
Datum: 06.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 114/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0306.2U114.07.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 19 O 520/06

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 17. April 2007 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der titulierten Beträge abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % der jeweils zu vollstreckenden Beträge leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

1

2

3

Die Kläger haben sämtlich mindestens seit September 2004 mit der Beklagten separate, gegenwärtig fortbestehende Gaslieferverträge nach dem Sonderabkommen geschlossen. Die Kläger begehren die Feststellung, dass die von der Beklagten zum 01.10.2004, 01.04.2005, 01.10.2005, 01.01.2006 sowie zum 01.10.2006 vorgenommenen Erhöhungen der Gaspreise unwirksam bzw. unbillig sind. Wegen des weiteren Sachvortrags sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 17.04.2007, das der Beklagten am 31.05.2007 zugestellt worden ist, der Klage stattgegeben. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, die vertragliche Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für Sonderabkommen sei wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 3 S. 1 BGB unwirksam. Die Intransparenz werde nicht durch ein Kündigungsrecht der Kläger oder durch die Möglichkeit, eine gerichtliche Billigkeitskontrolle anstreben zu können, ausreichend kompensiert. Ebenso wenig ergebe sich ein Preisanpassungsrecht aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV. Schließlich sei die bestehende Lücke im Vertragswerk auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen. 4

Hiergegen richtet sich die rechtzeitig eingelegte und begründete Berufung der Beklagten. Sie macht unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags geltend, das Landgericht gehe zu Unrecht von der Unwirksamkeit der jeweils in Ziffer 4 der Bedingungen für Sonderabkommen enthaltenen Preisanpassungsklausel aus. Zum einen bestehe keine Intransparenz. Selbst bei unterstellter Intransparenz werde allerdings eine unangemessene Benachteiligung durch das Kündigungsrecht bzw. die Möglichkeit der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB kompensiert. Rechtsfehlerhaft sei im übrigen die weitergehende Beurteilung des Landgerichts, die Beklagte könne sich zur Begründung der streitgegenständlichen Preisanpassungen auch nicht auf einen anderen Rechtsgrund stützen. Insofern habe das Landgericht zu Unrecht ein solches Recht aufgrund vertraglicher Einbeziehung von § 4 AVBGasV abgelehnt. Verkannt werde im übrigen, dass sich jedenfalls ein Preisanpassungsrecht aus der ergänzend anwendbaren AVBGasV oder aber jedenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ergebe. 5

Die Beklagte beantragt, 6

1. das am 17.07.2007 verkündete Urteil des Landgerichts Essen (Az: 19 O 520/06) abzuändern und die Klage abzuweisen, 7
2. im Falle einer für die Beklagte ungünstigen Entscheidung die Revision zum Bundesgerichtshof zuzulassen.

Die Kläger beantragen, 8

die Berufung zurückzuweisen. 9

Sie wiederholen und vertiefen im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag insbesondere zur Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen. Hinsichtlich der Möglichkeit einer Schließung der Vertragslücke im Wege ergänzender Vertragsauslegung verweisen sie darauf, dass auch im Rahmen einer solchen ergänzenden Vertragsauslegung die Anforderungen an die Transparenz einer Preisanpassungsklausel zu berücksichtigen seien. Zudem könne die unwirksame Klausel nur durch eine objektiv-generalisierende Regelung ersetzt werden. Diesen Anforderungen genügten die Preiserhöhungen der Vergangenheit nicht. 10

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Inhalt der zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	11
II.	12
Die zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.	13
1.	14
Die Klage ist betreffend den Kläger zu 144. bereits unzulässig. Denn insoweit ist ein Feststellungsinteresse nicht schlüssig dargetan. Dieser hat nach Klägervortrag als einziger der Kläger mit der Beklagten das Sonderabkommen SOA-LK abgeschlossen. Dieses findet allerdings inhaltlich im Klägervortrag keine Erwähnung. Insbesondere ist nicht schlüssig dargetan, dass auch hier ab dem 30.09.2004 die oben genannten Preiserhöhungen vorgenommen worden sind, die die Kläger für unwirksam bzw. unbillig halten.	15
2.	16
Die Klage im übrigen ist zulässig.	17
a)	18
Das erforderliche Feststellungsinteresse i.S.d. § 256 ZPO ist für die Kläger mit den Sonderabkommen SOAI 1 und SOAI 2 – unabhängig davon, ob sie Rechnungskürzungen betreffend die in dem streitgegenständlichen Zeitraum gestellten Abrechnungen vorgenommen haben oder nicht und ihnen damit in unterschiedlichem Umfang zumindest teilweise Rückzahlungsansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB betreffend etwaig unwirksame Gaspreiserhöhungen zustehen könnten – gegeben. Auf eine Leistungsklage können sie deshalb nicht verwiesen werden, weil das Rechtsschutzziel der hier gegebenen negativen Feststellungsklage mit einer Leistungsklage nicht erreicht werden kann. Die Rückforderungsklage würde den Klägern allenfalls zuviel gezahlte Beträge zurückverschaffen. Die Beklagte verlangt aber weiterhin die erhöhten Preise, berührt sich also eines entsprechenden Anspruchs auch für zukünftige Preisanpassungen auf der Grundlage der jeweils vereinbarten Sonderabkommen (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2007 – VIII ZR 36/06).	19
Liegt ein rechtliches Interesse der Kläger an der Feststellung vor, greift das Argument der Beklagten, es werde auf rechtsmissbräuchliche Weise versucht, die den Klägern im Rahmen einer Leistungsklage obliegende Darlegungs- und Beweislast für die angebliche Unbilligkeit bzw. Unwirksamkeit der Preisbestimmung durch die Beklagte zu umgehen, bereits aus diesem Grund nicht durch. Im übrigen wäre auch im Falle einer Leistungsklage die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu berücksichtigen, nach der bei Bestehen eines Leistungsbestimmungsrechts wegen der größeren Sachnähe grundsätzlich das Versorgungsunternehmen die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der Ermessensausübung bei der Festsetzung des Entgelts trifft (vgl. z.B. BGH, NJW 2003, 1449 f.).	20
b)	21
Die streitgenossenschaftliche Klage erfüllt die Voraussetzungen des § 60 ZPO. Eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung ist im Sinne der Prozesswirtschaftlichkeit sachdienlich.	22
	23

Bei den Klägern handelt sich sämtlich um Haushaltskunden gemäß § 3 Nr. 22 EnWG, die mit der Beklagten außerhalb der Grundversorgung Verträge zu den Bedingungen für Sonderabkommen geschlossen haben. Sämtliche Gaslieferungsverträge bestehen mindestens seit September 2004 und bestehen auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch fort. Dabei lassen sich die Kundengruppe 1 (Angepasste Altverträge und Neuverträge von 1981 – 1983 = Bedingungen für Sonderabkommen in der Fassung von 1981 (Anlage B 2)) sowie die Kundengruppe 2 (Vertragsschlüsse ab 1984 = Bedingungen für Sonderabkommen in der Fassung von 1986 (Anlage B 3)) unterscheiden. Sämtliche Kläger berufen sich auf die Unwirksamkeit der bei den Sonderabkommen SOAI 1 und SOAI 2 - nahezu – wortgleichen Preisanpassungsklausel und der ihrer Ansicht nach daraus resultierenden Unwirksamkeit der von der Beklagten geltend gemachten Gaspreiserhöhungen. Alle Kläger machen zudem die Unbilligkeit und damit ebenfalls die Unwirksamkeit der seit dem 30.09.2004 von der Beklagten beanspruchten Gaspreiserhöhungen geltend.

3. 24

Die auf Feststellung der Unwirksamkeit bzw. Unbilligkeit der Preiserhöhungen gerichtete Klage ist jedoch unbegründet. Zwar ist die Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen unwirksam (dazu nachfolgend unter a)). Die Preiserhöhungen basieren jedoch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf einer rechtlich wirksamen Grundlage (dazu nachfolgend unter d)).

a) 26

Die Preisanpassungsklauseln in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen lauten wie folgt: 27

für die Kundengruppe 1: 28

" Die StW behalten sich eine Änderung der Preise und Bedingungen dieses Sonderabkommens vor. Für das Wirksamwerden genügt eine entsprechende Veröffentlichung in der Essener Tagespresse. Ist der Kunde mit einer Änderung nicht einverstanden, so kann er das Sonderabkommen fristlos kündigen und eine weitere Belieferung als Tarifkunde nach den AVBGasV ...verlangen." 29

für die Kundengruppe 2: 30

" Die Stadtwerke behalten sich eine Änderung der Preise und Bedingungen dieses Sonderabkommens vor. Für das Wirksamwerden genügt eine entsprechende Veröffentlichung in der Essener Tagespresse. Ist der Kunde mit einer Änderung nicht einverstanden, so kann er das Sonderabkommen mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Monats schriftlich kündigen und eine weitere Belieferung zu den Preisen und Bedingungen der Sondervereinbarung oder als Tarifkunde nach den AVBGasV ...verlangen. Die vereinbarte Vertragslaufzeit bleibt hiervon unberührt." 31

Es handelt sich hierbei jeweils um eine Preisvorbehaltsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.v. § 305 BGB, die dem Verwender ein einseitiges Recht zur Preisänderung geben, ohne dass es einer vertraglichen Vereinbarung auf einen neuen Preis bedarf. Dass die Bedingungen für das Sonderabkommen als Allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich wirksam gemäß den Anforderungen des § 305 Abs. 2 BGB in die mit den jeweiligen Klägern geschlossenen Gaslieferungsverträge einbezogen worden sind, steht außer Streit. Ebenso gehen die Parteien von der wirksamen Einbeziehung 32

der AVBGasV aus, bezüglich derer beide Versionen des Sonderabkommens in Ziffer 5. bzw. 9. den Verweis auf die ergänzende Geltung der AVBGasV *"Soweit in diesem Sonderabkommen nicht etwas anderes vereinbart ist, gelten die Bedingungen der AVBGasV entsprechend."* enthalten.

aa) 33

Die vorzitierten Preisanpassungsklauseln verstoßen wegen § 310 Abs. 2 BGB nicht gegen §§ 308, 309 BGB. 34

Denn bei der jeweiligen Preisanpassungsklausel *" Die Stadtwerke behalten sich eine Änderung der Preise und Bedingungen dieses Sonderabkommens vor. Für das Wirksamwerden genügt eine entsprechende Veröffentlichung in der Essener Tagespresse."* handelt es sich um eine Klausel, die inhaltlich nicht zum Nachteil der Verbraucher von § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV abweicht. Insbesondere enthält § 4 Abs. 2 AVBGasV nicht nur die Berechtigung des Gasversorgungsunternehmens zur Änderung der Preise, sondern auch diejenige zur Änderung der allgemeinen Bedingungen, die in §§ 2 bis 34 der AVBGasV geregelt sind. Insofern kann dahinstehen, dass die Preisänderungsklausel im vorliegenden Fall ohnehin nicht unter § 309 Nr. 1 BGB fiele. 35

Außer acht lassen kann man, dass die Bedingungen für das Sonderabkommen der Kundengruppe 2 in nachteiliger Abweichung zu § 32 Abs. 2 AVBGasV das Erfordernis einer schriftlichen Kündigung vorsehen. Darin läge - selbst wenn aus diesem Grund §§ 308, 309 BGB anwendbar wären - letztendlich kein Verstoß gegen § 309 Nr. 13 BGB. 36

bb) 37

Die Preisanpassungsklauseln in Ziffer 4. der Bedingungen für Sonderabkommen verstoßen jedoch gegen § 307 BGB. 38

(1) 39

Nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Zugleich müssen Preisanpassungsklauseln dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB genügen, mithin klar und verständlich gefasst sein. 40

(2) 41

Die Anwendung von § 307 Abs. 1 BGB ist nicht nach Maßgabe des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB im Hinblick auf die Existenz der AVBGasV deshalb ausgeschlossen, weil die AVBGasV eine gesetzliche Regelungen darstellen. Denn § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Rechtsvorschrift, mit der die streitgegenständliche Klausel übereinstimmt, auf den Vertrag anwendbar wäre, wenn man die Klausel wegdenkt. Das ist vorliegend nicht der Fall. Denn die AVBGasV gelten unmittelbar nur für Tarifkunden. Gegenüber den hiesigen Sondervertragskunden kämen sie nur bei wirksamer vertraglicher Einbeziehung in den Sonderkundenvertrag (Sonderabkommen) zur Anwendung. Dass dies jedenfalls nach der Rechtsansicht der Beklagten auch für § 4 AVBGasV der Fall ist, ändert nichts daran, dass § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht anwendbar ist. 42

Allerdings ist der in § 307 Abs. 3 S. 1 BGB enthaltene Rechtsgedanke zu berücksichtigen, nach dem AGB-rechtliche Bedenken nur angezeigt sind, wenn von gesetzlichen Regelungen 43

– hier den AVBGasV – abgewichen wird. Dies ist in die Prüfung im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs.1 S. 1, 2 BGB einzubeziehen. Dabei ist davon auszugehen, dass die in § 4 AVBGasV zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidungen als gesetzliches Leitbild anzusehen sind (vgl. für § 4 AVBGasV: LG Leipzig – Urteil vom 13.10.2006 – 10 O 631/06).

(3) 44

Die vorstehenden Erwägungen führen entgegen der Ansicht der Beklagten nicht per se dazu, dass die Übernahme einer inhaltlich den AVBGasV entsprechenden Klausel als angemessene Regelung i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB zu werten ist. Vielmehr verbleibt es dabei, dass die Klausel im Gesamtzusammenhang der jeweiligen Regelung zu beurteilen ist. Dementsprechend kann die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel nach § 307 Abs. 1 BGB nicht allein auf das Argument gestützt werden, § 4 Abs. 1 und oder 2 AVBGasV beinhalte ein Leitbild. Als Leitbild zeigt die Norm lediglich, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit von Preiserhöhungen im laufenden Vertragsverhältnis befürwortet. Für die entscheidungserhebliche Frage, unter welchen Voraussetzungen, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Preise erhöht werden dürfen oder auch wieder gesenkt werden müssen, gibt das Leitbild keine abschließende Antwort (so auch LG Berlin – Urteil vom 19.06.2006 – 34 O 611/05). Diesem Ergebnis lässt sich nicht entgegenhalten, es sei weder mit dem sich aus § 310 Abs. 2 BGB ergebenden Gleichbehandlungsgebot noch mit der auch vom BGH (NJW 1998, 1640 ff.) vertretenen Auffassung, der Sonderkunde sei nicht schutzwürdiger als der Tarifikunde, vereinbar. Denn der Bundesgerichtshof wertet die Regelung in § 4 Abs. 1 und 2. AVBGasV als gesetzliche Regelung, die ein unter § 315 BGB fallendes Leistungsbestimmungsrecht des Gasversorgers beinhaltet. Damit ist dem Gasversorger auch bezogen auf Tarifikunden nur ein ermessensgebundenes und der Billigkeitsprüfung des § 315 BGB unterliegendes Preisbestimmungsrecht eingeräumt.

(4) 46

Die streitgegenständlichen, nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen an der Vorschrift des § 307 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB zu prüfenden Preisanpassungsklauseln in Ziffer 4. der jeweils geltenden Bedingungen für das Sonderabkommen räumen der Beklagten das Recht ein, den Gaspreis zu ändern, enthalten jedoch keine Regelung über Grund und Umfang eines Rechts zur Erhöhung des Gaspreises oder einer Verpflichtung zur Senkung des Gaspreises. Allein geregelt ist die Wirksamkeitsvoraussetzung einer Erhöhung, nämlich die Veröffentlichung in der Essener Tagespresse.

(4.1) 48

Grundsätzlich ist bei langfristigen Vertragsverhältnissen wie den Gaslieferverträgen das Interesse des Verwenders anzuerkennen, die bei Vertragsschluss zugrunde gelegte Relation von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten und Kostensteigerungen nachträglich auf den Kunden abwälzen zu können. In Verträgen mit Verbrauchern sind an die Ausgewogenheit und Klarheit einer Änderungsklausel dabei hohe Anforderungen zu stellen. Klauseln, die dem Verwender eine Preiserhöhung nach freiem Belieben gestatten, sind unwirksam. Die Klausel muss Grund und Umfang der Erhöhung konkret festlegen, so dass der Kunde erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen sich die Preise ändern können und nach welchen Kriterien der neue Preis berechnet wird. Außerdem muss verhindert werden, dass der Verwender nachträglich seinen in dem vereinbarten Preis enthaltenen Gewinnanteil erhöht und damit das Äquivalenzprinzip verletzt wird (vgl. z.B. BGH – Urteil vom 21.09.2005 – VIII ZR 38/05; BGH, Urteil vom 13.12.2006 –

(4.2)

50

Ausgehend von diesen Voraussetzungen verstößt die streitgegenständliche Preisanpassungsklausel gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn jedenfalls bei den streitgegenständlichen Gaslieferungsverträgen mit Haushaltskunden und den hier in Rede stehenden Interessen ist ein einseitiges Preisänderungsrecht, das keine Einschränkungen, insbesondere keinerlei Konkretisierung der Preisänderungsfaktoren enthält, mit dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Insofern kann zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich auf die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden. Tatsächlich erlaubt die Formulierung der Preisanpassungsklausel der Beklagten bei der auch im Individualprozess im ersten Auslegungsschritt anzuwendenden kundenfeindlichsten Auslegung eine Preisgestaltung nach freiem Belieben (vgl. dazu auch LG Leipzig, Urteil vom 13.10.2006 – 10 O 631/06).

51

Soweit die Beklagte unter Verweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13.06.2007 und die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden (Urteil vom 11.12.2006 – U 1426/06 Kart) die Auffassung vertritt, diese Entscheidung belege, dass für die Preisanpassung neben der öffentlichen Bekanntgabe keine weiteren Voraussetzungen i.S. der Erwähnung von Preiskriterien erforderlich seien, geht diese Auffassung fehl. Hier greift auch das Argument, bei anderer Betrachtung werde der Sonderkunde gegenüber dem Tarifikunden in einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Weise privilegiert, nicht durch. Denn – wie vom Bundesgerichtshof in der vorgenannten Entscheidung lediglich klargestellt – hat der Tarifikunde die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle der Preiserhöhung nach § 315 Abs. 3 BGB, so dass sich die Gefahr unkontrollierbarer oder missbräuchlicher Preiserhöhungen nicht realisieren kann (so auch LG Leipzig, Urteil vom 13.10.2006 – 10 O 631/06). Dies beinhaltet aber keineswegs eine Wertung des Bundesgerichtshofs dahingehend, dass die gegenüber dem Sonderkunden verwendete Preisanpassungsklausel ohne jegliche Preiskriterien dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht. Allenfalls kann die Entscheidung des Bundesgerichtshofs als Anhaltspunkt dafür herangezogen werden, ob die Intransparenz der Klausel z.B. durch die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle gem. § 315 Abs. 3 BGB hinreichend kompensiert wird. Die von der Beklagten in Bezug genommene Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden befasst sich im übrigen mit einer Preisanpassungsklausel, die zumindest ein Preiskriterium – die Preisänderung durch den Vorlieferanten – beinhaltet.

52

Soweit die Beklagte ferner darauf verweist, die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffend die Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln bezögen sich bis auf eine Ausnahme auf sog. Kostenelementeklauseln (= Vereinbarungen, nach denen bei Änderung eines Kostenelements der Gesamtpreis proportional anzupassen ist), nicht aber auf die vorliegend streitgegenständliche Preisvorbehaltsklausel und zur Begründung ausführt, nur erstere seien am Maßstab des § 307 BGB zu messen, da auf diese Kostenelementeklauseln § 315 BGB nicht anzuwenden sei, während die Preisanpassungsklausel durch die Billigkeitskontrolle des § 315 BGB hinreichend kompensiert sei, ist diese Differenzierung auf der Grundlage der vorzitierten Entscheidungen nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon, dass die Beklagte damit von ihrer bisherigen Linie abrückt, nach der sie das Bestehen eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts i.S.d. § 315 BGB für den Verwender der Preisanpassungsklausel verneint hat, lässt sich den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs eine derartige Differenzierung zwischen "Preisanpassungsklauseln" und

53

"Kostenelementeklauseln" nicht entnehmen. Der Begriff "Kostenelementeklausel" stellt lediglich (in Abgrenzung zu Gleitklauseln und Spannungsklauseln) klar, dass es sich um Klauseln handelt, die eine Preisanpassung wegen und auf der Grundlage sich verändernder Kosten vorsehen. Das gilt auch für Preisanpassungsklauseln, in denen die Kostenelemente nicht bezeichnet sind, da auch hier die Preisanpassung auf der Grundlage der Entwicklung von Kostenelementen herbeigeführt wird.

cc) 54

Die Intransparenz der Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen ist nicht durch ein Kündigungsrecht der Kläger ausreichend kompensiert. 55

(1) 56

Die Anforderungen an die Konkretheit und Transparenz von Preisanpassungsklauseln können zwar niedriger gehalten werden, wenn eine Kündigungsmöglichkeit des Kunden besteht. Die Unangemessenheit einer Preisanpassungsklausel wird jedoch nicht stets durch das Einräumen eines Rechts zur vorzeitigen Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Vielmehr hängt dies von der konkreten Ausgestaltung des Kündigungsrechts ab. Dabei sind die Art des Vertrages, die typischen Interessen der Vertragsschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 13.12.2006 – VIII ZR 25/06). 57

(2) 58

Die Auswirkungen der nach obiger Darstellung unangemessen benachteiligenden Preisanpassungsklausel sind jedenfalls für die Kundengruppe 2 bereits deshalb nicht hinreichend kompensiert, weil den Kunden des SOAI 2 das Recht zur Lösung vom Vertrag nicht spätestens gleichzeitig mit der Preiserhöhung, sondern erst nach deren Wirksamwerden zugestanden wird. Ein angemessener Ausgleich setzt voraus, dass der Kunde vorab über die beabsichtigte Preisänderung informiert wird und sich vom Vertrag lösen kann, bevor sie wirksam wird (vgl. dazu BGH, Urteil vom 13.12.2006 – VIII ZR 25/06). Das Kündigungsrecht für die Kundengruppe 2 sieht lediglich ein Kündigungsrecht "mit zweiwöchiger Frist auf das Ende des der öffentlichen Bekanntmachung folgenden Monats" vor. Dass die Regelung wortgleich § 32 Abs. 2 AVBGasV entspricht, führt im Rahmen der Prüfung, ob ein angemessener Ausgleich für eine intransparente Regelung vorliegt, nicht zu einer anderen Wertung. 59

(3) 60

Darüber hinaus ist das eingeräumte Kündigungsrecht auch deshalb nicht als angemessener Ausgleich zu werten, weil die Regelung ihrerseits den Anforderungen an das Transparenzgebot nicht genügt. Davon ist bei beiden Varianten der Kündigungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen auszugehen. 61

Zwar verweist die Beklagte in der Berufungsbegründung darauf, dass die Klausel den Kunden die Möglichkeit einräumt, die Energieversorgung nach ihrer freien Wahl und damit auch durch Vertragsschluss mit einem anderen Energieversorger zu gestalten. Dementsprechend beinhaltet die Klausel neben dem Kündigungsrecht ein weiteres selbständiges Recht des Kunden, die Vertragsfortsetzung mit der Beklagten – aufgrund der Sondervereinbarung oder als Tarifkunde – zu verlangen. Nach der auch im Individualprozess im ersten Auslegungsschritt vorzunehmenden kundenfeindlichsten Auslegung wird dem 62

Kunden nach dem Inhalt der Klausel allerdings nur die Möglichkeit eingeräumt, das Sonderabkommen zu kündigen mit der alleinigen Alternative, auf anderer vertraglicher Grundlage – auf der Basis der Sondervereinbarung oder als Tarifikunde nach der AVBGasV – von der Beklagten weiter mit Gas beliefert zu werden. Denn gerade die Formulierung, nach der der Kunde die "Belieferung" (nicht den Vertragsschluss) zu den Bedingungen der Sondervereinbarung oder als Tarifikunde verlangen könne, legt den Schluss nahe, dass keine vollständige Lösungsmöglichkeit, sondern lediglich die Option der Vertragsumstellung auf einen anderen Tarif – wobei für sämtliche Kunden ohnehin nur der Allgemeine Tarif auf der Grundlage der AVBGasV in Betracht gekommen wäre – eingeräumt werden sollte. Verstärkt wird dieses Verständnis in der Version der Bedingungen für das Sonderabkommen für die Kundengruppe 2 durch den Zusatz: *"Die vereinbarte Vertragslaufzeit bleibt hiervon unberührt"*.

(4) 63

Führt das den Klägerin eingeräumte Kündigungsrecht bereits aus den vorstehenden Gründen nicht zu einem angemessenen Ausgleich der Intransparenz der Preisanpassungsklausel, kann dahinstehen, ob weitere Nachteile bestehen, die geeignet sind, den Kunden von einer vorzeitigen Kündigung Abstand nehmen zu lassen und auch aus diesem Grund die Intransparenz der Preisanpassungsklausel nicht ausreichend kompensiert wird. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn die Beklagte zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen (zurückliegenden) Gaspreiserhöhungen eine faktische Monopolstellung innehatte und ein Ausweichen auf einen anderen Energieträger nur mit erheblichem Kostenaufwand möglich bzw. für Mieter ohnehin unmöglich gewesen wäre. Tatsächlich gab es im fraglichen Zeitraum keine weiteren Gasversorger für Haushaltskunden in Essen, so dass - bezogen auf den Produktmarkt (Gas) - eine faktischen Monopolstellung der Beklagten bestand. 64

Soweit es vorliegend um die Belieferung mit einer zur Wärmeerzeugung nutzbaren Energieart geht, ist für die Bestimmung, ob ein faktisches Monopol besteht, allerdings nicht auf den Produktmarkt (Gas), sondern auf den (gesamten) Wärmemarkt mit seiner Vielzahl von Energieträgern (Gas, Öl, Wärmepumpe, Strom, Kohle...) abzustellen. In der Entscheidung vom 13.06.2007 – VIII ZR 36/06 – hat der Bundesgerichtshof mit dieser Argumentation (i.R.d. Frage der Anwendbarkeit des § 315 Abs. 3 BGB) eine Monopolstellung verneint, obwohl der dortige Gasversorger im streitgegenständlichen Zeitraum der einzige Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Gas und daher auf dem Gasversorgungsmarkt keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt war (so auch LG Koblenz, Urteil vom 30.11.2007 – 3 HKO 176/06). 65

dd) 66

Die intransparente Preisanpassungsklausel ist ebenso wenig durch die Möglichkeit einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB kompensiert. 67

Unabhängig von der Frage, ob § 315 Abs. 3 BGB für die hier streitgegenständlichen Gaspreiserhöhungen einschlägig ist, kann eine gerichtliche Billigkeitskontrolle keinen angemessenen Ausgleich für die fehlende Transparenz der Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen bieten. 68

Der Kunde hat mangels Kenntnis der Preiskriterien keine realistische Möglichkeit, eine Erhöhung des vereinbarten Preises auf ihre Berechtigung zu überprüfen. Dementsprechend kann er nicht beurteilen, ob eine gerichtliche Billigkeitsprüfung überhaupt Aussicht auf Erfolg hat. Folglich kann eine solche Prüfung keinen angemessenen Ausgleich für die fehlende 69

Transparenz der Preisanpassungsklausel darstellen. Denn das aus § 307 Abs. 1 BGB folgende Bestimmtheits- und Transparenzgebot soll nach Möglichkeit gerade verhindern, dass es im Einzelfall zu gerichtlichen Auseinandersetzungen kommt und der Kunde eine Preiserhöhung nur deshalb hinnimmt, weil sich das zulässige Ausmaß nicht beurteilen lässt (vgl. LG Bremen, Urteil vom 24.05.2006 –	
8 O 1065/06).	70
b)	71
Ein Preisanpassungsrecht der Beklagten ergibt sich nicht aus § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV.	72
aa)	73
Die in § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV enthaltene Regelung zur Preisanpassung ist nicht vertraglicher Bestandteil der mit den Klägern geschlossenen Gaslieferungsverträge.	74
(1)	75
Zwar beinhalten diese Normen ein materielles Recht der Preiserhöhung (vgl. BGH, Urteil vom 13.06.2007 – VIII ZR 36/06). Dass die Regelungen der AVBGasV unmittelbar nur für Tarifkunden gelten, wäre bei wirksamer vertraglicher Einbeziehung in das Sonderabkommen unbeachtlich.	76
(2)	77
Allerdings ist nach dem Wortlaut der Klausel unter Ziffer 5. (SOAI 2) bzw. Ziffer 9. (SOAI 1) der Bedingungen für das Sonderabkommen nicht davon auszugehen, dass die Regelungen des § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV im Fall der Unwirksamkeit der Regelung in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen ersatzweise an deren Stelle rücken.	78
Sowohl Ziffer 5. als auch Ziffer 9. der Bedingungen für Sonderabkommen sehen ausdrücklich vor, dass die Bestimmungen der AVBGasV entsprechend gelten, <i>"soweit in diesem Sonderabkommen nicht etwas anderes vereinbart ist"</i> .	79
Mithin sollten die AVBGasV nur für den Fall zur Anwendung kommen, dass die Bedingungen für das Sonderabkommen keine Regelung enthalten. Hier sehen die Bedingungen für das Sonderabkommen jeweils unter Ziffer 4. eine – wenn auch nach § 307 BGB unwirksame – Preisanpassungsklausel vor. Damit steht fest, dass die Regelungen der AVBGasV zu diesem Punkt nicht zum Zuge kommen sollten (so auch Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 16.11.2007 – 5 U 42/06) .	80
bb)	81
Ein Preisanpassungsrecht der Beklagten folgt nicht aus der Heranziehung von § 4 AVBGasV als dispositives Recht gem. § 306 Abs. 2 BGB.	82
(1)	83
Vorab ist festzustellen, dass die Nichtigkeit der Preisanpassungsklausel in der jeweiligen Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen nicht zu einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt. Für das SOAI 2 ist dies ausdrücklich in Ziffer 12. der Bedingungen für das Sonderabkommen klargestellt. Anderes gilt auch nicht für die Verträge des SOAI 1. Der	84

Wegfall der Preisanpassungsklausel führt nicht zu unbilligen Vorteilen der Kläger, die das Vertragsgefüge in nicht mehr vertretbarer Weise einseitig zu Lasten der Beklagten verschöbe. Der Beklagten steht nach den Bedingungen für das Sonderabkommen (Ziffer 9. bzw. 10.) die Möglichkeit zu, die Verträge mit einer Frist von drei Monaten zum Ablauf des jeweiligen Vertragszeitraumes zu kündigen und anstelle dessen neue Verträge mit einer wirksamen Klausel abzuschließen.

(2) 85

Die Regelungen der AVBGasV treten jedoch entgegen der Auffassung der Beklagten nicht als dispositives Recht in Gestalt einer gesetzlichen Regelung gem. § 306 Abs. 2 BGB an die Stelle der unwirksamen Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen. Ist eine AGB-Klausel unwirksam, richtet sich der Inhalt des Vertrages zwar nach den gesetzlichen Bestimmungen. Für den Vertragsinhalt maßgeblich sein können allerdings nur solche gesetzlichen Bestimmungen, die für diesen Vertragsinhalt einschlägig sind. Diese Voraussetzung erfüllen die Vorschriften der AVBGasV, die allein für den Tarifikundenbereich gelten, in Bezug auf die hiesigen Sonderkundenverträge gerade nicht (so auch LG Berlin, Urteil vom 19.06.2006 – 34 O 611/05). 86

In diesem Zusammenhang kann es entgegen der Auffassung der Beklagten auch nicht in Betracht kommen, die streitgegenständlichen Preiserhöhungen ersatzweise auf § 4 Abs. 1, 2 AVBGasV mit der Begründung zu stützen, dass diese Norm ein Leitbild enthalte. Wie bereits oben dargestellt, gibt die Norm nichts dafür her, unter welchen Voraussetzungen, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang Preise erhöht werden dürfen oder auch wieder gesenkt werden müssen. 87

c) 88

Der Beklagten steht trotz Unwirksamkeit der vertraglich vereinbarten Preisanpassungsklausel kein auf §§ 315 f. BGB gegründetes Leistungsbestimmungsrecht zu. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift setzt voraus, dass die Parteien wirksam eine einseitige Befugnis zu Leistungsbestimmung vereinbart haben oder aber der Beklagten kraft Gesetz ein unter § 315 BGB fallendes Bestimmungsrecht zugewiesen ist. Beides ist nicht der Fall. An ersterem fehlt es angesichts der Unwirksamkeit der Preisanpassungsbestimmung, die wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht etwa insoweit aufrechterhalten bleibt, als sie ein grundsätzliches Preisbestimmungsrecht beinhaltet. Kraft Gesetz steht der Beklagten gegenüber Sonderkunden kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht aus den AVBGasV zu, da diese nur für Tarifikunden gelten. 89

d) 90

Die streitgegenständlichen Preiserhöhungen sind jedoch nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung wirksam. 91

aa) 92

Eine durch die Unwirksamkeit von AGB-Klauseln entstehende Lücke ist nach ständiger Rechtsprechung stets dann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen, wenn die ersatzlose Streichung der betreffenden Klausel keine interessengerechte Lösung bietet und kein dispositives Gesetzesrecht zur Verfügung steht, das in geeigneter Weise zur Vertragsergänzung herangezogen werden kann. In einem solchen Fall richtet sich der durch die ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmende Vertragsinhalt nach einem objektiv- 93

generalisierenden Maßstab, also danach, was die Parteien in redlicher Weise vereinbart hätten, wenn sie die Unwirksamkeit der fraglichen Klausel gekannt hätten. Die Vertragsauslegung scheidet dabei nicht bereits daran, dass mehrere Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen (BGHZ 90, 69 ff.). Die Inhaltskontrolle der AGB ist dabei jedoch insoweit zu berücksichtigen, dass der in der für unwirksam befundenen Klausel manifestierte Wille des Verwenders für die Vertragsdurchführung keine Bedeutung mehr erlangen darf (Hanseatisches Oberlandesgericht Bremen, Urteil vom 16.11.2007 – 5 U 42/06).

bb) 94

Im vorliegenden Fall besteht eine solche Regelungslücke, die nicht durch dispositives Recht geschlossen werden kann. Ebenso wenig führt der ersatzlose Wegfall der Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen zu einer interessengerechten Lösung. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Lücke vervollständigungsbedürftig ist, weil bei langfristigen Verträgen ein anerkennenswertes Bedürfnis besteht, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. 95

Mit der Vereinbarung der – unwirksamen – Preisanpassungsklausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen haben die Parteien auch verdeutlicht, dass nach ihrem Willen der zunächst vereinbarte Lieferpreis nicht für die gesamte Vertragsdauer Gültigkeit haben sollte, sondern sich im Wege eines angemessenen Wertausgleichs anpassen sollte, wenn dies aufgrund bestimmter (nicht bezeichneter) Umstände erforderlich werden sollte. 96

Damit sind im Vertrag ausreichende Anhaltspunkte für einen objektiv zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen gegeben, der nur eine ernsthafte Gestaltungsmöglichkeit zulässt. Denn es ist davon auszugehen, dass die Parteien jedenfalls eine Regelung dahingehend getroffen hätten, dass die Bezugskosten an die Kunden weiterzugeben sind, mithin eine Preiserhöhung im Rahmen der tatsächlichen Bezugskostensteigerungen zulässig ist (vgl. dazu auch BGH, NJW 1990, 115; Erman/Roloff, BGB, 11. Aufl., § 306 Rnr. 13 f.). 97

Die in dieser Weise vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung genügt entgegen der Ansicht der Kläger der erforderlichen objektiv-generalisierenden Betrachtungsweise. Zudem verstößt sie nicht deshalb, weil sie im konkreten Fall zu demselben Ergebnis führt, das bei Anwendung der unwirksamen Klausel in Ziffer 4. der Bedingungen für das Sonderabkommen erzielt worden wäre, zu der Annahme, mit der Lückenschließung sei unzulässigerweise das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion umgangen worden. Das folgt bereits daraus, dass die ergänzende Vertragsauslegung nicht einseitig am Verwenderinteresse ausgerichtet ist, sondern dem beiderseitig angemessenen Interessenausgleich dient. Das Interesse der Kläger an sachgerechter Ausfüllung und Erhaltung der jeweils geschlossenen Verträge ist im Hinblick darauf, dass sich die Beklagte mangels ergänzender Vertragsauslegung gemäß dem ihr nach den Bedingungen für das Sonderabkommen zustehenden Kündigungsrecht einseitig vom Vertrag lösen könnte, nicht zu leugnen. Nach eigenem Vortrag der Kläger bestand jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt aufgrund der faktischen Monopolstellung der Beklagten auf dem Produktmarkt "Gas" keine günstigere Versorgungsmöglichkeit. 98

cc) 99

Die streitgegenständlichen Preiserhöhungen entsprechen dem im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zugrunde zu legenden Erfordernis der allein zulässigen Weitergabe 100

tatsächlicher Kostensteigerungen an die Kläger.

(1)	101
Unter Vorlage der Bescheinigungen der X AG für den hier streitgegenständlichen Zeitraum vom 01.10.2004 bis 01.10.2006 hat die Beklagte vorgetragen, dass sie lediglich die Bezugskostenerhöhungen ihrer Vorlieferanten im Rahmen der angegriffenen Gaspreiserhöhungen an die Kläger weitergegeben hat. Wegen der Einzelheiten wird insoweit auf die Testate der X AG vom 28.02.2005, vom 20.01.2006 und vom 20.10.2006 (Anlagen B 54 - B 56) verwiesen. Ferner hat die Beklagte unter Vorlage des Berichts der S GmbH vom 29.08.2007 (Anlage BK3) dargetan, dass die Bezugskostensteigerungen auch nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werden konnten.	102
Die Kläger haben den auf die vorstehend bezeichneten Anlagen gestützten Vortrag der Beklagten in der Folgezeit nicht mehr bestritten.	103
(2)	104
Die Höhe der bis zu den streitgegenständlichen Preiserhöhungen geltenden Preise führt zu keiner anderen Bewertung. Ob diese Preise unter Berücksichtigung tatsächlicher Kostensteigerungen zustande gekommen sind, ist der im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung vorzunehmenden Prüfung entzogen. Denn bei den vor der ersten streitgegenständlichen Preiserhöhung vom 01.10.2004 geltenden Preisen handelte es sich um zwischen den Parteien vereinbarte Preise, für die eine Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB nicht in Betracht kommt. Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei jenen, vor den hier streitigen Preiserhöhungen geltenden Preisen im Einzelfall um die bei jeweiligem Vertragsschluss geltenden "Ursprungspreise" oder um solche Preise gehandelt hat, die nach zeitlich früherem Vertragsschluss aufgrund Ziff. 4 des Sonderabkommens schon einmal oder mehrmals erhöht worden waren und von den jeweiligen Klägern nicht beanstandet worden sind. Denn auch in letzterem Fall wurde der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende, zuvor einseitig erhöhte Preis zu dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 13.06.2007 – VIII ZR 36/06).	105
(3)	106
Ebensowenig können die auf der vorgelagerten Stufe der Lieferkette vereinbarten Preise der Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung entgegen gehalten werden. Dies gilt sowohl in Bezug auf die mögliche Kartellrechtswidrigkeit des Kopplungsmechanismus zwischen den Preisen für Gas und leichtes Heizöl als auch in Bezug auf den Einwand der Kläger, die Gasbezugsverträge zwischen der Beklagten und ihren Vorlieferanten seien kartellrechtswidrig.	107
(4)	108
Die weiteren von den Klägern in Bezug auf eine ihrer Ansicht nach vorzunehmende Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB angeführten Gründe stehen der Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung ebensowenig entgegen.	109
Soweit die Kläger der Beklagten	110
- unwahre Angaben in den Anschreiben an die Gaskunden betreffend die Position "Importkosten"	111

- unwirtschaftliches Handeln	
- verbotene Quersubventionierung	113
entgegenhalten, greifen diese Argumente nicht durch.	114
Die Beklagte hat unwidersprochen darauf verwiesen, dass sich die vermeintlich unwahre Angabe zu den Importkosten erkennbar nur auf die Aufwendungen bezieht, die dem Vorlieferanten entstehen und in den Einkaufspreis der Beklagten einfließen.	115
Der weitgehend pauschale Vortrag zu dem angeblich unwirtschaftlichen Handeln der Beklagten ist durch die dezidierte Darlegung der Gaspreisvergleiche (Anlage B 45 – 53) sowie die Vorlage der Testate der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft entkräftet.	116
Der Vortrag zu der "verbotenen Quersubventionierung" ist bereits nicht hinreichend schlüssig.	117
III.	118
Die Zulassung der Revision beruht auf der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache.	119
IV.	120
Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	121