

4. 1

5. 1

6. 1

7.

- Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Hennig . Krebs . Oels . Bühler,
Leibnizstraße 60, 10629 Berlin -

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstr. 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2008 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht Klum, die Richterin am Kammergericht Kruse und den Richter am Kammergericht Bigge

f ü r R e c h t e r k a n n t :

Auf die Berufung der Beklagten wird – unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels – das am 19. Juni 2006 verkündete Urteil der Zivilkammer 34 des Landgerichts Berlin – 34 O 611/05 – teilweise geändert.

Die Klage der Kläger zu 6, 38 und 40 wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e

I.

Die Kläger beziehen von der Beklagten Erdgas zum Heizen oder Kochen. Sie wenden sich in einer gemeinsam angestregten Feststellungsklage gegen die Wirksamkeit einer Preiserhöhung seitens der Beklagten.

Die Kläger werden zu verschiedenen Tarifen mit Gas beliefert, nämlich zu den Tarifen

GASAG-Vario 1 – abhängig vom Verbrauch (3.001 bis 15.000 kwh/Jahr)

GASAG-Vario 2 – abhängig vom Verbrauch (15.001 bis 96.000 kwh/Jahr)

GASAG-Fix 1 und 2 – abhängig von der Vertragslaufzeit

GASAG-Aktiv – bei Erdgas-Heizung und einem Verbrauch von 8.000 bis 300.000 kwh/Jahr.

Die Beklagte erhöhte zum Oktober 2005 durch Erklärung gegenüber den jeweiligen Klägern zu 1 bis 5, 7 bis 37, 39 sowie 41 bis 43 die Gaspreise, nachdem sie bereits im November 2004 die Preise in den Tarifen Vario 1 und 2 und Aktiv um 0,003 EUR/kWh erhöht hatte. Gegenüber den Klägern zu 6 (■■■■■■■■■■), 38 (■■■■■■■■■■) und 40 (■■■■■■■■■■), die zu den Tarifen GASAG-Fix 1 bzw. 2 beliefert werden, bot die Klägerin neue Verträge zum 1. Oktober 2005 zu erhöhten Preisen an. Diese Kläger widersprachen der Preiserhöhung, kündigten die Verträge jedoch nicht. Sie werden weiter von der Beklagten beliefert.

Die Beklagte beruft sich in erster Linie auf ein Preisänderungsrecht nach §§ 4 Abs. 1, 2 AVBGasV. Sie hält die Kläger für Tarifikunden im Sinne des EnWG 1998. Gegenüber den Klägern zu 6, 38 und 40 beruft sie sich darauf, daß nach ihren Geschäftsbedingungen der Vertrag zu den veränderten Bedingungen fortgesetzt worden sei.

Die Kläger haben beantragt,

festzustellen, daß die von der Beklagten in den zwischen der Beklagten und jedem einzelnen von ihnen geschlossenen Gaslieferungsverträgen zum 1. Oktober 2005 vorgenommene Erhöhung des Bezugspreises unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage bis auf diejenige der Kläger der zu 1, 2 und 5 stattgegeben. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Beklagten stehe ein Recht zur Preisänderung nicht zu. Die Preisänderungsklausel der Beklagten in § 3 ihrer AGB sei unwirksam. Die Vorschriften der AVBGasV gälten allenfalls als AGB und seien wegen der Unbestimmtheit des in § 4 Abs. 1, 2 vorausgesetzten Rechts zur Preisänderung insofern ebenfalls unwirksam.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil des Landgerichts Berlin vom 19. Juni 2006 zum Geschäftszeichen 34 O 611/05 zu ändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst dazu eingereichten Anlagen.

II.

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

A. Die Klage ist zulässig.

Das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist für die in der Berufungsinstanz noch vertretenen Kläger zu bejahen. Die Unwirksamkeit der Erhöhung in ihrer Auswirkung auf das künftige Vertragsverhältnis zwischen den Klägern und der Beklagten läßt sich nur so verbindlich gerichtlich klären, die Kläger können nicht darauf verwiesen werden, die von ihnen gezahlte Erhöhung zurückzuverlangen. Die Rechtskraft einer Entscheidung über eine derartige Leistungsklage erstreckt sich stets nur auf den geltendgemachten Zahlungsanspruch, sie entfaltet keine Wirkung darüber hinaus (BGH NJW-RR 2002, 1377, 1378; Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl. § 322 Rn. 29). Das Ziel der leugnenden Feststellungsklage im fortbestehenden Dauerschuldverhältnis kann mit der Leistungsklage daher nicht erreicht werden (BGH NJW 2007, 2540).

Das gilt auch für die Kläger zu 6, 38 und 40. Die Frage, ob durch das Unterlassen der Kündigung im Tarif GASAG-Fix bei einer Erhöhung der Tarife nach den Tarifbedingungen ein neuer Vertrag zu dem erhöhten Preis zustandekommt, betrifft nicht das Feststellungsinteresse, sondern die Begründetheit der Klage.

B. Die Klage hat im wesentlichen Erfolg.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der einseitig durch die Beklagte erklärten Änderung der Preistarife für die Belieferung der Kläger mit Gas für Heizzwecke u. ä. zum 1. Oktober 2005.

Die Klage der Kläger zu 6, 38 und 40 ist unbegründet. Das Angebot zur Fortsetzung des Vertrags zu dem erhöhten Preis und der Umstand, daß diese Kläger von ihrem Sonderkündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht haben, führt nach § 17 Abs. 2 der Besonderen Bedingungen für die Tarife GASAG-Fix dazu, daß der Vertrag zu dem erhöhten Preis fortgesetzt worden ist. Auf einen bloßen Widerspruch der Kläger gegen die Erhöhung kommt es nicht an.

Im übrigen ist die Klage begründet. Der Beklagten steht ein Recht zur Tarifierhöhung nicht zu.

1. Die formelle Wirksamkeit der Erhöhung steht nicht im Streit
2. Materiell hängt die Berechtigung der Erhöhung zum 1. Dezember 2005 davon ab, ob sie durch vertragliche oder gesetzliche Regeln gedeckt ist.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestimmt sich nach den Regeln des EnWG 1998. Die Verträge sämtlicher Kläger sind vor dem Inkrafttreten des neuen EnWG 2005 geschlossen worden. Das ergibt sich aus der Aufstellung in Anlage K 1, aus der zu ersehen ist, daß in allen Fällen bereits im Dezember 2004 eine Preiserhöhung vorgenommen worden war, die Kläger also bereits in vertraglichen Beziehungen zur Beklagten standen. Eine Anpassung der Verträge an das neue Recht gemäß §§ 115, 116 EnWG 2005 (dazu s. Danzeisen, Anpassung bestehender Energielieferverträge, RdE 2007, 288) findet erst nach Erlaß der nach den §§ 38 f. zu erlassenden Rechtsverordnungen statt. Der Erlaß erfolgte erst zum November 2006. Die Anpassung ist daher für die jetzige Entscheidung ohne Bedeutung.

a. Die Erhöhung ist nicht nach § 3 AGB der Beklagten gerechtfertigt. Die Klausel ist gemäß § 307 BGB unwirksam.

(1) Preisanpassungsklauseln unterliegen der Inhaltskontrolle nach den AGB-Vorschriften, § 307 BGB und ff. (de Wyl/Essig/Holtmeier aaO § 10 Rn. 404).

Nach § 307 BGB ist eine Klausel unwirksam, die den Geschäftspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Für diese Beurteilung ist zunächst der Regelungsgehalt der Klausel zu ermitteln.

(2) Kostenelementeklauseln, die eine Preisanpassung wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten vorsehen, sind im Grundsatz nicht zu beanstanden (BGH NJW 2007, 1054, 1055; NJW 1985, 853 f.). Sie sind ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung bei langfristigen Lieferverträgen. Sie nehmen dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation bei unsicherer Zukunftsentwicklung ab und sichern ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher, ihn belastender Kostensteigerung. Das Interesse des Vertragspartners wird dadurch gewahrt, denn der Versorger ist nicht gezwungen, mögliche Kostensteigerungen durch anfängliche Risikozuschläge aufzufangen, kann den Preis also niedriger halten (BGH NJW-RR 2005, 1717 [unter II 2]; NJW 1990, 115 [unter II 2b]).

Wird die Preisanpassung auf der Grundlage der Entwicklung von Kostenelementen herbeigeführt, so darf die Regelung andererseits aber nicht zu einer ausschließlichen oder überwiegenden Wahrung der Verwenderinteressen führen. Die Preisanpassungsklausel darf es dem Verwender nicht ermöglichen, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne jede Begrenzung anzuheben, um so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (BGH NJW 2007, 1054, 1055; NJW-RR 2005, 1717).

Deswegen ist eine Klausel unwirksam, aus der sich die Gewichtung der verschiedenen Parameter nicht ergibt (BGH NJW 2007, 1054). Ebenso ist eine Klausel unwirksam, die keine Beschränkung der Erhöhung vorsieht, oder die lediglich einen Parameter als relevant bestimmt, ohne anderweitig

ge Kostenfaktoren festzulegen und zu berücksichtigen, die sich zugunsten des Verbrauchers entwickeln (BGH aaO; ferner de Wyl et. alt., § 10 Rn. 402, insb. 404 ff.).

(3) § 3 AGB der Beklagten lautet:

„1. Der Gaspreis folgt den an den internationalen Märkten notierten Ölpreisen. Insofern ist die GASAG berechtigt, die Gaspreise vorbehaltlich der Regelungen in §§ 16 bis 19 dieser AGB auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten der GASAG anzupassen. Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein. Die Anpassung des Tarfkundenpreises und der Sonderkundenpreise erfolgt entsprechend § 4 AVBGasV durch öffentliche Bekanntmachung.

2. ...

3. Sollte der Erdgasverkauf, -bezug, die Erdgasfortleitung oder der Netzbetrieb mit Steuern, Gebühren, Abgaben oder gesetzlich veranlaßten Mehrbelastungen direkt oder indirekt belegt werden, die bei Abschluß des Vertrages noch unbekannt oder nicht wirksam waren, oder sollten solche auf der Erdgasversorgung lastenden Steuern, Gebühren, Abgaben oder gesetzlich veranlaßte Mehrbelastungen erhöht werden, so ist die GASAG berechtigt, sämtliche sich daraus ergebenden Belastungen – soweit dies gesetzlich zulässig ist – an den Kunden weiterzugeben. Im übrigen gelten die Bestimmungen des § 32 AVBGasV.“

§ 32 AVBGasV beinhaltet Regelungen über das Recht zur Kündigung bei Änderungen der Grundlagen des Vertrags.

§ 3 Ziff. 1 Satz 1 beinhaltet eine Feststellung über einen tatsächlichen Zusammenhang zwischen „Gaspreis“ und „Ölpreis an den internationalen Märkten“. Dieser Zusammenhang dient sodann in der Einleitung des Satzes 2 („insofern“) zur Begründung des dort geregelten Rechts zur Preisänderung durch die Beklagte. Das Recht zur Änderung nach Satz 2 geht dahin, den Preis an die geänderten „Gasbezugskosten“ anzupassen, was neben der Erhöhung nach Satz 2 gemäß Satz 3 auch die Absenkung einschließt. Aus dem Zusammenhang mit Satz 1 ist Satz 2 so zu verstehen, daß die Gasbezugskosten den „Gaspreis“ im Sinne des Satzes 1 darstellen, der seinerseits in der Höhe abhängt von dem Ölpreis an den internationalen Märkten. Preiserhöhungen wegen der Veränderung (einiger) anderer Kostenelemente (Steuern, Gebühren Abgaben, gesetzlich veranlaßte Mehrbelastungen) sind in § 3 Ziff. 3 der AGB geregelt.

Die Preisänderung ist als Recht der Beklagten ausgestaltet. Eine Pflicht insbesondere zur Absenkung ist ausdrücklich weder vorgesehen noch zeitlich bestimmt. An eine (staatliche) Genehmigung ist die Preisänderung nach den AGB nicht geknüpft. Lediglich die Veröffentlichung der geänderten

Preise hat nach den Regeln der AVBGasV (§ 4) zu erfolgen, also den Regeln für Tarifikunden im Sinne von § 10 EnWG 1998.

(4) Im vorliegenden Fall ist die Klausel schon deswegen unwirksam, weil sie zwar ein Recht der Beklagten vorsieht, den Preis sowohl nach oben als auch nach unten anzupassen, dies jedoch im Fall der Kostensenkung nicht zur Pflicht macht. Der Wortlaut ist eindeutig. Es ist zwar denkbar, die Klausel gleichwohl dahin auszulegen, daß dem eine Pflicht korrespondiert. Das ist jedoch zweifelhaft, da es einen Anhalt im Wortlaut nicht findet und auch kein Ansatz für eine zeitliche Festlegung einer solchen Pflicht auszumachen ist.

Nach § 305c Abs. 2 BGB gehen Zweifel bei der Auslegung einer AGB-Klausel zu Lasten des Verwenders. Daraus wird heute überwiegend und zurecht gefolgert, daß auch im Individualprozeß bei mehreren möglichen Auslegungen in einem ersten Schritt geprüft werden muß, ob die kundenfeindlichste mögliche Auslegung die Unwirksamkeit der Klausel begründet. Erst wenn die Schwelle der Wirksamkeit überschritten ist, ist bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten die kundenfreundlichste zu wählen (BGH NJW 2008, 2172, 2173; Schlosser in Staudinger, BGB, Bearb. 2006, § 305c BGB Rn. 108).

Nach diesen Grundsätzen muß bei der Prüfung der Wirksamkeit gemäß § 307 BGB zugrundegelegt werden, daß die Klausel bei sinkenden Gasbezugskosten zwar ein Recht der Beklagten zur Anpassung des Preises nach unten festlegt, die Beklagte hierzu aber nicht verpflichtet ist. Andere denkbare Auslegungen können dahinstehen, weil diese Auslegung schon wegen des eindeutigen Wortlauts mindestens möglich ist. Darüberhinaus ist nach dieser Fassung der Klausel nicht festgelegt, wann die Beklagte nach § 315 BGB verpflichtet wäre, den Preis zugunsten des Kunden herabzusetzen. Eine derartige Klausel ist nach den obigen Maßstäben für Preisanpassungsklauseln unwirksam (BGH NJW 2008, 2172, 2173; NJW 2007, 1054, 1055).

(5) Darüberhinaus ist die Klausel aus anderen Gründen unwirksam.

Allerdings bezieht sich § 3 Satz 1, 2 AGB der Beklagten (ebenso wie § 3 Abs. 2 der AGB) auf einen eindeutigen Parameter. Die Preisänderung ist in der Höhe ohne Ermessensspielraum gekoppelt an die Veränderung des Maßstabs, nämlich der Gasbezugskosten der Beklagten (anders als im Fall OLG Dresden RdE 2007, 58).

Das genügt jedoch nicht. Für den Kunden ist schon nicht nachvollziehbar, wodurch im einzelnen die Gasbezugskostenerhöhung geprägt ist. Das dürfte gegen die Transparenzanforderungen in der Rechtsprechung des BGH verstoßen, kann jedoch für die Entscheidung hier dahinstehen (kritisch zu der Rechtsprechung v. Westphalen, MDR 2008, 424).

Die Klausel ist jedenfalls auch deswegen unwirksam, weil gleich dem Fall von BGH NJW 2007, 1054 nicht alle Kostenfaktoren als Maßstab der Erhöhung einbezogen sind mit der Folge, daß Kostenfaktoren, die sich zugunsten der Kläger auswirken, keinen Einfluß auf die Preisbildung haben. Das ist auch im Bereich der Erdgaslieferung unzulässig (BGH aaO). Die Interessen beider Seiten sind nicht hinreichend berücksichtigt, wenn nur der Preisfaktor Gasbezugspreis Einfluß hat. Die in § 3 Ziff. 3 geregelten öffentlich Abgaben können ohnehin nur zur Preiserhöhung herangezogen werden. Andere Kostenfaktoren wie Verwaltungskosten einschließlich Lohnkosten sind hingegen ohne Einfluß. Dafür spielt es keine Rolle, daß nach der Behauptung der Beklagten diese weiteren Kosten – neben Gasbezugs- und Netzentgelten – nur fünf Prozent der Kosten ausmachen. Gerade mit der beginnenden Liberalisierung der Gas- und allgemein der Energiemärkte haben die Versorger erhebliche Rationalisierungspotentiale ausgeschöpft. Diese haben sie in angemessenem Umfang an die Letztverbraucher weiterzugeben. Da die Klausel das nicht vorsieht, ist sie unwirksam (BGH NJW 2007, 1054, 1055; ebenso OLG Bremen aaO; de Wyl et. alt. aaO § 10 Rn. 405). Die Möglichkeit einer Kündigung des Tarifs gleicht die Belastung der Kläger nicht aus, weil dies für einen auf die Gasversorgung festgelegten Verbraucher im Regelfall keine ernsthafte Alternative ist (BGH aaO; NJW 2007, 2540; OLG Bremen aaO).

b. Der Beklagten steht kein Recht aus § 4 AVBGasV zu. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, weil es sich bei den Klägern sämtlichst um Sondervertragskunden handelt. In derartigen Fällen ist die Vorschrift nicht anwendbar, wie der Bundesgerichtshof in einer neuen Entscheidung festgestellt hat (Teilurteil vom 29. 4. 2008 - KZR 2/07 - NJW 2008, 2172, 2175).

(1) Die Kläger sind nicht Tarifikunden.

Nach § 10 Abs. 1 EnWG 1998 waren die Gasversorger verpflichtet, jedermann zu allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifen anzuschließen und mit Gas zu versorgen (sog. Tarifikunden). Für sie gelten die Vorschriften der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden (AVBGasV).

(2) Die Begriffe Tarifikunde und Sondervertragskunde sind gesetzlich nicht definiert (de Wyl et. alt. aaO § 10 Rn. 15). Einigkeit besteht noch, daß Sondertarifikunde ist, wer nicht Tarifikunde ist (aaO; s.a. Ebel, Energielieferungsverträge, 1992, S. 46 f.; Kermel in Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, KAV § 2 Rn. 14). Eine ausdrückliche Bestimmung des Tarifikunden findet sich hingegen nicht.

Aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich, daß es sich um Tarifikunden im Rahmen der Grundversorgung nach § 10 Abs. 1 EnWG 1998 handelt, wenn der Vertrag mit Privatverbrauchern zu unter Veröffentlichungszwang stehenden (vgl. dazu auch BGH NJW 1986, 990 Ls. 1) und jeder-

mann offenstehenden Tarifbedingungen zustande kommt (de Wyl et. alt. aaO Rn. 15; vgl. auch Salje, EnWG, Kommentar, 2006, § 36 Rn. 16 f.); um Sondervertragskunden im Sinne des alten Rechts handelt es sich hingegen, wenn der Vertrag zu anderen, typischerweise günstigeren Bedingungen als im allgemeinen Tarif abgeschlossen wird. Derartige Sondervertragskunden wurden jedenfalls früher in der Regel im einzelnen ausgehandelt. Sondervertragskunden nach altem Recht waren nur ausnahmsweise Haushaltskunden, wie etwa Kunden mit Nachtspeicherheizungen (de Wyl et. alt. aaO Rn. 157).

Die Energieversorger sind jedoch auch im Bereich der Gasversorgung dazu übergegangen, privaten Anbietern verschieden gestaltete Tarife anzubieten, die günstiger sind, als der allgemein angebotene Tarif (Büdenbender, Energierechtsreform 2005, Bd. 1 S. 281: „Alternativangebote außerhalb der Tarifikundenbeziehung“; Salje, EnWG, 2006, § 41 Rn. 3). Diese Tarife sind öffentlich bekannt gemacht. Es handelt sich um Tarife wie die von den Klägern abgeschlossenen.

Es ist in Literatur und Rechtsprechung nicht eindeutig geklärt, ob Kunden nach diesen Tarifen als Tarifikunden zu bewerten sind (so offenbar Salje aaO § 39 Rn. 24, anders anscheinend die zuvor zitierte Stelle; s. ferner LG Berlin Urt. v. 25. April 2007 – 48 S 100/06 – UA S. 3; Urt. v. 28.6.2007 – 51 S 16/07 – UA S. 5 f.) oder als Sondervertragskunden (so ausdrücklich Scholtka, Die Entwicklung des Energierechts in den Jahren 1998 und 1999, NJW 2000, 548, 553; ebenso Arzt/Fitzner, Zulässigkeit von Preiserhöhungen durch Gasversorgungsunternehmen, ZNFR 2005, 305, 306 f., 307; wohl auch zum alten Rechtszustand de Wyl et. alt. aaO § 10 Rn. 18, 394; Kunth/Tüngler, Die gerichtliche Kontrolle von Gaspreisen, NJW 2005, 1313, 1314 zu Fn. 17, die sich allerdings beide in erster Linie auf solche kleineren Sondergruppen beziehen, wie die Abnehmer von Strom für Nachtspeicherheizungen).

(3) In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird die Unterscheidung in der Regel nicht ausdrücklich angesprochen. Die Einordnung als Tarif- oder Sondervertragskunden wird teils ohne Begründung, teils auf der Grundlage unstreitiger Einschätzung der Parteien vorgenommen.

Daß es sich in Fällen wie dem vorliegenden um Sondervertragskunden handelt, legen aber offenkundig der Bundesgerichtshof (NJW 2008, 2172) und vorhergehend das OLG Dresden in dem Urteil vom 11. 12. 2006 – U 1426/06 Kart – zugrunde. Es handelte sich – wie hier – um eine Vielzahl von Klägern, die als Letztverbraucher (Kunden der privaten Verwendung, § 3 Ziff. 25 EnWG 2005) bezeichnet sind. Für sie sollte die AVBGasV ergänzend gelten, die für Gewerbekunden, also typische Sondervertragskunden nicht gilt.

Die Einbeziehung der AVBGasV als solche machte dabei die Kläger jedenfalls nicht zu Tarifikunden (Kermel in Berliner Kommentar zum Energierecht, 2004, KAV § 2 Rn. 15).

Auch im Fall des OLG Bremen BeckRS 2007 19172 = RdE 2008, 53 vom 16.11.2007 - 5 U 42/06 ging es nicht um Industriekunden o. ä., sondern um Haushaltskunden, die einen günstigeren, als Sondervertrag bezeichneten Tarif vereinbart hatten. Das OLG Oldenburg (BeckRS 2008 20266) hat die entsprechende Einordnung vorgenommen in Fällen, die dem vorliegenden insofern offenkundig parallel laufen.

Anders hat das OLG Frankfurt a. M. in einem Urteil vom 29. 5.2008 - 15 U 47/07 (BeckRS 2008 13113 = OLG Frankfurt IR 2008, 207) einen Kläger mit einem „Sondervertrag“ als Tarifikunden eingeordnet hat. Das folgte es aber daraus, daß die Parteien die Einordnung übereinstimmend klargestellt hatten.

(4) Dem Sinn der Vorschrift des § 10 EnWG 1998 nach sind die Kläger nicht als Tarifikunden zu betrachten. § 10 EnWG 1998 ist erlassen worden, bevor derartige Sondertarife auf dem Markt verbreitet eingeführt worden waren (vgl. Salje aaO § 39 Rn. 24). Grundgedanke des § 10 EnWG 1998 (wie schon des § 6 EnWG 1935) ist die Anschluß- und Versorgungspflicht des Energieversorgungsunternehmens bis zur Grenze der Unzumutbarkeit (§ 10 Abs. 1 Satz 2 EnWG 1998). Der Gasversorger soll verpflichtet sein, jedermann zu allgemeinen Bedingungen mit Gas zu beliefern. Diese Bedingungen sind öffentlich für jedermann zugänglich zu machen.

Das Kriterium für die Beurteilung von zu bestimmten Bedingungen angeschlossenen Kunden als Tarifikunden nach altem Recht kann dann nicht der Umstand sein, daß die Tarife veröffentlicht wurden. Diesen Gesichtspunkt hat der BGH in der bereits zitierten Entscheidung vom 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83 (NJW 1986, 990) zurecht lediglich als Indiz, nicht als Voraussetzung für den Begriff des Tarifikunden behandelt. Wenn § 10 EnWG eine Verpflichtung des Gasversorgers zur Veröffentlichung der allgemeinen Tarife aufstellt, kann die Tatsache der Veröffentlichung nicht die Verpflichtung zur Veröffentlichung begründen. Das würde einen Zirkelschluß beinhalten.

Der Grundgedanke ist vielmehr in § 10 EnWG 1998, eine Versorgung von jedermann ohne Ansehung der Person – bis zur Grenze der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit für den Versorger – zu einem entsprechend kalkulierten Tarif sicherzustellen. Das Gesetz verpflichtet deswegen den Gasversorger in § 10 EnWG 1998, einen Tarif für eine Versorgung von jedermann zu kalkulieren, genehmigen zu lassen und dann zu veröffentlichen und jedermann bis zur Grenze der Unzumutbarkeit (§ 10 Abs. 1 Satz 2 EnWG 1998) zu versorgen (vgl. Ebel, aaO S. 42 f.). Der Tarif muß schon wegen der Verpflichtung zur Versorgung in wirtschaftlich ungünstigen aber noch nicht unzumutbaren Fällen teurer als notwendig kalkuliert sein. Tarifikunden sind diejenigen Abnehmer, die zu diesem Tarif versorgt werden.

Die Veröffentlichung weiterer Tarifangebote oder gar die Genehmigung solcher Tarife beruht nicht auf Pflicht, sondern auf berechtigtem wirtschaftlichen Interesse des Versorgers an der Kundenge-

winnung. Der Versorger kann sie anbieten, muß es aber nicht. Für eine Pflicht, mehrere etwa nach typisiertem Abnahmemengen gestaffelte Tarife anzubieten, gibt es in § 10 EnWG keine Grundlage. Der Umstand, daß im Plural von Tarifen die Rede ist, bezieht sich auf den vorhergehenden Plural der Gemeindegebiete, das Gesetz schreibt damit dem Versorger nicht die Pflicht zum Anbieten von verschiedenen Tarifen vor. Es ist nicht der Sinn der alten Regelung, Tarifvielfalt herbeizuführen. Die Tarifvielfalt ist vielmehr eine Reaktion der Versorger auf die Konkurrenzsituation am Markt (vgl. Bubenbender, Energierechtsreform 2005, Bd. 1 S. 281: „Alternativangebote außerhalb der Tarifikundenbeziehung“; Salje, EnWG, 2006, § 41 Rn. 3).

Eine solche Pflicht läßt sich auch nicht etwa aus der globalen Gesetzeszielbestimmung in § 1 EnWG 1998 ableiten, wonach Ziel des Gesetzes u. a. eine möglichst preisgünstige Versorgung mit Gas im Interesse der Allgemeinheit ist. Der Gesetzgeber hat zwar eine möglichst preisgünstige Versorgung bezweckt, hierzu aber deutlich gemacht, daß das Ziel Preisgünstigkeit keine Beeinträchtigung von Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit rechtfertigt (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 13/7274 Seite 14). Umgekehrt hat der Gesetzgeber durchaus auch damals bereits die Konkurrenz am Markt als besonderen Mechanismus zugunsten eines preisgünstigen Angebots erkannt (aaO). Daraus läßt sich aber keine Zuordnung solcher typisierter gesonderter Tarife zu der Verpflichtung aus § 10 Abs. 1 EnWG ableiten, sondern lediglich, daß derartige Zusatzangebote in Übereinstimmung mit dem gesetzgeberischen Zweck steht. Konkrete Vorgaben für die Tariffbildung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998 lassen sich aus der Gesetzeszielbestimmung also nicht ableiten.

Der Anbieter ist demzufolge nach § 10 Abs. 1 Satz 2 EnWG nicht verpflichtet, Kunden die nach differenzierten Kriterien gebildeten und der Allgemeinheit angebotenen Tarifen zu beliefern, wenn dies in der konkreten Situation wirtschaftlich zwar bedenklich aber noch nicht unzumutbar ist. Ebenso kann er in seinen Geschäftsbedingungen festlegen, daß diese Verträge auch dann schon von ihm gekündigt werden können, wenn die Versorgung für ihn nicht wirtschaftlich unzumutbar sind.

Alle derartigen über einen Grundtarif hinausgehenden Tarife sind demzufolge als Sondertarife einzuordnen.

(5) Die Beklagte bot auch im Jahre 2005 einen allgemeinen Tarif im Sinne des § 10 Abs. 1 EnWG 1998 an, sie nannte ihn selbst den „gesetzlichen Tarif“. Die Kläger hingegen sind zu anderen Tarifen mit der Beklagten vertraglich verbunden (Vario 1 und 2, Fix 1 und 2, Aktiv). Insofern spricht sie selbst von Sonderpreiskonditionen (§ 1 Ziff. 1 AGB). Die Tarife sind bezogen auf und kalkuliert nach Kategorien von Verbrauchern, die insbesondere nach der differierenden abgenommenen Menge an Gas bzw. nach der Vertragslaufzeit definiert werden. Es handelt sich also um typisierte Abnehmer in verschiedenen gesonderten Kategorien und nicht um einen allgemein

kalkulierten Tarif. Die Beklagte ist nicht aus § 10 EnWG 1998 verpflichtet, jedermann zu den angebotenen Tarifen zu versorgen bis zur Grenze der Unzumutbarkeit im Sinne von § 10 Abs. 1 Satz 2 EnWG 1998.

(6) Mit der Einschätzung der Kläger als Sondertarifkunden stimmt auch im übrigen die Handhabung durch die Beklagte überein. Sie hatte selbst den „gesetzlichen Tarif“ den den Klägern angebotenen besonderen Tarifen entgegengesetzt, wie sich aus verschiedenen vorgelegten Schreiben entnehmen läßt. So heißt es zB im Schreiben an den Kläger zu 13 vom 5. Juli 2001 (Anlagenkonvolut zum Schriftsatz der Kläger vom 23. September 2008):

1. Absatz des Schreibens:

„... Die Gasversorgung erfolgt auf der Grundlage der „Verordnung ... (AVBGasV)“ sowie der AGB der GASAG. Danach versorgen wir Sie nach dem gesetzlich vorgeschriebenen Tarif. ...“

2. Absatz des Schreibens:

„Gemessen an dem letzten Verbrauch wäre unser GASAG-Vario 2 für Sie vorteilhafter, als eine Versorgung nach dem gesetzlichen Tarif. Wir bieten Ihnen daher an, nach unserem GASAG-Vario 2 versorgt zu werden. ...“

Ähnliche Ausführungen finden sich auf Seite 2 des Schreibens vom 1. März 2004 an die Klägerin zu 7; vom 1. Dezember 2003 an den Kläger zu 28.

Im Schreiben an den Kläger zu 32 vom 22. Sept. 1998 ist im Betreff die Rede von: „Erdgaslieferungs-Sondervertrag Typ VI/V2 ...“.

(7) Gegenüber Sondervertragskunden können die Regelungen in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV nicht als Rechtsgrundlage für eine Preiserhöhung herangezogen werden. Der Senat folgt hier uneingeschränkt dem Urteil des Bundesgerichtshofs (NJW 2008, 2172). Die Vorschrift gilt lediglich für die Tarife im Sinne von § 10 Abs. 1 EnWG 1998 (s. a. de Wyl/Essig/Holtmeier in Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 2003, § 10 Rn. 394, 395 f.).

(8) Ein Recht zur Preiserhöhung ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß die AVBGasV als AGB in den Vertrag einbezogen sind und insofern als mit Bezug auf die konkrete Sondertarifkundensituation auszulegen sind. § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV beinhalten nicht selbst ein Preisanpassungsrecht, sondern setzen dieses lediglich voraus. In § 4 ist insoweit lediglich bestimmt, daß das Gasversorgungsunternehmen seine Kunden zu den allgemeinen Tarifen und Bedingungen versorgen (Abs. 1) und daß Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen ver-

öffentlich werden müssen (Abs. 2). Da die Regelung über die Änderung der Tarife sich in § 3 der AGB der Beklagten findet, kann aus der zusätzlichen Einbeziehung der AVBGasV in den Vertrag nicht geschlossen werden, daß § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV ein anderes Preiserhöhungsrecht meint als das in den spezielleren AGB der Beklagten enthaltene.

c. Der Beklagten steht nicht aus anderen Gründen ein Recht zur Tarifierhöhung zu

Der Vertrag ist weiterhin wirksam. Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB im übrigen wirksam. Anstelle der unwirksamen Geschäftsbedingungen gelten die gesetzlichen Vorschriften (§ 306 Abs. 2 BGB). Der Vertrag ist gemäß § 306 III BGB nur dann insgesamt unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung derjenigen Inhaltsvorgaben, die sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergeben, eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Das ist nicht der Fall. Denn die Beklagte kann die Verträge kündigen und auf eine neue Grundlage stellen (BGH aaO; OLG Bremen BeckRS 2007 19172 = ZIP 2008, 28 = OLGR 2008, 1).

Zugleich scheitert mit dieser Überlegung die Begründung eines Preisänderungsrechts im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung. Die ergänzende Vertragsauslegung scheidet bei unwirksamen AGB zwar nicht grundsätzlich aus, sie kommt jedoch nur in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt (BGH NJW 2008, 2172, 2175 m.N.).

Die Versagung eines Preiserhöhungsrechts in Anwendung der Grundsätze aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs aaO trifft die Beklagte nicht unzumutbar. Die Kündigung wird im Regelfall nicht zum Verlust des Kunden führen, weil dieser an der Fortsetzung des Vertrags ein Interesse hat, das er nicht o.w. an anderer Stelle einlösen kann. Daß aus anderen Gründen diese verfahrensweise unzumutbar wäre, so wird zB eine Existenzvernichtung für kleinere Stadtwerken für möglich gehalten (vgl. dazu Rosin/Matzig, Inhalt und Auswirkungen des Urteils des BGH-Kartellsenats vom 29. April 2008, RdE 2008, 225, 227 und 229/230), ist nicht dargelegt und ist auch für die Beklagte nicht anzunehmen. Der Hinweis der Beklagten, der größte Teil ihrer Kundschaft werde zu den auch von den Klägern abgeschlossenen Tarifen beliefert, greift nicht durch. Selbst wenn eine Rückforderungswelle zu erwarten wäre, weil ein größerer Teil der Kunden der Erhöhung widersprochen hat, wie die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat, hat sie nicht dargelegt, warum die Situation unzumutbar wäre, zumal sie erläutert hat, daß sie dieserhalb bereits Rückstellungen in Millionenhöhe gebildet hat. Sie hat zudem die Möglichkeit, die Verträge - und sei es im Wege einer vorhergehenden Kündigung (§ 32 Abs. 1 AVBGasV mit § 1 Ziff. 2 Satz 2 AGB) - künftig anzupassen und eine den Anforderungen des Bundesgesetzgebung zu entsprechen.

desgerichtshofs genügende Erhöhungsklausel vorzusehen (OLG Bremen BeckRS 2007 19172 = ZIP 2008, 28 = OLGR 2008, 1).

d. Der Beklagten mußte in dem Zusammenhang nicht noch einmal Gelegenheit gegeben werden, zu dem Urteil des BGH vom 29. April 2008 – KZR 2/07 – (NJW 2008, 2172) Stellung zu nehmen. Die Kläger haben auf diese Entscheidung ausdrücklich hingewiesen. Die Frage, ob die Kläger als Tarifikunden oder Sondervertragskunden einzuordnen seien, war von Anfang zwischen den Parteien umstritten. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung am 8. Januar 2008 ausdrücklich offengelassen, ob er die Kläger als Tarifikunden einordne, weil er – vor Erlaß der genannten BGH-Entscheidung – in jedem Falle ein Erhöhungsrecht für gegeben hielt. Das war Grundlage der Auflage im Beschluß des Senats vom 12. Februar 2008.

Es kann davon ausgegangen werden, daß die Beklagte angesichts der gegenwärtigen bundesweiten rechtlichen Auseinandersetzung um die Berechtigung von Preiserhöhungen der Gasversorger die Tragweite des BGH-Urteils ohne weiteres erfaßt hat und auch hinreichend für das vorliegende Verfahren einordnen konnte. Sie hatte angesichts dessen ausreichend Anlaß und Gelegenheit, sich mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs im einzelnen auseinanderzusetzen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision im Hinblick auf die Frage der Einordnung der Kläger als Tarif- oder Sondervertragskunden zugelassen (§ 543 Abs. 1 Ziff. 1, Abs. 2 Ziff. 2 ZPO).

Klum

Kruse

Bigge