

11 U 61/07 (Kart)

3/12 O 248/06

Landgericht Frankfurt am Main

Verkündet am 5. Mai 2009

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

...

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Richter
... aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31.03.2009 für Recht
e r k a n n t :

Auf die Berufung der Berufungskläger zu 1), 2) und 5) bis 24) wird das Urteil
des Landgerichts Frankfurt am Main – 12.Kammer für Handelssachen – vom
03.08.2007 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise
abgeändert.

Es wird festgestellt, dass die durch die Beklagte gegenüber den
Berufungsklägern in ihren Sonderverträgen für Erdgas verwendete
Preisgleitklausel :

„3. X wird den Erdgaspreis unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung für die Bereitstellung von Erdgas und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärmemarkt in der Regel zum 1. April und 1. Oktober eines Jahres festsetzen. Preisänderungen zu anderen Terminen bleiben vorbehalten. Preisänderungen werden in der Tagespresse des Versorgungsgebietes öffentlich bekannt gegeben.“

hinsichtlich der Berufungskläger mit Wirkung zum 01.11.2005 unwirksam ist.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Von den außergerichtlichen Kosten des ersten Rechtszuges tragen die Kläger zu 1), 3), 5), 6), 7), 8), 17), 18), 21), 22), 27), 28), 32), 34) und 35) diejenigen der Beklagten zu 35% und die Beklagte diejenigen der übrigen Kläger voll. Von den Gerichtskosten tragen die Kläger zu 1), 3), 5), 6), 7), 8), 17), 18), 21), 22), 27), 28), 32), 34) und 35) 35% und die Beklagte 65%.

Die Kosten des zweiten Rechtszuges trägt die Beklagte mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Berufungskläger zu 3) und 4), die ihre Kosten selbst tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann eine Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e :

I.

Die Kläger/Klägerinnen (nachfolgend: Kläger) wenden sich gegen die Höhe des von der Beklagten verlangten Gesamtbezugspreises für Gas.

Sie beziehen Gas von der Beklagten zu unterschiedlichen Tarifen. Wegen der Einzelheiten wird auf das Tarifblatt Sondervertragspreise Stand 1. November 2005 (Anlage B 1) sowie die Klageerwiderung S. 4 f. (Bl. 124 ff. d.A.) Bezug genommen. Im ersten Rechtszug war unstreitig, dass die Kläger Tarifkunden seien.

Die Beklagte hat ihre Preise zum 01.11.2005 angehoben.

Die Kläger haben auf die Preiserhöhung unterschiedlich reagiert. Teilweise haben sie widersprochen und nur den alten Preis weiterbezahlt, teilweise haben sie widersprochen und einen Aufschlag von (nur) 2% auf die alten Preise bezahlt, teilweise haben sie auch „die alten Preise“ als unbillig gerügt und sich deren Überprüfung vorbehalten (näher Anl. B 6).

Sie haben die Ansicht vertreten, zu überprüfen sei nicht nur die Preiserhöhung zum 01.11.2005, sondern der ab 01.11.2005 geltende Gesamtpreis bzw. der Sockelbetrag. Die Billigkeitskontrolle setze die Offenlegung der gesamten Kalkulation voraus. Die Kläger haben bestritten, dass die Preisanhebung zum 01.11.2005 ausschließlich durch gestiegene Bezugskosten der Beklagten bedingt sei.

Die Kläger haben beantragt:

Es wird festgestellt, dass der durch die Beklagte seit 01.11.2005 verlangte Gesamtbezugspreis für ihr Produkt Gas aufgrund des zwischen ihr und dem jeweiligen Kläger bestehenden Gaslieferungsvertrages unbillig und damit unwirksam ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Klagehäufung und den Feststellungsantrag für unzulässig gehalten und gemeint, aus den anzustellenden Preisvergleichen ergebe sich, dass sie – die Beklagte – marktgerechte, d.h. marktübliche Preise fordere.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung und der tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Von den ursprünglich 37 Klägern haben 24 Berufung eingelegt und diese – zunächst im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags - begründet. Mit Schriftsatz vom 22.12.2008 haben die (Berufungs-) Kläger erstmals behauptet, sie seien nicht Tarif-, sondern Sondervertragskunden der Beklagten. Dies ergebe sich aus einer – erst jetzt aufgefundenen – Korrespondenz eines der Kläger mit der Beklagten aus dem Jahr 1990, aus welcher hervorgehe, dass die Beklagte im Wege der Änderungskündigung eine neue Preisanpassungsklausel eingeführt habe (Bl. 351 ff. d.A.). Die auch heute noch in den Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag verwendete Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot und sei gem. §§ 305, 307 BGB nichtig.

Die Kläger beantragen nach Rücknahme der Berufung durch die Berufungskläger zu 3) und 4)

1.) nach ihrem Antrag 1. Instanz zu erkennen;

2.) hilfsweise

festzustellen, dass die durch die Beklagte gegenüber den Klägern in ihren Sonderverträgen für Erdgas verwendete Preisgleitklausel:

„3. X wird den Erdgaspreis unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung für die Bereitstellung von Erdgas und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärmemarkt in der Regel zum 1. April und 1. Oktober eines Jahres festsetzen. Preisänderungen zu anderen Terminen bleiben vorbehalten. Preisänderungen werden in der Tagespresse des Versorgungsgebietes öffentlich bekannt gegeben.“

unwirksam ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vorbringens in erster Instanz und meint, der neue Vortrag zum Vertragsstatus der Kläger sei nicht zuzulassen. In der Sache sei er überdies unzutreffend, weil sie die Kläger zu ihren, der Beklagten, allgemeinen Tarifen als Tarifkunden beliefe.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist in der Sache nach dem Hilfsantrag begründet.

1.)

a) Die Beklagte hat ihre Bedenken gegen die Zulässigkeit der „Sammelklage“ und des Feststellungsantrags in der Berufungsinstanz zu Recht nicht wiederholt.

Insoweit hat schon das Landgericht das Erforderliche ausgeführt.

Die Kläger machen 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 Klägern möglicherweise ein unterschiedlicher Prüfungsmaßstab in Betracht zu ziehen sein könnte, ist ebenso unerheblich wie etwa eine unterschiedliche Antragstellung (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl. § 60 Rn. 7).

b) Sowohl der zunächst ausschließlich gestellte (Haupt-) Feststellungsantrag (BGH NJW 07, 2540, ZNER 07, 313) wie der erst in der Berufungsinstanz gestellte Hilfsantrag sind zulässig.

Bei dem in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag handelt es sich um eine Klageänderung durch Klageerweiterung (Klagehäufung), deren Zulässigkeit in der Berufungsinstanz sich nach § 533 ZPO richtet. Die Klageänderung ist – ungeachtet der Frage, ob nicht die rügelose Einlassung der Beklagten zur Sache bereits eine stillschweigende Einwilligung enthält – sachdienlich, weil sie geeignet ist, den Rechtsstreit endgültig beizulegen, und auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Gericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin zugrunde zu legen hat (§§ 533, 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO).

Die Behauptung der Kläger im Schriftsatz vom 22.12.2008, das Schreiben der Beklagten vom 30.07.1990, mit dem eine Änderungskündigung der Sonderverträge ausgesprochen und eine neue Preisanpassungsklausel angekündigt wurde, sei erst jetzt in den Unterlagen aufgefunden worden, erscheint dem Senat plausibel und ist von der Beklagten nicht bestritten worden. Der Senat hat daher keine Bedenken, den Vortrag zuzulassen (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Er enthält ohnedies nur ein Indiz für die Wertung der vertraglichen Beziehungen der Parteien. Im Übrigen beruht die Behauptung, die Kläger seien nicht Tarif-, sondern Sondervertragskunden, nicht auf neuem Tatsachenstoff, sondern einer anderen rechtlichen Würdigung der bereits in der ersten Instanz vorgetragenen Umstände und vorgelegten Urkunden, insbesondere der Anlage B 1.

c) Das erforderliche Feststellungsinteresse ist auch bezüglich des Hilfsantrags gegeben (§ 256 ZPO). Die Beklagte beansprucht für sich ein einseitiges Recht zur Preisanpassung. Die Kläger haben ein rechtliches Interesse an der Feststellung, ob

die daraus abgeleiteten Zahlungsansprüche der Beklagten berechtigt sind bzw. nicht bestehen. Insoweit gilt für das Feststellungsinteresse nichts anderes wie für eine Billigkeitsprüfung gem. § 315 BGB, wie sie Gegenstand des Hauptantrags ist.

2.)

Die Klage ist mit dem Hilfsantrag im Wesentlichen begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.

a) Die Kläger sind nicht Tarifikunden, sondern Sondervertragskunden der Beklagten. Sie beziehen unstreitig Gas zu Sondervertragspreisen und zu den Bedingungen der Beklagten für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag. Zwar ist für die Einordnung eines Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunde letztlich nicht die gewählte Bezeichnung entscheidend. Die Kläger werden deshalb nicht schon dadurch zu Sondervertragskunden, dass die Beklagte sie zu „Sondervertragspreisen“ beliefert (OLG Frankfurt, Urteil v. 29.05.2008 – Az.: 15 U 47/07- vorgelegt als Anlage BBKI 13; LG Chemnitz, Urteil v. 6.5.2008, Az.: 1 O 2620/05 – vorgelegt als Anl. BBkl. B 12). Der Beklagten ist auch einzuräumen, dass nicht jeder gegenüber dem allgemeinen Tarif günstigere Preis zur Einordnung des betreffenden Vertrags als Sondervertrag führt. Vielmehr sind auch im Rahmen des allgemeinen Tarifs Staffelpreise vorstellbar. Hier liegt der Fall jedoch anders.

Nach § 1 Abs. 2 AVBGasV war Tarifikunde, wer gem. § 6 Abs. 1 EnWG Gas auf der Grundlage der Allgemeinen Versorgungsbedingungen bezog. Die Verordnung regelte unmittelbar und zwingend die Versorgungsbedingungen der Tarifabnehmer.

Etwas anderes galt, wenn die Belieferung nicht zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, sondern zu anderen Konditionen erfolgte. Die Versorgungsunternehmen hatten auch schon unter der Geltung des § 6 Abs. 1 EnWG a.F. die Möglichkeit, neben dem allgemeinen Tarif günstigere Angebote zu machen. Dies war in der Gaswirtschaft flächendeckend für Kunden der Fall, die mit dem Gasbezug ihren Gesamtbedarf an Raumwärme, ggfs. einschließlich Wasserversorgung und Energie zum Kochen deckten. Ihnen stand zwar ein Anspruch auf Belieferung als Tarifikunde zu. Erfolgte in diesen Fällen die Belieferung

aber zu von den allgemeinen Tarifen abweichenden Konditionen, so wurde der Kunde damit zum Sondervertragskunden (Büdenbender, EnWG, 2003, § 10 Rn. 24).

b) So liegt der Fall auch hier. Die Kläger beziehen das Gas von der Beklagten nicht nur zu – unterschiedlichen – Staffelpreisen im Rahmen so bezeichneter „Sonderverträge Heizgasvollversorgung I und II“, sondern auch zu Bedingungen, die von den AVBGasV teilweise abweichen. Das gilt in erster Linie, aber nicht nur von der streitgegenständlichen Preisanpassungsklausel.

Die Beklagte geht erkennbar selbst davon aus, dass es sich bei den Vertragsverhältnissen der Kläger nicht nur um eine (missverständliche) Bezeichnung für verschiedene allgemeine Tarife, sondern um echte Sonderverträge handelt. Denn sie verweist in ihren Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag wiederholt auf die AVBGasV, etwa wenn es heißt: „Soweit in diesem Vertrag nicht anders vereinbart, gelten die Bestimmungen der AVBGasV“ oder „ Die Abrechnung des gelieferten Gases erfolgt in derselben Weise wie bei Kunden, die zu den allgemeinen Tarifpreisen versorgt werden“.

Noch deutlicher ergibt sich dies aus dem von den Klägern vorgelegten Schreiben der Beklagten vom 30.07.1990 (Bl. 351 d.A.), mit dem die neue Preisänderungsklausel in die Sonderverträge eingefügt werden sollte. Wörtlich heißt es am Ende dieses Schreibens: „Sollten Sie die neuen Vertragsbedingungen ausdrücklich ablehnen, können wir Sie ab 1.Oktober 1990 nur noch zu den allgemeinen Tarifen mit Gas versorgen.“

Unstreitig bezog der Adressat dieses Schreibens, der ursprüngliche Kläger zu 5), Gas auf der Grundlage eines Sondervertrags zum Tarif 250 und haben weder er noch die anderen Kläger seinerzeit der Einführung der Preisänderungsklausel widersprochen, sondern beziehen weiterhin Gas auf der Grundlage der Sondervertragspreise zu den Bedingungen nach Sondervertrag. Damit handelt es sich hier nicht um eine missverständliche Bezeichnung allgemeiner Tarife, sondern um von der Beklagten ganz bewusst zu besonderen, von den allgemeinen Bedingungen abweichenden Konditionen angebotene Sonderverträge.

c) Die von der Beklagten gegen diese rechtliche Einordnung angeführten Gesichtspunkte können im Ergebnis nicht überzeugen. Insbesondere hat die Beklagte nicht plausibel darzulegen vermocht, weshalb sie in ihren Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag mehrfach auf die allgemeinen Tarifpreise Bezug nimmt und die AVBGasV als ergänzende Regelung einbezieht, soweit sich aus „diesem Vertrag ...nichts anderes ergibt“. Dass – wie die Beklagte vorträgt – die Kläger zu „standardisierten Bedingungen“ versorgt werden, besagt nicht, dass sie Tarifikunden sind. Wurden die AVB in Sonderverträgen als Vertragsinhalt zugrunde gelegt, so erfolgte die Belieferung ebenfalls nach standardisierten Bedingungen. Jedoch galten die AVB in diesem Fall nicht unmittelbar gem. § 6 Abs. 1 EnWG a.F. i.V.m. § 1 AVBGasV, sondern aufgrund freier vertraglicher Vereinbarung als AGB (Hermann /Recknagel/Schmidt-Salzer, Komm. zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen Bd. I, § 1 AVBEltV/GasV Rn. 18).

Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Preisänderungsklausel – wie die Beklagte meint – an keiner Stelle von den verordnungsrechtlichen Vorgaben des § 4 AVBGasV abweichen würde. Selbst wenn dies zuträfe, was - wie weiter unten noch auszuführen sein wird – nicht der Fall ist, führte dies nicht zur unmittelbaren Geltung der AVBGasV und zur Einordnung der Kläger als Tarifikunden, sondern handelte es sich – wie bei einer Bezugnahme auf die AVBGasV schlechthin (vgl. OLG Oldenburg, RdE 09, 25 = ZNER 08, 385) - um eine Einbeziehung aufgrund vertraglicher Vereinbarung und damit um der Überprüfung nach § 307 BGB unterliegende AGB (Recknagel a.a.O.).

Der aus § 6 EnWG 1935 bzw. § 10 EnWG 1998 folgende allgemeine Versorgungsanspruch läuft auch nicht leer, wenn die Kläger als Sondervertragskunden eingeordnet werden. Der Anspruch auf die Versorgung nach dem allgemeinen Grundtarif bleibt von einer solchen Einordnung unberührt (Büdenbender a.a.O.).

Schließlich spielt es für die Einordnung keine Rolle, dass die Beklagte ihre (Sonder-) Konditionen einer unbestimmten Vielzahl von Kunden einräumt und die jeweils gültigen Tarife veröffentlicht. Aus der Veröffentlichung kann nicht stets auf das

Vorliegen eines allgemeinen Tarifs geschlossen werden (näher OLG Oldenburg a.a.O.).

d) Soweit die Beklagte in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 06.04.2009 vorträgt, die Kunden würden automatisch auf der Grundlage ihrer Verbrauchsverhältnisse eingestuft, ist ihr Vortrag nach Schluss der mündlichen Verhandlung unbeachtlich und gibt dem Senat keinen Anlass, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Die Beklagte hatte ausreichend Gelegenheit, zu den Hinweisen des Senats vom 20.01.2009 Stellung zu nehmen und dabei insbesondere auch auf die konkreten Umstände des Vertragsabschlusses einzugehen. Darüber hinaus sind die Modalitäten des Vertragsabschlusses in der mündlichen Verhandlung angesprochen worden, weil die Beklagte in ihren Bedingungen vorsieht: „Die Einstufung in den Vertrag erfolgt auf Wunsch des Kunden. Eine Tarifberatung bietet X an.“. Dies haben die Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung als zutreffend bestätigt.

Nach allem ergibt sich die Einordnung der streitbefangenen Verträge als Sonderkundenverträge schon aus den dem Senat vorgelegten Vertragsunterlagen so deutlich, dass die Beklagte dem nicht mit mehr oder weniger allgemeinen rechtlichen Erwägungen zu Abgrenzungskriterien entgegentreten konnte. Vielmehr hätte sie aufzeigen müssen, warum trotz der eindeutigen Indizien vorliegend dennoch von einer Versorgung der Kläger zu den allgemeinen Tarifen auszugehen sein soll. Aus den zu der Akte gereichten Unterlagen ergibt sich das jedenfalls nicht. Die Verwendung einer eigenständigen vertraglichen Preisanpassungsklausel und der Verweis auf die AVBGasV, soweit die Vertragsbedingungen „nichts anderes bestimmen“, zeigt andererseits deutlich, dass die Beklagte die Kläger eben gerade nicht zu den allgemeinen Tarifen und Konditionen beliefern wollte.

Dieses auf den konkreten vertraglichen Beziehungen und Vereinbarungen beruhende Ergebnis kann auch nicht mit der Erwägung in Frage gestellt werden, ob der Bestimmung des erst im Juli 2005 in Kraft getretenen § 115 Abs. 3 EnWG andernfalls noch ein sinnvoller Anwendungsbereich verbleibt. Die rechtliche Einordnung einer seit langer Zeit bestehenden Lieferbeziehung kann nicht rückwirkend unter Berücksichtigung eines erst sehr viel später in Kraft getretenen

Gesetzes erfolgen. Im Übrigen erscheint die Argumentation nicht schlüssig, weil sich § 115 Abs. 3 EnWG gerade auf Sonderverträge bezieht, mithin eine entsprechende Zuordnung voraussetzt (Salje, EnWG, § 115 Rn. 32).

3.)

Das von der Beklagten in Anspruch genommene Preisbestimmungsrecht ergibt sich nach allem nicht aus einer gesetzlichen Regelung, sondern ist vertraglicher Natur. Die von der Beklagten in die Sonderverträge einbezogene Preisanpassungsklausel unterliegt deshalb der Inhaltskontrolle als AGB gem. § 307 BGB (BGHZ 176, 244).

a) Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von (Gas-)Versorgungsunternehmen unterliegen nach ständiger Rechtsprechung des BGH der Inhaltskontrolle nach §§ 310 Abs. 2, 307 Abs. 1 und 2 BGB (BGH, Urteil vom 21.09.2005 - VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; BGH, Urteil vom 13.12.2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054, 1055, jeweils m.w.N.; BGH, Urteil v. 29.04.2008, KZR 2/07 - Erdgassondervertrag, BB 2008, 1360; Büdenbender, NJW 2007, 2945, 2951).

Die Preisanpassungsklausel in Ziff. 3 der Bedingungen für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag hält einer Inhaltskontrolle nicht stand, weil sie die Vertragspartner der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

Preisanpassungsklauseln, die eine Preisanpassung wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten vorsehen, sind im Grundsatz nicht zu beanstanden. Sie sind ein geeignetes und anerkanntes Instrument zur Bewahrung des Gleichgewichts von Preis und Leistung bei langfristigen Lieferverträgen. Solche Klauseln dienen dazu, einerseits dem Verwender das Risiko langfristiger Kalkulation abzunehmen und ihm seine Gewinnspanne trotz nachträglicher, ihn belastender Kostensteigerung zu sichern und andererseits, den Vertragspartner davor zu bewahren, dass der Verwender mögliche künftige Kostenerhöhungen vorsorglich schon bei Vertragsschluss durch Risikozuschläge aufzufangen versucht (BGH, Urteil vom

21.09.2005 - VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717, zitiert nach Juris Rn. 18 m.w.N.; BGH, Urteil vom 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007,1054).

Preisanpassungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen müssen jedoch so beschaffen sein, dass der Vertragspartner den 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 messen kann. Das Transparenzgebot soll verhindern, dass der Verwender durch einen ungenauen Tatbestand oder eine ungenaue Rechtsfolge ungerechtfertigte Beurteilungsspielräume in Anspruch nehmen und das vertragliche Äquivalenzverhältnis zu seinen Gunsten verschieben kann. Es bedarf daher einer möglichst konkreten Festlegung der Voraussetzungen, unter denen das Preisänderungsrecht entsteht (OLG Bremen, Urteil vom 16.11.2007 - 5 U 42/06, ZIP 2008, 28; OLG Oldenburg a.a.O.).

Klauseln, die eine Preisanpassung wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten vorsehen, sind deshalb unwirksam, wenn sie dem Verwender nicht nur einen Ausgleich für gestiegene Kosten, sondern eine zusätzliche Gewinnerzielung ermöglichen. Dementsprechend sind sie nur zulässig, wenn die Befugnis des Verwenders 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, Urteil vom 21.09.2005 - VIII ZR 38/05, NJW-RR 2005, 1717; BGH, Urteil vom 13.12.2006, VIII ZR 25/06, NJW 2007,1054; BGH, Urteil vom 11.10.2007 - III ZR 63/07, NJW-RR 2008, 134 zitiert nach Juris Rn. 19).

b) Diesen Anforderungen genügt die hier verwendete Klausel nicht. Sie nennt kein einziges konkretes Kriterium, aus dem sich die sachlichen Voraussetzungen und der zulässige Umfang einer Preiserhöhung ergeben könnte. Die Formulierung, der Preis werde „unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung für die Bereitstellung von Erdgas und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärmemarkt“ festgesetzt, räumt der Beklagten weitestgehendes Ermessen bei der Festsetzung der Preise ein,

ohne dass für den Kunden auch nur annähernd vorhersehbar wäre, in welchem Umfang Preisanhebungen auf ihn zukommen. Denn die Preisanpassungen werden keineswegs konkret auf die Preisentwicklung für Erdgas bezogen, sondern sollen nur unter „Berücksichtigung“ der Entwicklung erfolgen. Das lässt der Beklagten die Möglichkeit offen, im Einzelfall auch höhere Preisanpassungen vorzunehmen, als sie der Kostenentwicklung bei der Bereitstellung für Erdgas entsprechen. Die Klausel nennt damit allenfalls den Anlass für eine mögliche Preisänderung, lässt aber nicht erkennen, nach welchen Kriterien sie zu erfolgen hat. Erst recht völlig konturlos und nicht berechenbar ist der Hinweis auf die jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärmemarkt. Damit lässt sich die Beklagte die Möglichkeit offen, unabhängig von der Preisentwicklung bei Erdgas und ihren eigenen Kosten Preisanpassungen an den Marktverhältnissen bei anderen Energieträgern zu orientieren und dadurch das ursprüngliche Preis – Leistungsverhältnisses der mit den Klägern geschlossenen Verträge zu ihrem Vorteil zu verschieben (vgl. zu einer ähnlichen Klausel OLG Frankfurt, Urteil v. 13.12.2007 1 U 41 /07). Hinzu kommt, dass der Kunde auch gar nicht erkennen kann, welche preisbildenden Faktoren die Beklagte bei der Bestimmung des Ausgangspreises zugrunde gelegt hat,

c) Der Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel steht auch nicht entgegen, dass sie –nach Auffassung der Beklagten – dem gesetzlichen Leitbild des § 4 Abs.1 und 2 AVBGasV entspräche. Abgesehen davon, dass es sich hier um eine Preisanpassungsklausel mit einem vollständig eigenständigen Wortlaut und gerade nicht um eine schlichte Verweisung auf § 4 AVBGasV handelt, weshalb die Auffassung der Beklagten, ihre Klausel entspreche den verordnungsrechtlichen Vorgaben eins zu eins, dem Senat nicht einsichtig erscheint, hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs zur Frage, inwieweit der AVBGasV Leitbildfunktion zukommt, bereits in der Entscheidung Erdgassondervertrag Stellung genommen. Danach ist den Vorschriften der Verordnung eine Leitbildfunktion nicht allgemein beizumessen, sondern jeweils für die einzelne in Rede stehende Bestimmung zu prüfen. Im konkret entschiedenen Fall hat der Bundesgerichtshof eine Leitbildfunktion für die streitige Preisänderungsklausel verneint, weil die konkret in Rede stehende vertragliche Anpassungsklausel –anders als die gesetzliche Regelung – keine Pflicht zur

Preisanpassung enthielt, wenn die Anpassung dem Kunden günstig ist. Im Ergebnis gilt aber auch für die vorliegende Klausel nichts anderes, denn sie ermöglicht es der Beklagten, unabhängig von der Entwicklung ihrer Einstandspreise im Bereich Erdgas eine dort eingetretene günstige Entwicklung an den Kunden nicht oder nur mit zeitlicher Verzögerung weiterzugeben, wenn sich die „allgemeinen Verhältnisse auf dem Heizenergiemarkt“ anders als auf dem Markt für Erdgas entwickeln. Damit eröffnet sie dem Verwender die Möglichkeit, das ursprüngliche Preis – Leistungsverhältnis im Rahmen der bestehenden vertraglichen Beziehung zu verändern, was den Bestimmungen der AVBGasV widerspricht.

d) An Stelle der unwirksamen Preisanpassungsklausel tritt entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung auch kein Preisänderungsrecht entsprechend § 4 AVBGasV, denn bei den Klägern handelt es sich um Sondervertragskunden (vgl. BGH, Urteil v. 29.04.2008, KZR 2/07 - Erdgassondervertrag, BB 2008, 1360, 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 (1998) jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen hat. Der Preis, den die Kläger als Sondervertragskunden zu zahlen haben, ergibt sich jedoch nicht aus dem allgemeinen, für jedermann geltenden Tarif, sondern aus der vertraglichen Vereinbarung. Auf einen solchen vereinbarten Preis findet das Tarifbestimmungsrecht des Versorgers weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung (BGH a.a.O.).

e) Die Intransparenz der Regelung wird nicht durch ein Kündigungsrecht der Kläger oder die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kompensiert. Eine Kompensation durch Kündigungsrecht scheidet im vorliegenden Fall schon deshalb aus, weil den Klägern das Recht zur Lösung vom Vertrag nicht spätestens gleichzeitig mit der Preiserhöhung zugebilligt wird. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwieweit die Kläger im fraglichen Zeitraum überhaupt die Möglichkeit gehabt hätten, auf einen anderen Gasversorger umzusteigen.

Auch die Zuerkennung einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kann keinen Ausgleich für die fehlende Transparenz der Klausel schaffen, weil der Kunde mangels Kenntnis der Preiskriterien keine realistische Möglichkeit hat, die Erhöhung des Preises auf ihre Berechtigung zu überprüfen (OLG Frankfurt a.a.O.)

f) Auch eine ergänzende Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB scheidet aus, weil die Beklagte durch den ersatzlosen Wegfall der Preisanpassungsklausel nicht unzumutbar benachteiligt wird. Denn die Beklagte kann den geschlossenen Vertrag mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des jeweiligen Kalenderjahres kündigen. Diese Regelung ist ausreichend, um eine unzumutbare Härte für die Beklagte zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil v. 29.04.2008, KZR 2/07 - Erdgassondervertrag a.a.O.). Die Beklagte hat vorliegend keine Umstände dargetan, die eine andere Wertung rechtfertigen könnten. Die im Schriftsatz vom 27.02.2009 dargelegte Berechnung, wonach sie bei Nichtweitergabe ihrer gestiegenen Bezugskosten seit 01.10.2005 einen Verlust von über 20 Millionen EUR erleiden würde, berücksichtigt nicht, dass sich die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel nur im Verhältnis zu denjenigen Kunden auswirken kann, die der Preisanpassung in der Vergangenheit widersprochen haben.

Ihr weitergehender Vortrag im Schriftsatz vom 06.04.2009, in dem die Zahl der Kunden, die in der Vergangenheit Widerspruch erhoben haben, auf ca. 2000 beziffert wird, kann nicht mehr berücksichtigt werden, weil es sich um nicht nachgelassenen, neuen tatsächlichen Vortrag handelt. Er gibt dem Senat auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, zumal sich daraus ein konkretes wirtschaftliches Risiko der Beklagten nicht ohne weiteres ableiten lässt. Insoweit muss sich die Beklagte auf ihr Kündigungsrecht und darauf verweisen lassen, dass das Risiko der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen grundsätzlich den Verwender trifft. Die Beklagte hätte es schließlich in der Hand gehabt, auf die Beanstandungen und Widersprüche ihrer Abnehmer im Jahr 2005 unmittelbar zu reagieren und von dem ihr zustehenden Kündigungsrecht unverzüglich Gebrauch zu machen.

4.)

a) Da sich die Preisänderungsklausel in den Sonderverträgen der Kläger als unwirksam erweist, war für eine Billigkeitsprüfung kein Raum und der auf eine Billigkeitsprüfung des Tarifs der Beklagten zum 01.10.2005 gerichtete Hauptantrag als unbegründet abzuweisen.

b) Der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Preisanpassung gerichtete Hilfsantrag war hinsichtlich des Zeitpunktes zu konkretisieren, ab welchem sich die Kläger auf die Unwirksamkeit berufen können. Unabhängig davon, dass die Preisanpassungsklausel von Anfang an unwirksam war, können sich nur diejenigen Kläger auf die Unwirksamkeit berufen, die der Preiserhöhung in angemessener Zeit widersprochen haben. Soweit sie die einseitigen Preiserhöhungen der Beklagten und die darauf basierenden Jahresabrechnungen in der Vergangenheit ohne Beanstandung in angemessener Zeit akzeptiert haben, indem sie weiterhin Gas bezogen und die nachfolgenden Rechnungen zahlten, ist der einseitig erhöhte Preis – unabhängig von der Befugnis der Beklagten zu einer Preiserhöhung - zu einem zwischen den Parteien vereinbarten Preis geworden (ebenso OLG Oldenburg a.a.O.).

Dementsprechend war die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel mit Wirkung zum 01.11.2005 festzustellen, weil die Kläger vorgetragen haben, der Preiserhöhung zum 01.11.2005 widersprochen zu haben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Kläger der Preiserhöhung nur widersprochen und den erhöhten Preis unter Vorbehalt geleistet oder ob sie nur einen Teil des erhöhten Preises als „Sicherheitsaufschlag“ von 2% gezahlt haben. Denn in der Zahlung eines ausdrücklich so bezeichneten „Sicherheitsaufschlags“ kann unter keinen Umständen ein Anerkenntnis gesehen werden. Soweit sich aus der von der Beklagten vorgelegten Anlage B 6 ergibt, dass einzelne Kläger offenbar schon der vorgehenden Preiserhöhung zum 01.01.2005 widersprochen haben, haben sich die Kläger diesen

Vortrag nicht zu eigen gemacht, so dass sich der Senat an einer Verwertung gehindert sieht. Nach allem können sich die Kläger infolge der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel und ihres rechtzeitigen Widerspruchs einheitlich erstmals gegenüber der Preiserhöhung zum 01.11.2005 auf die Unwirksamkeit berufen.

5.)

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 92 Abs. 1, 516 Abs. 3 ZPO.

Hinsichtlich derjenigen Kläger, die das klageabweisende Urteil erster Instanz nicht angegriffen haben, verbleibt es bei der Kostenentscheidung erster Instanz. Sie haben als unterliegende Parteien ihre eigenen außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen und einen dem Anteil ihres Unterliegens entsprechenden Teil der außergerichtlichen Kosten der Beklagten und der Gerichtskosten erster Instanz zu tragen.

Von den Kosten der Berufungsinstanz tragen die Berufungskläger zu 3) und 4) ihre außergerichtlichen Kosten selbst, nachdem sie ihre Berufungen zurück genommen haben (§ 516 Abs. 3 ZPO). Im Übrigen trägt die Beklagte die Kosten der Berufungsinstanz. Haupt- und Hilfsantrag sind wirtschaftlich gleichwertig, weil die Kläger in beiden Fällen die Unwirksamkeit der Preiserhöhung zum 01.11.2005 geltend machen. Ob diese auf einer unwirksamen Preiserhöhungsklausel oder einer unbilligen Leistungsbestimmung beruht, ist für die Kläger wirtschaftlich betrachtet gleichgültig. In beiden Fällen entfaltet nur noch die letzte, dem Widerspruch vorhergegangene Preiserhöhung Wirksamkeit. Soweit in der vorgenommenen zeitlichen Präzisierung des Feststellungsantrags ein Unterliegen zu sehen sein sollte, wäre dieses allenfalls geringfügig und wirkt sich kostenmäßig nicht aus. Weiter war bei der Kostenentscheidung davon auszugehen, dass der Wert des Haupt- und Hilfsantrags nicht zusammenzurechnen ist (§ 45 Abs. 1 Satz 2 GKG), weil sich beide Anträge gegenseitig ausschließen (BGH MDR 2003, 716; Zöller / Herget, ZPO, 27. Aufl. § 3 Rn. 16 „Eventualklage“). Das ist vorliegend der Fall, weil die mit dem Hauptantrag begehrte Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB ein wirksames gesetzliches oder vertragliches Leistungsbestimmungsrecht voraussetzt, an dem es bei Unwirksamkeit der vertraglichen Preisanpassungsklausel gerade fehlt.

Dem mit Schriftsatz vom 22.12.2008 nur angekündigten weiteren Hilfsantrag kommt wirtschaftlich keine eigenständige Bedeutung zu.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst (§ 543 ZPO). Die Einordnung der Kläger als Tarif- oder Sonderkunden beruht auf einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls unter Heranziehung in der Rechtsprechung anerkannter Grundsätze. Die AGB –rechtliche Prüfung von Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen und die Folgen ihrer Nichtigkeit ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bereits in mehreren Entscheidungen behandelt worden.