

dungsbereich der Kraftwerks-Netzanschlussverordnung und knüpft zu diesem Zweck an die Nennleistung der Erzeugungsanlage an. § 6 Abs. 1 KraftNAV spricht sogar – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – eher dafür, dass der Parameter der Anschlussleistung die Frage der Zumutbarkeit des Netzanschlusses i.S. des § 17 Abs. 2 EnWG betrifft. Danach ist nämlich die Gewährung des Netzanschlusses insbesondere dann unzumutbar, wenn der begehrte Netzanschlusspunkt technisch nicht zur Aufnahme des erzeugten Stroms geeignet ist und die Eignung auch nicht durch dem Netzbetreiber mögliche und zumutbare Maßnahmen hergestellt werden kann. Die Norm behandelt daher die Aufnahmekapazität des Netzes und damit einen der Anschlussleistung vergleichbaren Parameter. Wenn der Ordnungsgeber dieses Kriterium aber im Rahmen der Kraftwerks-Netzanschlussverordnung der Frage der Zumutbarkeit des Netzanschlusses zuordnet, muss dies auch für die Anschlussleistung gelten.

[18] cc) Schließlich kann die Betroffene der Beigeladenen auch nicht entgegenhalten, der Anspruch auf Netzanschluss sei erfüllt, weil diese bereits auf der Mittelspannungsebene an das Netz angeschlossen sei und sie hierüber ihren Leistungsbedarf vollständig befriedigen könne. Wie bereits ausgeführt, gewährt § 17 Abs. 1 EnWG – mit Ausnahme der Sonderregelung für die Niederspannungsebene nach § 18 EnWG – dem Anschlussnehmer das Recht zu bestimmen, auf welcher Netz- oder Umspannebene der Anschluss erfolgen soll. Nach dem Zweck des § 17 Abs. 1 EnWG ermöglicht dies grundsätzlich auch den Wechsel von einer einmal gewählten Ebene zu einer anderen.

[19] b) Das Beschwerdegericht hat auch rechtsfehlerfrei eine Unzumutbarkeit des Netzanschlusses für die Betroffene nach § 17 Abs. 2 EnWG verneint.

[20] aa) Nach dieser Vorschrift können Betreiber von Energieversorgungsnetzen einen Netzanschluss nach § 17 Abs. 1 EnWG verweigern, soweit sie nachweisen, dass ihnen die Gewährung des Netzanschlusses aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG nicht zumutbar ist.

[21] Ob die Gewährung des Netzanschlusses für den Netzbetreiber unzumutbar ist, lässt sich nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilen. Erforderlich ist eine Abwägung aller im Einzelfall relevanten Belange (vgl. Salje, EnWG, § 17 Rdn. 46; Stötzel in Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 17 Rdn. 33). In die Abwägung einzubeziehen sind unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG und der Grundsätze der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt-Richtlinien insbesondere die gegenläufigen Interessen des Netzbetreibers und des Anschlussnehmers. Dabei sind auf Seiten des Netzbetreibers unter anderem die Kosten für die Herstellung des Netzanschlusses und Folgekosten wie etwa für einen Netzausbau, aber auch eine Erhöhung der Netzkosten durch schlechtere Kapazitätsnutzung zu berücksichtigen. Auf Seiten des Anschlussnehmers spielt insbesondere eine Rolle, in welchem Maße er für den Energiebezug auf den konkret gewünschten Anschluss angewiesen ist, ob alternative Anschlussmöglichkeiten bestehen oder ob es ihm – wie hier – nur um eine Kostenreduzierung geht. Ein Verweigerungsrecht besteht nur dann, wenn den Interessen des Netzbetreibers Vorrang vor denen des Anschlussnehmers zukommt. Die tatsächlichen Voraussetzungen hat der Netzbetreiber nachzuweisen.

[22] bb) Nach diesen Maßgaben hat das Beschwerdegericht ein Anschlussverweigerungsrecht der Betroffenen ohne Rechtsfehler verneint.

[23] Das Beschwerdegericht hat die drohende Erhöhung der Netzentgelte der nachgelagerten Netz- und Umspannebenen ebenso berücksichtigt wie die von der Betroffenen behaupteten Erschwerenisse einer effizienten Netzplanung. Es hat diesen Umständen und deren Auswirkungen aber gegenüber dem Interesse der Beigeladenen an einer Kostenreduzierung keine vorrangige Bedeutung beigemessen. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Ein solcher wird von der Rechtsbeschwerde auch nicht aufgeführt.

[24] Entgegen deren Auffassung leidet die Interessenabwägung des Beschwerdegerichts nicht an einem Abwägungsdefizit. Die Betroffene hat nicht nachgewiesen, dass aufgrund einer Sogwirkung auf andere wechselwillige Letztverbraucher tatsächlich deutliche höhere Netzentgelterhöhungen in den nachgelagerten Netzebenen drohen. Die von ihr vorgelegten Untersuchungen und Gutachten berechnen solche wechselbedingten Entgelterhöhungen – wie das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler ausgeführt hat – lediglich abstrakt. Dagegen zeigt die Betroffene nicht auf – wie dies z.B. aufgrund einer Kundenbefragung möglich wäre –, dass einzelne Netzkunden tatsächlich einen Anschlusswechsel erwägen. Aufgrund dessen hat ihre in diesem Zusammenhang erhobene Verfahrensrüge, mit der sie eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Bundesnetzagentur und das Beschwerdegericht geltend macht, keinen Erfolg. Einer solchen muss das Rechtsbeschwerdegericht nur dann nachgehen, wenn dargetan wird, welche konkreten Ermittlungen das Beschwerdegericht unterlassen haben soll und zu welchem Ergebnis diese geführt hätten. Diesen Anforderungen wird die Rechtsbeschwerde nicht gerecht.

[25] Soweit sich die Rechtsbeschwerde dagegen wendet, dass das Beschwerdegericht für die Annahme der Unzumutbarkeit einer Netzanschlussgewährung das Erreichen einer Erheblichkeitsschwelle verlangt, bedarf dies keiner Entscheidung. Hierauf kommt es nach den vorstehenden Ausführungen nicht mehr an.

4. Zur Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel in Gassonderkundenvertrag, die § 4 Abs. 1 und 2 AVB unverändert übernimmt

BGB § 307 Abs. 1; EnWG 2005 § 36 Abs. 1; EnWG 1998 § 10 Abs. 1; AVBGasV § 4 Abs. 1 und 2

1. Für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen für die Versorgung von Haushaltskunden mit Gas um Tarif- bzw. Grundversorungsverträge (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998, § 36 Abs. 1 EnWG 2005) oder um Normsonderverträge handelt, kommt es darauf an, ob der Energieversorger die Versorgung – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet.

2. Eine Preisanpassungsklausel, die das im Tarifkundenverhältnis bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV unverändert in einen formularmäßigen Gassondervertrag übernimmt, also davon nicht zum Nachteil des Kunden abweicht, stellt keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB dar.

3. Die Klausel in einem Erdgassondervertrag

„Der Gaspreis folgt den an den internationalen Märkten notierten Ölpreisen. Insofern ist ... [der Gasversorger] berechtigt, die Gaspreise ... auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten ... [des Gasversorgers] anzupassen. Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein.“

hält einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand.

(Leitsätze des BGH)

BGH, U. v. 15.07.2009 - VIII ZR 225/07 (vorgehend: LG Berlin, AG Berlin-Tiergarten)

(Ann. d. Red.: vgl. auch BGH, U. v. 15.07.2009 – VIII ZR 56/08:

Abdruck der Leitsätze in diesem Heft, Entscheidungsgründe auf unserer Homepage)

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Gaspreiserhöhungen. Die Beklagte ist ein Gasversorgungsunternehmen, das rund 650.000 Haushaltskunden in B. mit Erdgas beliefert. Der Kläger bezog Erdgas von der Beklagten. Mit Schreiben vom 6. September 2005 bestätigte die Beklagte dem Kläger den Wechsel in den Tarif „G.-Aktiv“ zum 1. Oktober 2005.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten heißt es unter anderem:

„§ 1 Geltungsbereich

1. Die G. [Beklagte] beliefert jeden Kunden als Tarifikunden, der faktisch Gas aus dem Versorgungsnetz der G. entnimmt, ohne zuvor mit der G. einen Erdgasversorgungsvertrag zu Sonderkonditionen abgeschlossen zu haben, auf der Grundlage der AVBGasV für Tarifikunden (...). Die Ergänzenden Bestimmungen zur AVBGasV werden in den §§4 bis 13 der nachfolgenden AGB definiert.

2. Für den Abschluss eines Erdgasversorgungsvertrags mit Sonderpreiskonditionen gelten die nachfolgenden AGB vorrangig. Die Vorschriften der AVBGasV gelten, soweit diese AGB nichts anderes vorsehen, für Kunden mit Sonderpreiskonditionen bzgl. der Preisangebote „G. -Vario“, „G. -Fix“ und „G. -Aktiv“ ergänzend.

§ 3 Preisanpassungen

Der Gaspreis folgt den an den internationalen Märkten notierten Ölpreisen. Insofern ist die G. berechtigt, die Gaspreise vorbehaltlich der Regelungen in §§ 16 bis 19 dieser AGB [diese betreffen den hier nicht einschlägigen Tarif „G.-Fix“] auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten der G. anzupassen. Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein. Die Anpassung des Tarifikundenpreises und der Sonderkundenpreise erfolgt entsprechend § 4 AVBGasV durch öffentliche Bekanntmachung.

§ 14 Vertragslaufzeit G.-Aktiv

Abweichend von § 32 Absatz 1 AVBGasV beträgt die Mindestvertragslaufzeit 18 Monate.

Soweit der Vertrag nicht von einer der beiden Seiten mit einer Frist von einem Monat auf das Ende der Vertragslaufzeit gekündigt wird, verlängert sich der Vertrag um jeweils 12 Monate. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des § 32 AVBGasV. Der Kunde kann insbesondere das Vertragsverhältnis mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Kalendermonats kündigen, wenn die G. die veröffentlichten Bedingungen für G.-Aktiv ändert.“

Die Beklagte erhöhte den Netto-Arbeitspreis im Tarif „G.-Aktiv“ zum 1. Oktober 2005 um 0,5 Cent/kWh auf 4,1 Cent/kWh und zum 1. Januar 2006 um weitere 0,5 Cent/kWh auf 4,6 Cent/kWh. Der Kläger meint, die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel sei unwirksam. Außerdem hielten die Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle nicht stand.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass die von der Beklagten in dem zwischen ihr und dem Kläger geschlossenen Gasversorgungsvertrag vorgenommenen Erhöhungen der Bezugspreise zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 unwirksam seien. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er seinen Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter verfolgt.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision hat Erfolg.

[6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Die von der Beklagten zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 vorgenommenen Preiserhöhungen im Tarif „G.-Aktiv“ seien wirksam. Die Beklagte sei zur Preisanpassung gemäß § 4 Abs. 2 AVBGasV berechtigt gewesen. Im Verhältnis der Parteien seien die Regelungen der AVBGasV als Verordnung anzusehen und unterlägen daher nicht der Inhaltskontrolle nach den gesetzlichen Bestimmungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen.

[8] Bei dem Kläger handele es sich um einen Tarifikunden. Die Abgrenzung zwischen Tarifikunden und Sonderkunden sei gesetzlich nicht geregelt. Maßgeblich für die Einstufung des Kunden sei die mangels gesetzlicher Begriffsbestimmung in der Entscheidungsfreiheit des Energieunternehmens stehende formale Vertragsgestaltung. Es sei davon auszugehen, dass es sich bei dem Streit-

gegenständlichen Vertrag um einen Tarifikundenvertrag handele. Die Beklagte habe in ihrem Angebot mehrere Tarife (Aktiv, Fix, Vario). Diese Tarife biete sie nicht nur einzelnen Kunden, sondern der Allgemeinheit im Rahmen der allgemeinen Versorgung gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 EnWG aF an. Es handele sich insoweit auch nicht um Normsonderkundenverträge zu besonderen Bedingungen. Der Kunde könne im Rahmen der allgemeinen Versorgung den seinem Abnahmeverhalten entsprechenden Tarif wählen. Weitere Dispositionsmöglichkeiten habe er nicht, sondern müsse sich auf die Bedingungen einlassen, die der Versorger mit dem gewählten Tarif verknüpfe. Dem stehe auch nicht entgegen, dass bei dem Tarif „G.-Aktiv“ eine Mindestvertragslaufzeit von 18 Monaten festgelegt sei. Es handele sich insoweit nicht um eine Sonderbedingung, die den Vertrag als Sonderkundenvertrag qualifizieren könne.

[9] Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien nicht um einen Tarifikundenvertrag handelte und § 3 der AGB einer Inhaltskontrolle nicht standhielte, sei die AVBGasV im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung heranzuziehen. Sofern aufgrund der Inhaltskontrolle eine Regelung weg falle und dispositive gesetzliche Bestimmungen fehlten, könne die Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn die Regelung der Parteien vervollständigungsbedürftig sei, das Unterbleiben der Vervollständigung also keine angemessene Lösung böte. Diese Voraussetzungen seien im Falle der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel gegeben. Insoweit sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung darauf abzustellen, was die Parteien bei Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten. Dabei komme der AVBGasV eine Leitbildfunktion zu. Aus der Pflicht zur allgemeinen Versorgung ergebe sich bereits, dass eine solche nur dann gewährleistet sei, wenn gestiegene Bezugskosten an die Kunden weitergegeben werden könnten. Dies müsse sowohl für Tarifikunden als auch für Sonderkunden gelten, sofern nicht ein anderes vereinbart sei.

[10] Die Preisanpassung sei nicht gemäß § 315 BGB unwirksam. Die Preiserhöhungen zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 unterlägen in Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB der gerichtlichen Billigkeitskontrolle. Sie entsprächen jedoch der Billigkeit. Die Tarife der Beklagten lägen auch nach den Erhöhungen unstreitig im unteren Bereich der deutschen Anbieter. Die Beklagte habe auch unbestritten dargelegt, dass ihre Bezugskosten im Zeitraum vor der ersten Tarifierhöhung bereits um 0,357 Cent/kWh und im Weiteren um insgesamt 1,387 Cent/kWh gestiegen seien. Die Beklagte habe insoweit auch nicht ihre gesamte Kalkulation offenzulegen. Sie habe dargelegt, dass die Tarifierhöhung noch unterhalb der Erhöhung ihrer Bezugspreise gelegen habe, so dass greifbare Anhaltspunkte für eine Unbilligkeit weder ersichtlich noch vorgetragen seien.

[11] II. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die von der Beklagten dem Kläger gegenüber vorgenommenen Gaspreiserhöhungen zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 wirksam seien. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Preisanpassungsregelung in § 3 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Ein Recht zur einseitigen Änderung des Gaspreises steht der Beklagten daher nicht zu, sodass die streitigen Preiserhöhungen schon deshalb unwirksam sind. Auf die Frage, ob die Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB standhielten, kommt es somit für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an.

[12] 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und der Revisionsrüge handelt es sich bei dem Kläger nicht um einen Tarifikunden im Sinne des zur Zeit der streitgegenständlichen Preiserhöhungen noch geltenden § 1 Abs. 2 AVBGasV, sondern um einen Normsonderkunden, so dass die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifikunden nicht von Gesetzes wegen Bestandteil des Versorgungsvertrages und die

Beklagte nicht unmittelbar gemäß § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV zur Preisänderung befugt ist.

[13] Der Senat hat unter Geltung von § 6 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz – EnWiG) vom 13. Dezember 1935 für die Abgrenzung zwischen Tarifkundenverträgen und Sonderkundenverträgen ausgesprochen, dass unter einem Tarif dasjenige Preisgefüge zu verstehen ist, zu dem sich ein Versorgungsunternehmen öffentlich erbiertet, im Rahmen seiner aus § 6 EnWiG folgenden Verpflichtung jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83, WM 1985, 431, unter I 2). Dabei hat er der Veröffentlichung der Vertragsmuster indizielle Bedeutung für den Willen des Versorgungsunternehmens beigemessen, die darin enthaltenen Bedingungen der Allgemeinheit und nicht nur einzelnen Abnehmern anzubieten; er hat jedoch offengelassen, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen veröffentlichte Vertragsmuster letztlich als Tarife behandelt werden müssen (aaO).

[14] a) Die Frage ist dahin zu beantworten, dass es für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um Tarif- bzw. Grundversorgungsverträge mit allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG 2005 handelt, darauf ankommt, 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 genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet (vgl. Hempel, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: Dezember 2008, § 1 AVBEITV Rdnr. 42 ff.; KG, Urteil vom 28. Oktober 2008 - 21 U 160/06, ZMR 2009, 280, unter II B 2 b (4) – Revision anhängig unter VIII ZR 312/08).

[15] Nach der Bundestarifordnung Gas (aufgehoben mit Wirkung vom 29. April 1998 durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) waren die Versorger zwar verpflichtet und nach der Bundestarifordnung Elektrizität (aufgehoben mit Wirkung vom 1. Juli 2007 durch Art. 5 Abs. 3 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970) jedenfalls berechtigt, zur Erfüllung ihrer Versorgungspflicht nach § 6 EnWiG, an dessen Stelle zunächst § 10 EnWG 1998 und nunmehr § 36 EnWG 2005 getreten sind, mehrere Allgemeine Tarife (Kleinverbrauchstarif und Grundpreistarif, Pflichttarif und Wahltarife) anzubieten. Schon vor der Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 stand es ihnen jedoch frei, daneben Sonderverträge zu schließen, für deren inhaltliche Ausgestaltung – vorbehaltlich kartellrechtlicher Beschränkungen – der Grundsatz der Vertragsfreiheit galt (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984, aaO, unter I 1). Von dieser Möglichkeit wurde nicht nur gegenüber Industriekunden, sondern auch im Verhältnis zu Haushaltskunden in nicht unerheblichem Umfang Gebrauch gemacht. Der Gesetzgeber hat 1998 die Bundestarifordnung Gas mit der Begründung aufgehoben, sie sei in der Praxis nahezu bedeutungslos geworden, nachdem sich bei der Heizgas- und Gasvollversorgung mehr und mehr Preisvereinbarungen im Rahmen von Sonderverträgen durchgesetzt hätten und der Anteil des Gases im Haushalts- und Kleinabnehmerbereich nur zu Koch- und Warmwasserbereitzungszwecken immer weiter zurückgegangen sei. Nicht nur, aber insbesondere im Interesse letzterer blieb gleichwohl die Verpflichtung von Energieversorgungsunternehmen erhalten (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998), für Gemeindegebiete, in denen sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern durchführen, zu öffentlich bekannt zu gebenden Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarife jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (BT-Drs. 13/7274, S. 17). Entsprechend unterscheiden die Übergangsregelungen in § 115 Abs. 2 und 3 EnWG 2005 zwischen Verträgen über die Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie im Rahmen der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen

Versorgungspflicht und Verträgen über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht.

[16] An dem Nebeneinander von Tarifverträgen (jetzt Grundversorgungsverträgen) und Sonderverträgen hat sich durch die Einführung der §§ 36 ff. EnWG 2005 und die Aufhebung der Bundestarifordnungen Gas und Elektrizität nichts geändert (de Wyl/Essig in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2008, § 11 Rdnr. 6, 57 ff.). Nach § 36 EnWG 2005 ist nur der Grundversorger im Sinne von Absatz 2 der Vorschrift verpflichtet, Allgemeine Bedingungen und Allgemeine Preise für die Versorgung in Niederspannung oder Niederdruck öffentlich bekannt zu geben und im Internet zu veröffentlichen und zu diesen Bedingungen und Preisen jeden Haushaltskunden zu versorgen. Daneben sieht § 41 EnWG ausdrücklich Verträge mit Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung vor, die sowohl von dem Grundversorger als auch von anderen Versorgungsunternehmen angeboten werden können.

[17] b) Welche Art von Vertrag vorliegt, muss demnach durch Auslegung ermittelt werden. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus § 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten eindeutig, dass es sich bei dem Angebot „G.-Aktiv“ nicht um ein Angebot zum Abschluss eines Tarifvertrages im Sinne von § 10 Abs. 1 EnWG 1998 (Grundversorgungsvertrages nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005), sondern um ein (an Haushaltskunden gerichtetes) Angebot zum Abschluss eines Sondervertrages handelt. Nach § 1 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen beliefert die Beklagte jeden Kunden als Tarifkunden auf der Grundlage der AVBGasV, „der faktisch Gas aus dem Versorgungsnetz (...) entnimmt, ohne zuvor (...) einen Erdgasversorgungsvertrag zu Sonderkonditionen abgeschlossen zu haben“. Demgegenüber gelten gemäß § 1 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Abschluss eines Erdgasversorgungsvertrages mit Sonderpreiskonditionen vorrangig die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Der vom Kläger gewählte Tarif „G.-Aktiv“ wird ausdrücklich als Preisangebot mit Sonderpreiskonditionen benannt, für das in den §§ 14 und 15 weitere „Besondere Geschäftsbedingungen“ formuliert sind.

[18] 2. Für die Wirksamkeit der vom Kläger beanstandeten Preiserhöhungen kommt es deshalb darauf an, ob die Beklagte sich in § 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ein Preisänderungsrecht vorbehalten hat. Das ist nicht der Fall. Bei (Sonder-)Verträgen der Gasversorgung findet zwar gemäß § 310 Abs. 2 BGB eine Inhaltskontrolle nach §§ 308 und 309 BGB nicht statt, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit Gas abweichen, an deren Stelle die Gasgrundversorgungsverordnung getreten ist. Die beanstandete Preisanpassungsklausel unterliegt aber als Preisnebenabrede (st. Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 21. September 2005 - VIII ZR 38/05, WM 2005, 2335, unter II 1 m.w.N.) in jedem Fall der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB (BGHZ 138, 118, 123 zu den Vorgängerregelungen in § 23 Abs. 2 Nr. 2 und § 9 AGBG). Dieser hält sie nicht stand.

[19] a) Allerdings stellt eine Preisanpassungsklausel in einem Sondervertrag, die das im Tarifkundenverhältnis bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV (BGHZ 172, 315, Tz. 13 ff.) unverändert in einen Normsondervertrag übernimmt, also davon nicht zum Nachteil des Kunden abweicht, keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB dar.

[20] Mit der Regelung des § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 AGBG) hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, es den Versorgungsunternehmen freizustellen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten. Dahinter steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer. Der Gesetzgeber hat ein Bedürfnis für eine Parallelgestaltung der Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen gegenüber Verbrauchern

als Tarifkunden und Verbrauchern als Sonderabnehmern insbesondere vor dem Hintergrund gesehen, dass infolge der Liberalisierung auf dem Energieversorgungsmarkt zunehmend auch Verbraucher mit Versorgungsunternehmen Verträge abschließen, die nicht von vornherein den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität, Gas usw. unterliegen, und deshalb zu „Sonderabnehmern“ werden (BT-Drs. 14/6040, S. 160). Den Bestimmungen der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden kommt deshalb ebenso wie denjenigen der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie und den Nachfolgeregelungen der Gasgrundversorgungsverordnung für Sonderkundenverträge „Leitbildfunktion im weiteren Sinne“ zu, auch wenn sie dafür unmittelbar nicht gelten (BGHZ 138, 118, 126 f.).

[21] Ein und dieselbe Regelung kann sich allerdings für Sonderabnehmer ungleich nachteiliger auswirken als für Tarifkunden. § 310 Abs. 2 BGB verhindert daher die Überprüfung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung in einem Sonderabnehmervertrag auf eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB nicht. Diese ermöglicht es, Unterschiede zwischen Tarif- und Sonderkunden zu berücksichtigen (BGHZ 138, 118, 123). Den Bestimmungen der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden ist deshalb Leitbildfunktion für Sonderkundenverträge nicht pauschal beizumessen; vielmehr ist sie für jede einzelne in Rede stehende Bestimmung zu prüfen (BGHZ 176, 244, Tz. 25). Sie ist jedoch für das Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV zu bejahen (Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, NJW 2009, 578, zur Veröffentlichung in BGHZ 179, 186 vorgesehen, Tz. 20).

[22] aa) Das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Vorbehalt einer einseitigen Leistungsbestimmung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erforderliche berechtigte Interesse des Verwenders (vgl. BGHZ 164, 11, 26 f. m.w.N.) ist bei Verträgen mit Normsonderkunden ebenso wie im Bereich der Tarifkundenversorgung (Grundversorgung) zu bejahen. Den Gasversorgungsunternehmen soll nach dem Willen des Verordnungsgebers der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden die Möglichkeit gegeben werden, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit an die Kunden weiterzugeben, ohne die Verträge kündigen zu müssen (BR-Drs. 77/79, S. 34). Insofern ist eine sachliche Gleichbehandlung der Haushaltssonderkunden mit den Tarifkunden geboten. Die Haushaltssonderkunden der Beklagten werden auf der Grundlage des Vertrags „G.-Aktiv“ ebenso wie die Tarifkunden aufgrund eines standardisierten Vertrages zu einheitlichen Preisen mit Gas beliefert. Der Vertrag ist auch trotz der besonderen Bestimmungen über die Vertragslaufzeit in § 14 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einem auf unbestimmte Zeit laufenden Tarifkundenvertrag vergleichbar. Denn es ist zwar das Kündigungsrecht beider Parteien jeweils für einen bestimmten Zeitraum ausgeschlossen; der Vertrag wird jedoch automatisch verlängert, wenn er von keiner der Parteien gekündigt wird. Es kann deshalb im vorliegenden Fall offen bleiben, ob dem Versorger auch dann ein berechtigtes Interesse an einer Preisänderung zuzugestehen ist, wenn der Sondervertrag von vornherein nur eine begrenzte Laufzeit hat.

[23] bb) Eine § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel genügt allerdings nicht den Anforderungen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt (BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, WM 2009, 1077, Tz. 25; BGHZ 164, 11, 26 f.; Urteil vom 13. Dezember 2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054, Tz. 21; Urteil vom 21. September 2005, aaO, unter II 2). § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV regelt nur, dass das Gasversorgungsunternehmen Gas zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen zur Verfügung stellt und Änderungen der allgemeinen Tarife erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden.

Die Vorschrift lässt nicht erkennen, dass das Versorgungsunternehmen bei der Preisanpassung das Äquivalenzverhältnis wahren muss und sie nicht dazu nutzen darf, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben, um nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (BGHZ 178, 362, Tz. 25). Sie lässt den Kunden weiter im Unklaren darüber, dass aufgrund der Bindung des Allgemeinen Tarifs an billiges Ermessen mit dem Recht des Versorgungsunternehmens zur Abwälzung von Kostensteigerungen auf seine Kunden die Pflicht einhergeht, Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostensteigerungen und diese nach denselben Maßstäben an die Kunden weiterzugeben (BGHZ 176, 244, Tz. 26).

[24] Dies steht der unveränderten Übernahme von § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV in einen Sonderkundenvertrag unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Benachteiligung des Sonderkunden (§ 307 Abs. 1 BGB) indes nicht entgegen. Wie oben ausgeführt, soll es den Versorgungsunternehmen nach dem Willen des Gesetzgebers freistehen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten, und soll der Schutz der Sonderabnehmer nicht weitergehen als derjenige der Tarifabnehmer. Der Gesetzgeber hat deshalb mit § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV selbst den Maßstab gesetzt, nach dem zu beurteilen ist, ob Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt werden. Mit einer unveränderten Übernahme von § 4 AVBGasV in das Sonderkundenverhältnis wird das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel erreicht, Sonderkunden nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als Tarifkunden. Es ist nicht ersichtlich, dass dafür im Bereich von Sonderverträgen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit und die Konkretisierung einer Preisanpassungsregelung gestellt werden müssten, als sie im Bereich der Tarifkundenversorgung durch § 4 AVBGasV unmittelbar erfüllt werden. Dem Sonderkunden steht ebenso wie dem Tarifkunden eine Überprüfung von einseitigen Preisänderungen nach § 315 BGB offen. Stimmt die vertragliche Preisanpassungsklausel mit § 4 AVBGasV inhaltlich überein, das heißt, weicht sie davon nicht zum Nachteil des Abnehmers ab, liegt danach eine unangemessene Benachteiligung des Sonderabnehmers nicht vor (ebenso Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 310 BGB Rdnr. 97, 101, 106; Graf von Westphalen, ZIP 2008, 669, 673; Rosin/Mätzig, RdE 2008, 225, 227 ff.).

[25] b) Die Preisanpassungsklausel in § 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten enthält indes keine unveränderte Übernahme des Preisänderungsrechts nach § 4 AVBGasV in den Sondervertrag „G.-Aktiv“, sondern weicht – jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (BGHZ 176, 244, Tz. 19) – zum Nachteil der Kunden der Beklagten davon ab und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

[26] aa) § 4 AVBGasV ermöglicht die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an Tarifkunden nur insoweit, als die Kostensteigerung nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGHZ 172, 315, Tz. 26; 178, 362, Tz. 39). Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass eine Preisanpassungsbefugnis das Äquivalenzverhältnis wahren muss und dem Berechtigten nicht die Möglichkeit geben darf, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und so nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (BGH, Urteil vom 21. April 2009, aaO, Tz. 25; Urteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 18; BGHZ 176, 244, Tz. 18; Urteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 21; Urteil vom 21. September 2005, aaO, unter II 2).

[27] Diesen Anforderungen wird die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel nicht gerecht. Sie sieht die uneingeschränkte Weitergabe von Bezugskostensteigerungen vor. Damit ermöglicht sie der Beklagten eine Preiserhöhung wegen gestiegener Gasbezugskosten auch dann, wenn sich ihre Kosten insge-

samt nicht erhöht haben, und ermöglicht damit eine Verschiebung des vertraglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses zum Nachteil der Kunden der Beklagten.

[28] bb) Aus der Bindung des Allgemeinen Tarifs an billiges Ermessen folgt, wie oben bereits ausgeführt, weiter, dass das Preisänderungsrecht des Gasversorgungsunternehmens nach § 4 AVBGasV mit der Rechtspflicht einhergeht, bei einer Tarifanpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen und den Zeitpunkt einer Tarifänderung so zu wählen, dass Kostensenkungen nicht nach für den Kunden ungünstigeren Maßstäben Rechnung getragen wird als Kostenerhöhungen. Die gesetzliche Regelung umfasst daher neben dem Recht des Versorgers zur Preisanpassung auch die Pflicht hierzu, wenn die Anpassung dem Kunden günstig ist (BGHZ 176, 244, Tz. 26; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. April 2009, aaO, Tz. 25).

[29] Eine solche Verpflichtung enthält § 3 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten nicht. Nach dem Wortlaut der Preisanpassungsklausel „ist die G. berechtigt, die Gaspreise (...) auch während der laufenden Vertragsbeziehung an die geänderten Gasbezugskosten der G. anzupassen.“ Diese Formulierung lässt eine Auslegung zu, nach der die Beklagte zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung unabhängig davon vorzunehmen, in welche Richtung sich die Gasbezugskosten seit Vertragsschluss oder seit der letzten Preisanpassung entwickelt haben. Etwas anderes folgt auch nicht aus der anschließenden Formulierung „Die Preisänderungen schließen sowohl Erhöhung als auch Absenkung ein.“ Daraus ergibt sich zwar, dass auch Preissenkungen möglich sind. Der Formulierung ist aber nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu entnehmen, dass die Beklagte auch im Falle einer Absenkung der Gasbezugskosten verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen. Mangels anderweitiger vertraglicher Vorgaben hat die Beklagte damit die Möglichkeit, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, und durch die in der Preisanpassungsklausel nicht vorgegebene Wahl des Preisanpassungstermins erhöhten Gasbezugskosten umgehend, niedrigeren Gasbezugskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung durch eine Preisänderung Rechnung zu tragen (vgl. BGHZ 176, 244, Tz. 20 f.).

[30] Diese Möglichkeit wird ihr entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht dadurch genommen, dass nach § 3 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Anpassung der Sonderkundenpreise „entsprechend § 4 AVBGasV durch öffentliche Bekanntmachung“ erfolgt. Damit wird unter Berücksichtigung der Voraussetzungen, die § 3 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten für die Preisänderung aufstellt, aus der Sicht eines durchschnittlichen Vertragspartners der Beklagten nur die Form geregelt, in der die Preisanpassung erfolgt (durch öffentliche Bekanntmachung). Nicht aber werden dadurch die Voraussetzungen des § 4 AVBGasV für eine Preisänderung in den Sondervertrag übernommen. Dasselbe gilt, soweit § 1 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten die Vorschriften der AVBGasV für das Preisangebot „G.-Aktiv“ für ergänzend anwendbar erklärt. Wegen der Sonderregelung für Preisanpassungen in § 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist für die Vertragspartner der Beklagten jedenfalls unklar, ob die subsidiäre Bezugnahme auf die AVBGasV auch die – ungeschriebenen – Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 23).

[31] c) Die Unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Unangemessenheit von Preisänderungsklauseln durch die dem Kunden eingeräumte Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeglichen werden kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ein Recht des Kunden zur Lösung vom Vertrag vermag jedenfalls nicht stets zu einem angemessenen Interessenausgleich zu

führen. Dies hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab. Dabei sind die Art des jeweiligen Vertrags, die typischen Interessen der Vertragschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (Senatsurteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 27; BGH, Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 247/06, NJW 2008, 360, Tz. 13; jeweils m.w.N.).

[32] aa) Ein angemessener Ausgleich einer benachteiligenden Preisanpassungsklausel setzt insbesondere voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preiserhöhung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird (Senatsurteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 30 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Nach der für den Tarif „G.-Aktiv“ in § 14 Nr. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten getroffenen Regelung gilt für die Kündigung § 32 AVBGasV entsprechend. Bei einer Änderung der Preise kann der Kunde das Vertragsverhältnis mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Kalendermonats kündigen. Eine rechtzeitige Information des Kunden, die es ihm ermöglicht, vor Wirksamwerden der Preisänderung zu kündigen, ist bei der in § 3 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten vorgesehenen Anpassung der Sonderkundenpreise durch öffentliche Bekanntmachung nicht hinreichend sichergestellt. Außerdem kann die Preisanpassung unmittelbar nach der Bekanntmachung wirksam werden, während die Kündigung fristgebunden ist.

[33] Das entspricht zwar den in § 4 Abs. 1 und 2, § 32 Abs. 2 AVBGasV – für den Fall einer Preisanpassung auf gesetzlicher Grundlage – getroffenen Regelungen. Dadurch kann aber die oben (unter b) ausgeführte unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten durch die vertragliche Preisanpassungsklausel nicht kompensiert werden.

[34] bb) Ein angemessener Ausgleich dieser Benachteiligung durch Einräumung eines Sonderkündigungsrechts scheidet hier – wie die Revision zu Recht geltend macht – außerdem daran, dass die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf dem Berliner Markt im streitgegenständlichen Zeitraum eine Monopolstellung innehatte, weil weitere Gasversorgungsunternehmen nicht vorhanden waren. Das Kündigungsrecht stellt deshalb für die Mehrzahl der Kunden der Beklagten, die entweder an die Entscheidung des Vermieters für den Heizenergieträger Gas gebunden sind oder selbst die Entscheidung dafür getroffen und entsprechende Investitionen getätigt haben, keine echte Alternative dar, weil sie dann nur die Möglichkeit hätten, sich von der Beklagten zu dem (regelmäßig teureren) Allgemeinen Tarif mit Gas beliefern zu lassen.

[35] 3. Der Beklagten ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht entsprechend § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV zuzubilligen.

[36] Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen zwar auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung (BGHZ 90, 69, 75 zu der Vorgängerregelung in § 6 Abs. 2 AGBG). Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt aber 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). Das ist hier nicht der Fall.

[37] Gemäß § 14 Nr. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen steht der Beklagten das Recht zu, sich jeweils mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit von 18 Monaten und sodann zum Ablauf der um je zwölf Monate verlängerten Vertragslaufzeit vom Vertrag zu lösen. Wenn sie bis zu diesem Zeitpunkt an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden

bleibt, so führt dies nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis (vgl. BGHZ 176, 244, Tz. 33; Senatsurteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 26). Soweit die Beklagte in der Revisionsinstanz geltend macht, eine nicht mehr hinnehmbare grundlegende Störung des vertraglichen Gleichgewichts ergebe sich daraus, dass sie aus rechtlichen und politischen Gründen massenhafte Rückforderungen anderer Kunden zu gewärtigen habe, in deren Verträgen die unangemessene Preisanpassungsklausel ebenfalls enthalten sei, zeigt sie entsprechenden Sachvortrag in den Instanzen nicht auf, obwohl dazu Anlass bestanden hätte, nachdem bereits das Amtsgericht die Preisanpassungsklausel gemäß § 307 Abs. 1 BGB als unwirksam angesehen hat. Es kann deshalb offen bleiben, ob ein sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleich lautender Verträge ergebender wirtschaftlicher Nachteil überhaupt geeignet sein kann, eine nicht mehr hinnehmbare einseitige Verschiebung des im Individualprozess zu beurteilenden konkreten Vertragsgefüges zulasten des Verwenders zu begründen.

[38] III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da die von der Beklagten dem Kläger gegenüber vorgenommenen Gaspreiserhöhungen zum 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 unwirksam sind, hat das Amtsgericht der Feststellungsklage zu Recht stattgegeben; die Berufung der Beklagten ist somit zurückzuweisen.

5. Wirtschaftsprüferbescheinigung nicht zum Nachweis der Billigkeit geeignet

BGB § 314; ZPO §§ 138, 286

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.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, U. v. 08.07.2009 - VIII ZR 314/07 (vorgehend: LG Oldenburg, AG Delmenhorst)

Zum Sachverhalt:

Die Kläger bezogen als Tarifkunden Erdgas von der Beklagten, einem kommunalen Versorgungsunternehmen. Die Beklagte erhöhte den Arbeitspreis für Erdgas im Heizgastarif zum 1. Oktober 2004, zum 1. Oktober 2005 und zum 1. Januar 2006. Die Kläger widersprachen der Preiserhöhung. Mit ihrer Klage haben die Kläger die Feststellung begehrt, dass die von der Beklagten vorgenommenen Erhöhungen des Arbeitspreises Erdgas unbillig und unwirksam seien. Die Beklagte hat Klageabweisung, hilfsweise die Bestimmung des zwischen den Parteien geltenden Arbeitspreises Erdgas zum 1. Oktober 2004 und 1. Oktober 2005 beantragt. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben und ausgeführt, mangels Darlegung der Preiskalkulation der Beklagten könne es auch deren Hilfsantrag nicht entsprechen. Auf die vom Amtsgericht zugelassene Berufung der Beklagten hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Aus den Gründen:

[4] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

[5] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[6] Das Feststellungsbegehren der Kläger sei zulässig, aber unbegründet. [...] Die streitigen Preiserhöhungen hätten noch unter den in den fraglichen Zeiträumen liegenden Bezugskostensteigerungen gelegen und hätten sich im Preisvergleich mit anderen Gasversorgern im Bundesgebiet als durchaus marktüblich erwiesen, so dass die erfolgten Erhöhungen im Entscheidungsrahmen der Beklagten noch den Billigkeitsgrundsätzen des § 315 Abs. 3 BGB entsprochen hätten.

[7] Im Rahmen der Billigkeitsprüfung des § 315 Abs. 3 BGB sei anerkannt, dass jedenfalls die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an die Tarifkunden im Grundsatz der Billigkeit entspreche. Vorliegend habe die Beklagte zu den Bezugskostensteigerungen, die den Preiserhöhungen zum 1. Oktober 2004, 1. Oktober 2005 und 1. Januar 2006 zu Grunde lägen, dezidiert vorgetragen und ihre Bezugskostensteigerungen durch Vorlage eines entsprechenden Wirtschaftsprüfungsberichts unabhängiger Wirtschaftsprüfer nachgewiesen. Die Bescheinigung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft über die Preisentwicklung in der Zeit vom 1. Januar 2004 bis 1. Oktober 2007 vermöge durchaus darzulegen und zu beweisen, dass eine entsprechende Bezugskostensteigerung stattgefunden habe. Das Wirtschaftsprüfungunternehmen habe klargestellt, auf der Basis welcher vorgelegten Verträge, insbesondere der Erdgaslieferverträge, und Buchungsbelege die Prüfung erfolgt sei. Warum diese Unterlagen nicht aussagekräftig sein sollten beziehungsweise welche weiteren Unterlagen sie für erforderlich gehalten hätten, sei von den Klägern nicht substantiiert dargelegt worden. Das pauschale Bestreiten der ermittelten Ergebnisse sei in diesem Zusammenhang daher nicht beachtlich. Es bestehe keine Verpflichtung der Beklagten, ihre gesamten betriebswirtschaftlichen Unterlagen, insbesondere die Kalkulation des Gesamtpreises, offen zu legen.

[8] Aus den vorgelegten Preisvergleichen zum 1. Januar 2005, 1. Januar 2006 und 1. Januar 2007 ergebe sich für die Beklagte, dass sie im Vergleich zwischen rund 600 Gasversorgungsunternehmen im Bundesgebiet mit dem für sie ermittelten Gaspreisindex jeweils auch im Landesdurchschnitt im Mittelfeld der Anbieter angesiedelt sei. Insoweit habe die Beklagte durch die Vorlage dieser unbestrittenen Preisvergleiche zudem nachgewiesen, dass ihr Preis als marktüblich anzusehen sei. Damit entspreche der von der Beklagten verlangte Gaspreis dem regelmäßig für vergleichbare Leistungen auf dem Markt verlangten Entgelt. Die verlangten Preiserhöhungen lägen also im Rahmen des Marktüblichen. Auch unter diesem Gesichtspunkt bewege sich die Beklagte mit den von ihr verlangten Erhöhungen im Rahmen des ihr durch § 315 BGB eingeräumten Entscheidungsspielraumes.

[...]

[12] II. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die von den Klägern geltend gemachte Unbilligkeit der streitigen Gaspreiserhöhungen nicht verneint werden.

[13] 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Klage für zulässig gehalten. Insbesondere haben die Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit der Gaspreiserhöhungen (§ 256 Abs. 1 ZPO). Auf eine Leistungsklage können sie schon deshalb nicht verwiesen werden, weil das Rechtsschutzziel der hier gegebenen negativen Feststellungsklage mit einer Leistungsklage nicht erreicht werden kann (BGHZ 172, 315, Tz. 10).

[14] 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die streitigen Erhöhungen der Gastarife 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. Juni 1979, BGBl. I S. 676), die auf den Streitfall noch anzuwenden ist, hat die Beklagte von einem ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrecht im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB Gebrauch gemacht (vgl. BGHZ 172, 315, Tz. 13, 17; Senatsurteil vom 19. November 2008 -VIII ZR 138/07, NJW 2009, 502, zur Veröffentlichung in BGHZ 178, 362 vorgesehen, Tz. 26).