



Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 2010 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 13. Oktober 2009 wird als unzulässig verworfen, soweit seine Berufung gegen das Urteil der 13. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden vom 22. Januar 2009 hinsichtlich des Klageantrages zu 3 und hinsichtlich des Klageantrages zu 1 in Bezug auf die Feststellung, dass die von der Beklagten zum 30. November 2003, 1. Januar 2004 und 1. April 2007 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam "und nicht fällig" sind, zurückgewiesen worden ist.

Ferner wird die Revision des Klägers gegen das vorgenannte Urteil des Oberlandesgerichts zurückgewiesen, soweit seine Berufung gegen das vorgenannte Urteil des Landgerichts hinsichtlich des Klageantrages zu 1 in Bezug auf die Feststellung, dass die von der Beklagten zum 5. Dezember 2004, 27. November 2005 und 1. August 2006 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam "und nicht fällig" sind, zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird auf die Revision des Klägers das vorgenannte Urteil des Oberlandesgerichts - auch im Kostenpunkt - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das vorgenannte Urteil des Landgerichts teilweise dahin abgeändert, dass festgestellt wird, dass die in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag zum 1. August 2004, 1. Januar 2005, 1. Oktober 2005 und 1. Juni 2006 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam sind und dass Ansprüche der Beklagten aus den Endabrechnungen vom 14. Dezember 2004, 14. Dezember 2005, 15. Dezember 2006 und vom 14. Dezember 2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch nicht fällig sind.

Hinsichtlich der Feststellung, dass "der Gaspreis insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam und nicht fällig" ist, wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung unter Einschluss der Kosten des Revisionsverfahrens an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger bezieht von der Beklagten seit 1993 leitungsgebunden Erdgas für den Betrieb der Heizung und der Warmwasserversorgung in seiner Wohnung in W. . Mit Schreiben vom 8. Juli 1993 bestätigte die Beklagte dem Kläger die Anmeldung der Verbrauchsstelle für die Abgabe von Strom und Gas und teilte ihm mit, sie habe ihm den Tarifschlüssel 349 - den allgemeinen Tarif der Beklagten für den Haushaltsverbrauch - zugeordnet, sofern die Tarife nicht vereinbart worden seien. Im Jahre 1995 stellte die Beklagte ihr Tarifsystem für alle Kunden um, die zuvor zu allgemeinen Tarifpreisen oder nach Son-

derabkommen versorgt worden waren. Danach gab es unter dem Oberbegriff "Allgemeine Tarife" einen Grundverbrauchstarif bei einem Jahresverbrauch bis 2.428 kWh und einen Grundpreistarif für Haushalte mit einem Jahresverbrauch bis 4.965 kWh. Ferner wurden unter dem Begriff "Heizgas-Sonderabkommen" die Tarife R1 und R2 für Verbrauchsmengen ab 4.966 kWh gebildet. Diese Tarife für "Heizgas-Sonderabkommen" wurden mit Wirkung vom 1. November 2001 durch die Tarife "E. 1" bis zu einem Jahresverbrauch von 14.918 kWh und "E. 2" für darüber liegende Jahresverbrauchsmengen abgelöst. Für diese Tarife veröffentlichte die Beklagte die "Bedingungen für E. GAS" (im Folgenden: Bedingungen) und teilte diese Bedingungen dem Kläger mit. Sie enthalten auszugsweise folgende Bestimmungen:

"Nr. 2 Preisänderungen, Änderungen der Bedingungen, Kündigungsfrist

Preisänderungen und Änderungen der Bedingungen für "E.

GAS" werden nach öffentlicher Bekanntmachung in der örtlichen Presse wirksam. E. ist nicht zu Einzelbenachrichtigungen verpflichtet. E. GAS kann mit einer Frist von einem Monat von beiden Seiten gekündigt werden. E. weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf das Sonderkündigungsrecht gemäß AVB § 32 Abs. 2 hin.

Nr. 3 Allgemeine Bedingungen

Soweit in diesen Bedingungen nichts Abweichendes geregelt ist, gelten die "Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden" (AVBGasV) vom 21. Juni 1979 ... sowie die "Ergänzenden Bestimmungen zur Verordnung".

2 Daneben gab es - abhängig von bestimmten Verbrauchsgrenzen - unter der Bezeichnung "E. B. GAS" einen Kleinverbrauchstarif und einen Grundpreistarif, die seit dem 1. Januar 2007 als "Allgemeine Preise" mit der Bezeichnung "E. B. 1" und "E. B. 2" geführt wurden.

- 3 Die Beklagte rechnete seit 1995 den Gasbezug des Klägers entsprechend der jeweiligen Höhe seines Energieverbrauchs nach den Tarifen R1 und R2 beziehungsweise E. 1 und E. 2 ab. Dies beanstandete der Kläger ebenso wenig wie die mehrfache Anpassung der Preise durch die Beklagte. Am 1. Januar 2004 wurden die Arbeitspreise gegenüber den zuletzt am 1. April 2003 geänderten Preisen von der Beklagten gesenkt. Am 1. August 2004, 1. Januar 2005, 1. Oktober 2005, 1. Juni 2006 und 1. Oktober 2007 erhöhte die Beklagte die Arbeitspreise, nachdem sie zwischenzeitlich die Preise am 1. April 2007 gesenkt hatte.
- 4 Mit Schreiben vom 20. Dezember 2004 widersprach der Kläger gegenüber der Beklagten erstmals der in deren Abrechnung vom 14. Dezember 2004 enthaltenen Erhöhung der Gaspreise zum 1. August 2004. Mit seiner Klage, die darauf gestützt ist, dass der Beklagten kein wirksames Preisanpassungsrecht zustehe und dass im Übrigen die Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle nicht standhielten, hat er die Feststellung begehrt, dass die von der Beklagten zum 30. November 2003, 1. Januar 2004, 1. August 2004, 5. Dezember 2004, 1. Januar 2005, 1. Oktober 2005, 27. November 2005, 1. Juni 2006, 1. August 2006, 1. April 2007 und 1. Oktober 2007 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam und nicht fällig sind (Klageantrag zu 1). Weiter hat er die Feststellung begehrt, dass die Endabrechnungen der Beklagten vom 14. Dezember 2004, 14. Dezember 2005, 15. Dezember 2006 und 14. Dezember 2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch (Klageantrag zu 2) und die von der Beklagten anlässlich der Jahresabrechnung vom 15. Dezember 2007 [gemeint 2006] errechneten und geforderten Abschlagsbeträge in Höhe von 91 € (Klageantrag zu 3) unwirksam und nicht fällig sind.
- 5 Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass die zum 1. Oktober 2007 vorgenommene Preiserhöhung unwirksam

und deshalb die Endabrechnung vom 14. Dezember 2007 lediglich in Höhe von 915,50 € begründet und fällig ist. Die Berufung des Klägers, mit der er sein Klagebegehren im Umfang der Klageabweisung weiterverfolgt und im Klageantrag zu 1 sein auf die Preisanpassungen bezogenes Feststellungsbegehren dahin erweitert hat, dass der Gaspreis insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam und nicht fällig ist, ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat, soweit sie zulässig ist, weitgehend Erfolg.

A.

7 Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, RdE 2010, 104) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Bei dem Versorgungsverhältnis des Klägers handele es sich - anders als das Landgericht angenommen habe - nicht um einen Tarifikundenvertrag im Sinne des § 1 Abs. 2 AVBGasV, sondern um einen Normsonderkundenvertrag. Die Abgrenzung zwischen Tarifikunden- und Normsonderkundenverträgen mit Haushaltskunden richte sich danach, ob das Versorgungsunternehmen aus der Sicht des durchschnittlichen Abnehmers die Versorgung zu öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen im Rahmen einer Versorgungspflicht anbiete oder ob das Angebot unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit erfolge. Maßgeblich sei insoweit die konkrete Vertragsgestaltung. Für die Einordnung des Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunde sei nicht die gewählte Bezeichnung der rechtlichen Belieferungsgrundlage oder

-bedingungen entscheidend. Ebenso wenig führe bereits jeder gegenüber dem allgemeinen Tarif günstigere Preis zu einer Einordnung des betreffenden Vertrages als Sondervertrag, da auch im Rahmen des allgemeinen Tarifs Staffelpreise vorstellbar seien. Ein Sondervertrag liege aber vor, wenn die Belieferung nicht zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen der AVBGasV, sondern zu anderen Konditionen erfolge. Das sei hier der Fall, da es für den Tarif E.

GAS die genannten Bedingungen gegeben habe, nach denen die AVBGasV nur subsidiär gelten solle, nämlich soweit in diesen Bedingungen nichts anderes geregelt sei. Damit könne nicht mehr von einem Tarifikundenvertrag gesprochen werden.

9           Aber auch anhand dieses von der Beurteilung des Landgerichts abweichenden Maßstabs habe die Berufung keinen Erfolg. Bei den vom Kläger angegriffenen Preisbestimmungen vom 30. November 2003 und 1. Januar 2004 habe keine Erhöhung des Tarifs vorgelegen; ebenso sei am 1. April 2007 der Preis gesenkt worden. Der bestehende Preissockel sei nicht mehr auf seine Billigkeit zu überprüfen. Im Übrigen seien die Preiserhöhungen der Beklagten wirksam. Sie sei dazu nach Nr. 3 ihrer Bedingungen in Verbindung mit § 4 AVBGasV berechtigt gewesen. Die genannten Bedingungen seien Vertragsbestandteil geworden. Denn die Beklagte habe den Kläger auf deren Geltung hingewiesen und sie ihm mitgeteilt, so dass die Einbeziehungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGBG erfüllt seien. Sein Einverständnis mit deren Geltung habe der Kläger dadurch erklärt, dass er auf die Mitteilung hin ab November 2001 über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg widerspruchslos Gas bezogen habe. Nichts anderes gelte für das stillschweigende Einverständnis mit der mitgeteilten AVBGasV.

10           Das von der Beklagten in Anspruch genommene Preisänderungsrecht ergebe sich hierbei allerdings nicht aus Nr. 2 der Bedingungen, sondern aus der

in Nr. 3 dieser Bedingungen erfolgten Bezugnahme auf § 4 Abs. 2 AVBGasV. Die in Nr. 2 der Bedingungen enthaltene Klausel besage zwar, dass Preisänderungen und Änderungen der Bedingungen für E. GAS nach öffentlicher Bekanntmachung in der örtlichen Presse wirksam würden. Sie enthalte aber keine materielle Befugnis zur Preisänderung, sondern nur eine Regelung der Form, in der die Preisanpassung erfolge. Das der Beklagten über die Bezugnahme in Nr. 3 der Bedingungen eingeräumte Preisänderungsrecht halte einer Inhaltskontrolle stand. Denn eine Preisanpassungsklausel in einem Sonderkundenvertrag, die - wie bei der vorliegenden Verweisung - das im Tarifkundenverhältnis bestehende gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV unverändert übernehme, also davon nicht zum Nachteil des Kunden abweiche, stelle keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB dar.

11 In die auch dem Sonderkunden zustehende Billigkeitsprüfung nach § 315 BGB seien die Preisbestimmungen der Beklagten zudem nur insoweit einzubeziehen, als es sich um Preiserhöhungen auf den bis zum 29. November 2003 entstandenen Preissockel handele. Der Preissockel aus der Zeit zuvor sei der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entzogen. Für Tarifkunden habe der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass kein einseitig bestimmter, sondern ein vereinbarter Preis vorliege, wenn der Gaskunde die auf erhöhten Tarifen basierenden Jahresrechnungen unbeanstandet hinnehme und weiterhin Gas beziehe, ohne in angemessener Zeit eine Überprüfung der Billigkeit nach § 315 BGB zu verlangen. Habe der Abnehmer den Preis im Wege einer derartigen vertraglichen Vereinbarung akzeptiert, könne er gegenüber dem neuen Tarif nicht einwenden, dass schon der alte Preis unbillig überhöht gewesen sei. Diese Grundsätze seien auch auf Sondervertragskunden anzuwenden.



12 Für die danach der Kontrolle unterfallenden Gaspreiserhöhungen sei die Billigkeit der seitens der Beklagten vorgenommenen Preisänderung zu bejahen, da die Beklagte nach dem Ergebnis des erhobenen Zeugenbeweises lediglich gestiegene Betriebskosten an die Kunden weitergegeben habe. Anhaltspunkte dafür, dass der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen derselben Unternehmenssparte ausgeglichen werde oder die Kostensteigerungen sonst hätten vermieden werden können, bestünden nicht.

B.

13 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung überwiegend nicht stand.

I.

14 Die Revision ist allerdings unzulässig, soweit sie die Berufungszurückweisung hinsichtlich der mit dem Klageantrag zu 3 begehrten Feststellung angreift, dass die von der Beklagten anlässlich der Jahresabrechnung vom 15. Dezember 2007 errechneten und geforderten Abschlagsbeträge in Höhe von 91 € unbillig und nicht fällig sind. Insoweit fehlt es an der nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO erforderlichen Revisionsbegründung, nämlich der bestimmten Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Das Berufungsgericht hat die Berufungszurückweisung unabhängig von der Frage, ob die genannten Abschlagsbeträge billig und fällig waren, bereits damit begründet, dass sich der im Klageantrag genannte Betrag von 91 € aus der Jahresabrechnung nicht ergebe, sondern dass dort ein Abschlag von 104 € festgesetzt worden sei, und dass der Kläger nicht begründet habe, weshalb die Entscheidung des Landgerichts in diesem Punkt falsch sei. Die Revisionsbegründung geht hierauf nicht ein, so dass das Rechtsmittel für den nicht begründeten Teil unzulässig ist. Denn sie muss erkennen lassen, aus welchen Gründen das angefochtene Urteil in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht unrichtig sein

soll, und im Falle einer uneingeschränkten Anfechtung das gesamte Urteil in Frage stellen. Daran fehlt es, wenn - wie hier - hinsichtlich quantitativ abgegrenzter Teile des Streitgegenstandes oder hinsichtlich eines von mehreren Streitgegenständen kein konkreter Angriff erfolgt und auch sonst keine den gesamten Anspruch durchgehend erfassende Rüge erhoben wird (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 2010 - VI ZR 52/09, NJW 2010, 1874 Rn. 11 mwN).

- 15 Gleiches gilt, soweit das Berufungsgericht hinsichtlich der vom Klageantrag zu 1 erfassten Preisanpassungen zum 30. November 2003, 1. Januar 2004 und 1. April 2007 die Berufung schon deshalb zurückgewiesen hat, weil nach den unangegriffenen Feststellungen des Landgerichts zu diesen Zeitpunkten eine Erhöhung des Tarifs entweder nicht vorgenommen wurde oder sogar eine Preissenkung erfolgte. Mit dieser insoweit allein auf tatsächliche Gründe gestützten Berufungszurückweisung befasst sich die Revisionsbegründung ebenfalls nicht. Die erforderliche eigenständige Begründung ergibt sich auch nicht aus den Ausführungen der Revisionsbegründung dazu, dass der Gaspreis insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam und nicht fällig sei. Die begehrte Feststellung, dass der Gaspreis insgesamt unwirksam ist, bezieht sich - wie sich aus dem Sinnzusammenhang mit den im Antrag zuvor datumsmäßig aufgezählten einzelnen Preisanpassungen erschließt und wie die Revisionsbegründung selbst ausdrücklich darlegt - auf den bei Beginn der Anpassungen geltenden Sockelbetrag, so dass die gesondert geführten Revisionsangriffe gegen den Preissockel nicht die erforderliche Revisionsbegründung zu der hinsichtlich der genannten Preisanpassungen auf tatsächliche Erwägungen gestützten Berufungszurückweisung, nämlich das Fehlen einer zu überprüfenden Preiserhöhung, einschließen.

II.

16            Hinsichtlich der Klageanträge im Übrigen ist die Revision ganz überwiegend begründet.

17            Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht die Berufung des Klägers lediglich insoweit zurückgewiesen, als dieser die Feststellung der Unwirksamkeit der Preisanpassungen zum 5. Dezember 2004, 27. November 2005 und 1. August 2006 begehrt hat. Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts, die von der Revision nicht angegriffen werden, haben zu diesen Zeitpunkten nämlich keine Preisänderungen stattgefunden, so dass dem erhobenen Feststellungsbegehren der erforderliche tatsächliche Bezug fehlt.

18            Ansonsten hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision nicht stand. Zwar geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, dass sich die Beklagte für die im streitgegenständlichen Zeitraum vom 30. November 2003 bis zum 22. November 2007 vorgenommenen Gaspreisänderungen nicht auf ein gemäß § 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden vom 21. Juni 1979 (BGBl. I S. 676 - AVBGasV; außer Kraft getreten mit Wirkung vom 8. November 2006 gemäß Art. 4 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1. November 2006, BGBl. I, S. 2477) bestehendes gesetzliches Preisänderungsrecht stützen kann, weil sie den Kläger nicht nach allgemeinen Tarifen, sondern zu dem als Sondertarif zu qualifizierenden Tarif E. beliefert hat. Die weiteren Annahmen des Berufungsgerichts, dass der Beklagten aus Nr. 2 und 3 der für den Tarif E. bestehenden Bedingungen ein wirksames vertragliches Preisänderungsrecht zugestanden habe und dass es sich bei dem den Preisänderungen zugrunde liegenden Preissockel um einen vereinbarten und des-

halb nicht mehr der Nachprüfung auf Billigkeit gemäß § 315 BGB unterliegenden Preis handele, sind jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

19           1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings ein rechtliches Interesse des Klägers an den mit den Klageanträgen zu 1 und 2 begehrten Feststellungen angenommen (§ 256 Abs. 1 ZPO). Auf eine Leistungsklage kann der Kläger schon deshalb nicht verwiesen werden, weil das Rechtsschutzziel der hier gegebenen negativen Feststellungsklage mit einer Leistungsklage nicht erreicht werden kann (vgl. Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, WM 2010, 1762 Rn. 24 mwN, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

20           Allerdings bedarf der Klageantrag zu 1 - worauf das Berufungsgericht in der wiedereröffneten Verhandlung gemäß § 139 Abs. 1 ZPO hinzuwirken haben wird (dazu nachstehend unter B II 3 c) - insoweit noch gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO der Konkretisierung, als der Kläger, der selbst davon ausgeht, dem Grunde nach einen gewissen Betrag für die erbrachten Gaslieferungen zu schulden, hinsichtlich der begehrten Feststellung, dass der Gaspreis insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam ist, klarzustellen haben wird, welchen Gaspreis er selbst als jedenfalls geschuldet ansieht.

21           2. Soweit das Berufungsgericht die Wirksamkeit der von der Beklagten im streitgegenständlichen Zeitraum vorgenommenen Preiserhöhungen bejaht und die Abweisung des dagegen gerichteten Feststellungsbegehrens des Klägers gebilligt hat, hält dies revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Beklagten hat ein wirksam vereinbartes Preisanpassungsrecht nicht zugestanden.

22           a) Es kann dahinstehen, ob die Vertragsbeziehung der Parteien ursprünglich als Tarif- oder als Sonderkundenvertrag zu qualifizieren war und ob ein möglicherweise zunächst bestehendes Tarifkundenverhältnis nachträglich

durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien im Wege der Vertragsänderung in ein Sonderkundenverhältnis umgewandelt worden ist. Denn eine Anwendung des gesetzlichen Preisanpassungsrechts nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV scheitert vorliegend schon daran, dass die Beklagte den Kläger nach der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers nicht zu allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG 1935), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen (§ 36 Abs. 1 EnWG 2005) beliefert hat.

23

aa) Gegenstand der AVBGasV ist nach deren § 1 Abs. 1 die Versorgung von Tarifkunden (§ 1 Abs. 2 AVBGasV) zu den in den §§ 2 bis 34 AVBGasV geregelten allgemeinen Bedingungen, zu denen Gasversorgungsunternehmen im Rahmen ihrer allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht beziehungsweise ihrer Grundversorgungspflicht jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu allgemeinen Tarifpreisen zu versorgen haben, wobei die allgemeinen Bedingungen zugleich kraft Gesetzes Bestandteil des Versorgungsvertrages werden. Auf Sonderkundenverträge, die das Versorgungsunternehmen im Rahmen der Vertragsfreiheit abschließt, finden die Bestimmungen der AVBGasV dagegen nur Anwendung, wenn und soweit sie rechtsgeschäftlich wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind. Für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um beziehungsweise Grundversorgungsverträge oder um Sonderkundenverträge handelt, kommt es deshalb darauf an, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG 1935), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen (§ 36 Abs. 1 EnWG 2005) im Rahmen einer Versorgungspflicht oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet. Die Abgrenzung hat hierbei gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung der ausdrücklich oder konkludent abgegebenen Vertragserklärungen aus der Sicht eines durchschnittli-

chen Abnehmers zu erfolgen (Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 14, sowie vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 26; Senatsbeschluss vom 13. Oktober 2009 - VIII ZR 312/08, WuM 2010, 436 Rn. 2).

24 Ein Gasversorgungsunternehmen kann sich auf das gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AVBGasV in einen Tarifkundenvertrag automatisch einbezogene gesetzliche Preisänderungsrecht gemäß § 4 AVBGasV damit nicht unmittelbar stützen, wenn es mit dem Kunden aus dessen Sicht einen Sonderkundenvertrag zu Sondertarifen im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit und damit von vornherein außerhalb des sachlichen Geltungsbereichs der AVBGasV abgeschlossen hat. Ein Preisänderungsrecht nach § 4 AVBGasV besteht aber auch dann nicht, wenn das Versorgungsunternehmen - wie hier - dazu übergeht, einen Kunden, der bis dahin als Tarifkunde versorgt worden ist, aus dessen Sicht außerhalb der allgemeinen Tarifpreise unter Inanspruchnahme von Vertragsfreiheit zu Sonderpreisen zu versorgen. Denn ein Recht zur einseitigen Änderung von Preisen, die keine allgemeinen Tarifpreise sind, regelt § 4 AVBGasV nicht (vgl. Morell, AVBGasV, Stand November 2003, E § 1 Abs. 1 Anm. g mwN).

25 bb) Vorliegend wurde der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum von der Beklagten nicht (mehr) zu allgemeinen Tarifen, sondern zu dem als Sondertarif zu qualifizierenden Tarif E. beliefert. Dieser stand bei den von der Beklagten angebotenen Belieferungsalternativen in unübersehbarem Kontrast zu dem daneben angebotenen Tarif E. B. GAS, der genauso wie der Tarif E. GAS sämtliche in Betracht kommenden Verbrauchsmengen erfasste. Anders als der Tarif E. B. GAS wurde der Tarif E. GAS dabei aber zu den hierfür aufgestellten Bedingungen angeboten, die eine Geltung der AVBGasV nur insoweit vorsahen, als in ihnen nichts Abweichendes geregelt war. Allein schon hieraus ergab sich - wie

das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen hat - für einen durchschnittlichen Abnehmer, dass die Beklagte die Belieferung zum Tarif E.

GAS nicht mehr im Rahmen ihrer Allgemeinen Anschluss- und Versorgungspflicht oder Grundversorgungspflicht vornehmen wollte, sondern im Rahmen ihrer allgemeinen Vertragsfreiheit (vgl. Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 16, und VIII ZR 225/07, aaO Rn. 17).

26            b) Die Beklagte kann das Preisänderungsrecht, das sie für die im streitgegenständlichen Zeitraum außerhalb des allgemeinen Tarifs erfolgte Belieferung mit Gas beansprucht, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht darauf stützen, dass § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV in die von ihr anlässlich der Belieferung gestellten Bedingungen wirksam einbezogen worden seien. Denn die in Nr. 2 und 3 dieser Bedingungen getroffenen Regelungen halten einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB nicht stand, sondern benachteiligen den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und sind deshalb unwirksam. Sie beschränken sich - anders als das Berufungsgericht meint - nicht auf einen schlichten Verweis auf die AVBGasV und stimmen auch sonst inhaltlich nicht mit den nach § 4 AVBGasV bestehenden Anforderungen an eine Preisänderung überein, sondern weichen zum Nachteil des Kunden davon ab. Ebenso wenig lässt sich ein einseitiges Preisänderungsrecht der Beklagten im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gewinnen.

27            aa) Nach der Rechtsprechung des Senats stellt eine Preisanpassungsklausel, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV unverändert in einen Sonderkundenvertrag 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 (Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, aaO Rn. 19, 23 f.; vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 33; jeweils mwN; Vorlagebeschluss vom

9. Februar 2011 - VIII ZR 162/09 unter III 2 b; zur Veröffentlichung bestimmt). Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe in Nr. 2 und 3 der Bedingungen das in § 4 AVBGasV geregelte Preisänderungsrecht unverändert übernommen, ist indessen - wie die Revision mit Recht rügt - nicht frei von Rechtsfehlern.

28           bb) Das Berufungsgericht hat Nr. 2 und 3 der Bedingungen dahin ausgelegt, dass sich das von der Beklagten in Anspruch genommene Preisänderungsrecht materiell nicht aus Nr. 2, sondern aus der in Nr. 3 der Bedingungen erfolgten Bezugnahme auf § 4 Abs. 1 AVBGasV ergebe. Dies begegnet rechtlichen Bedenken.

29           (1) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Klauselauslegung unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung, da bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts hinaus Verwendung finden, ein Bedürfnis nach einheitlicher Handhabung besteht (Senatsurteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09, NJW 2010, 2877 Rn. 11 mwN). Allgemeine Geschäftsbedingungen sind - ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners - einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09, aaO Rn. 12 mwN). Hieran gemessen weicht die von der Beklagten in ihren Bedingungen verwendete Preisanpassungsregelung jedenfalls bei der nach der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung zum Nachteil des Kunden von § 4 AVBGasV ab und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

30           Bei Anlegung dieses Maßstabs beschränkt sich der Regelungsgehalt von Nr. 2 der Bedingungen nämlich nicht nur auf Bestimmungen zur Form der Aus-



übung eines anderweitig geregelten Preisanpassungsrechts, sondern regelt selbst die materielle Befugnis zur Preisänderung. Darauf deutet allein schon die ausdrücklich auf "Preisänderungen, Änderungen der Bedingungen, Kündigungsrecht" lautende Überschrift der Nr. 2 hin, die es aus der Sicht des Kunden nahe legt, dass es sich um eine vorrangige und insoweit abschließende Regelung handelt (vgl. Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 45; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08, aaO Rn. 31; vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 Rn. 17). Auch sonst lässt Nr. 2 der Bedingungen angesichts der darin enthaltenen Regelungen zur Benachrichtigungspflicht und zum Kündigungsrecht nicht erkennen, dass zu ihrem Verständnis ergänzend die Bestimmungen der AVBGasV heranzuziehen sein könnten. Vielmehr finden sich hierin über den inhaltlich voll abgedeckten Regelungsgehalt von § 4 Abs. 2 AVBGasV hinaus zur Benachrichtigungspflicht und zum Kündigungsrecht zusätzliche Bestimmungen, die sich für einen durchschnittlichen Kunden als abschließende Regelung des beanspruchten Preisänderungsrechts darstellen.

31 (2) Das in Nr. 2 der Bedingungen enthaltene Preisänderungsrecht stellt keine unveränderte Übernahme des nach der AVBGasV bestehenden Preisänderungsrechts dar, weil die Beklagte ihren Kunden hierin kein der Regelung des § 32 Abs. 2 AVBGasV entsprechendes Sonderkündigungsrecht eingeräumt hat.

32 (a) Nach der Rechtsprechung des Senats gehört zu einer unveränderten Übernahme der in der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz vom 26. Oktober 2006 (GasGVV - BGBl. I S. 2391) enthaltenen Preisanpassungsregelungen in Sondervertragsbedingungen zugleich die Einräumung eines dem § 20 GasGVV entsprechenden Kündigungsrechts, um die erforderliche sachliche Gleichbehandlung von Grundversorgungskunden

und Haushaltssonderkunden in jeder Hinsicht zu gewährleisten (Senatsurteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/09, aaO Rn. 36). Denn die Bestimmungen zur Preisanpassung stehen in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht und gewährleisten erst im Gesamtzusammenhang zwischen der danach zu fordernden Transparenz und dem Kündigungsrecht, dass der Kunde sich spätestens gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Preisänderung vom Vertrag lösen und den Anbieter wechseln kann (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - VIII ZR 326/08, aaO Rn. 20 mwN).

33 Für die Beurteilung einer an der AVBGasV ausgerichteten Preisänderungsklausel gilt nichts anderes. Zwar fordert § 4 Abs. 2 AVBGasV - anders als § 5 Abs. 2 GasGVV - nicht, dass die Ankündigung mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Tarifänderung erfolgen muss, so dass nicht sichergestellt ist, dass der Kunde bereits vor dem Wirksamwerden der Preisänderung kündigen kann. Allerdings gewährt § 32 Abs. 2 AVBGasV dem Kunden im Falle einer Änderung der allgemeinen Tarife ein Sonderkündigungsrecht mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Monats. Er verkürzt damit die allgemeine Kündigungsfrist des § 32 Abs. 1 AVBGasV von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats in den Fällen, in denen ein Kunde in den ersten beiden Wochen des der öffentlichen Bekanntgabe der Preisanpassung folgenden Monats zum Monatsende kündigen will. Dies zeigt, dass auch in der AVBGasV ein untrennbarer Zusammenhang zwischen Preisanpassung und Kündigungsrecht besteht.

34 (b) Ein § 32 Abs. 2 AVBGasV entsprechendes Kündigungsrecht räumen die Regelungen in Nr. 2 und 3 der Bedingungen dem Kunden vorliegend nicht ein.

35 Nr. 2 der Bedingungen enthält selbst keine dem Sonderkündigungsrecht nach § 32 Abs. 2 AVBGasV entsprechende Regelung. Nach ihrem Satz 2 kann

der Sonderkundenvertrag zwar mit einer Frist von einem Monat von beiden Seiten gekündigt werden. Die Monatsfrist ist jedoch mit der in § 32 Abs. 2 AVBGasV enthaltenen Frist von zwei Wochen zum Ende des der öffentlichen Bekanntgabe folgenden Monats nicht identisch.

36 Eine Anwendbarkeit von § 32 Abs. 2 AVBGasV wird auch durch den in Nr. 2 Satz 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Verweis auf "AVB § 32 Abs. 2" nicht sichergestellt, da dieser Hinweis nicht klar und verständlich ist und den Kunden deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unangemessen benachteiligt, ihn insbesondere daran hindert, sich über die Einzelheiten der Ausübung des in Bezug genommenen Sonderkündigungsrechts zu vergewissern und es dementsprechend auszuüben. Denn die Regelung lässt jedenfalls bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung nicht erkennen, auf welche Norm verwiesen werden soll. Aus der Sicht eines durchschnittlichen Kunden geht daraus nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit der Bezug auf das Sonderkündigungsrecht nach § 32 Abs. 2 AVBGasV hervor. Dieser Bezug wird vielmehr dadurch verstellt, dass die Beklagte bei ihrer Verweisung in Nr. 2 der Bedingungen das Kürzel "AVB" verwendet, während sie in Nr. 3 der Bedingungen die von ihr pauschal in Bezug genommenen Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden abweichend mit "AVBGasV" abkürzt, was für einen mit der Materie nicht vertrauten Kunden eher auf Unterschiede denn auf Gemeinsamkeiten schließen lässt. Auch aus sich heraus lässt der Begriff "AVB", der allgemein eher als Abkürzung für Allgemeine Vertragsbedingungen verstanden wird, nicht ohne weiteres erkennen, dass damit die AVBGasV gemeint sein soll.

37 (3) Ein wirksames Preisänderungsrecht der Beklagten ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schließlich auch nicht aus dem in Nr. 3 der Bedingungen enthaltenen Verweis auf die AVBGasV. Allein schon

nach ihrem Wortlaut kommt die Verweisung nur zum Tragen, "soweit in diesen Bedingungen nichts Abweichendes geregelt ist". Wie vorstehend unter B II 2 b bb ausgeführt, enthält Nr. 2 der Bedingungen bereits eine - wenn auch unwirksame - Regelung zur Preisanpassung, die sich für einen durchschnittlichen Kunden zumindest bei Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB als abschließend darstellt und nicht erkennen lässt, dass zu ihrem Verständnis ergänzend die Bestimmungen der AVBGasV heranzuziehen sein könnten (vgl. auch Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, aaO Rn. 17).

38 cc) Ein einseitiges Preisänderungsrecht der Beklagten lässt sich für die Preisanpassungen vom 1. Januar 2004 bis zum 1. April 2007 ebenso wenig aus einer ergänzenden Vertragsauslegung herleiten. 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. 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 (Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 50; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, aaO Rn. 36; jeweils mwN). Das ist hier nicht der Fall.

39 Der Beklagten steht gemäß Nr. 2 Satz 3 der Bedingungen das Recht zu, sich mit einer Kündigungsfrist von einem Monat vom Vertrag zu lösen. In einem solchen Fall ist ihr, auch wenn sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist an den

vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, ein Festhalten am Vertrag zu den bestehenden Bedingungen nicht ohne Weiteres unzumutbar (vgl. Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 51; vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, aaO Rn. 37; jeweils mwN). Der Kläger hat am 20. Dezember 2004 erstmals Widerspruch gegen eine Preiserhöhung der Beklagten erhoben und in der Folgezeit durch Erhebung der vorliegenden Klage deutlich gemacht, dass er mit den weiteren Preisänderungen durch die Beklagte nicht einverstanden ist. Für die Beklagte bestand deshalb seither Anlass, auch eine Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Vertrages etwa mit dem Ziel der Rückkehr in ein Tarifkundenverhältnis in Betracht zu ziehen, um auf diese Weise einer unbefriedigenden Erlössituation zu begegnen.

40            3. Da der Beklagten kein wirksam vereinbartes Preisänderungsrecht zugestanden hat, kann auch die Annahme des Berufungsgerichts keinen Bestand haben, der bei Inanspruchnahme des Preisänderungsrechts bestehende Preissockel sei als vereinbarter Preis einer Billigkeitskontrolle entzogen.

41            a) Zwar wird in einem Tarifkundenvertrag, wenn der Kunde eine auf der Grundlage einer öffentlich bekannt gegebenen einseitigen Preiserhöhung vorgenommene Jahresabrechnung des Versorgungsunternehmens akzeptiert hat, indem er weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden, der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende, zuvor einseitig erhöhte Tarif zu dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis und kann deshalb nicht mehr gemäß § 315 Abs. 3 BGB auf seine Billigkeit überprüft werden (Senatsurteile vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 36/06, BGHZ 172, 315 Rn. 36; vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 15 f.).

42            b) Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, lässt sich diese Rechtsprechung jedoch nicht auf Fälle übertragen, in denen nicht

(nur) die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit steht, sondern in denen es bereits an einem wirksamen Preisanpassungsrecht des Versorgungsunternehmens fehlt, weil die Preisanpassungsregelung nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam ist (Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 59). Da hier die von der Beklagten seit November 2001 verwendeten Bedingungen für ihren Tarif E. kein wirksames Preisanpassungsrecht enthalten, sind alle auf der Grundlage dieser Bedingungen vorgenommenen Preisänderungen unwirksam.

43 c) Zu der vom Kläger begehrten Feststellung, dass "der Gaspreis insgesamt im streitgegenständlichen Zeitraum unwirksam und nicht fällig" ist, wird das Berufungsgericht zunächst gemäß § 139 Abs. 1 ZPO auf eine sachdienliche Antragstellung durch Konkretisierung des Betrages hinzuwirken haben, um den der den streitgegenständlichen Anpassungen zugrunde liegende Preissockel den nach Auffassung des Klägers tatsächlich geschuldeten Sockelbetrag übersteigt (dazu vorstehend unter B II 1). Davon hängt ab, welche weiteren Feststellungen das Berufungsgericht zur Wirksamkeit von Preisänderungen seit Vertragsbeginn treffen muss.

44 d) Eine darüber hinausgehende Billigkeitskontrolle der Preise, die die Parteien bei Vertragsbeginn vereinbart oder die sich möglicherweise durch eine wirksame einseitige Tarifierhöhung der Beklagten ergeben haben, findet hingegen nicht statt.

45 (1) Für eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien bei Vertragsschluss vereinbarten Preise ist entgegen der Auffassung des Klägers auch in den Fällen einer Monopolstellung des Versorgungsunternehmens kein Raum (Senatsurteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, aaO Rn. 18; vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 314/07, WM 2009, 1957 Rn. 17).

46 (2) Auch soweit die Beklagte in den der Jahresabrechnung 2003 vorangegangenen Zeiträumen die Preise wirksam einseitig erhöht haben sollte, findet keine Billigkeitskontrolle mehr statt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die einseitige Erhöhung im Tarfkundenverhältnis auf der Basis von § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV oder im Sonderkundenverhältnis auf der Basis eines wirksamen vertraglichen Preisanpassungsrechts erfolgt ist. Der Senat hat vielmehr - nach Erlass des Berufungsurteils - entschieden, dass seine zum Tarfkundenvertrag entwickelte Rechtsprechung, wonach ein ursprünglich einseitig erhöhter Tarif dann nicht mehr auf seine Billigkeit überprüft werden kann, wenn der Kunde die auf diesem Tarif beruhende Jahresabrechnung durch fortgesetzten beanstandungslosen Gasbezug akzeptiert hat, auf Sonderkundenverträge zu übertragen ist (Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 66).

C.

47 Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit die Revision zulässig und begründet ist, keinen Bestand haben und ist in diesem Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

48 Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, soweit keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das ist der Fall, soweit die - zu verneinende - Wirksamkeit der Preisanpassungen zum 1. August 2004, 1. Januar 2005, 1. Oktober 2005 und 1. Juni 2006 in Rede steht. Insoweit ist unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils deren Unwirksamkeit festzustellen. Das gilt in gleicher Weise für die mangelnde Fälligkeit der auf den Erdgasverbrauch bezogenen Ansprüche der Beklagten aus den Endabrechnungen vom 14. Dezember 2004, 14. Dezember 2005, 15. Dezember 2006 und vom 14. Dezember 2007, deren

konkret ausgewiesene Preise allein schon durch die hierin enthaltenen unwirksamen Preisanpassungen fehlerhaft sind.

- 49 Nicht zur Endentscheidung reif ist der Rechtsstreit hinsichtlich der begehrten Feststellung, dass der im Gesamtgaspreis des streitgegenständlichen Zeitraums enthaltene Preissockel "unwirksam und nicht fällig" ist. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Achilles

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Wiesbaden, Entscheidung vom 22.01.2009 - 13 O 159/07 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 13.10.2009 - 11 U 28/09 (Kart) -