



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 56/08

Verkündet am:
15. Juli 2009
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Cb; EnWG 2005 § 36 Abs. 1, § 41; GasGVV § 5 Abs. 2, § 20

- a) § 5 Abs. 2 GasGVV erkennt dem Gasgrundversorger ebenso wie die Vorläuferregelung des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV ein gesetzliches Preisänderungsrecht zu.
- b) Eine Preisanpassungsklausel, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 5 Abs. 2 GasGVV unverändert in einen formularmäßigen Erdgassondervertrag übernimmt, also nicht zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Regelung des Preisänderungsrechts für den Grundversorger abweicht, stellt keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB dar.

- c) Die Klausel in einem Erdgassondervertrag

" ... [Der Gasversorger] darf den Festpreis und den Verbrauchspreis entsprechend § 5 Abs. 2 GasGVV anpassen. Es handelt sich um eine einseitige Leistungsbestimmung, die wir nach billigem Ermessen ausüben werden. Soweit sich der Festpreis oder der Verbrauchspreis ändert, können Sie den Vertrag entsprechend § 20 GasGVV kündigen".

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

BGH, Urteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08 - OLG Celle
LG Verden

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Hermanns, Dr. Milger und Dr. Hessel sowie den Richter Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 17. Januar 2008 aufgehoben und das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Verden vom 5. Juli 2007 abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 50.000 €, ersatzweise Ordnungshaft gegen einen der Geschäftsführer bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, folgende oder eine dieser inhaltsgleiche Klausel in Gasversorgungsverträgen zu verwenden, sofern der Vertrag nicht mit einer Person geschlossen wird, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (Unternehmer):

"k. darf den Festpreis und den Verbrauchspreis entsprechend § 5 Abs. 2 GasGVV anpassen. Es handelt sich um eine einseitige Leistungsbestimmung, die wir nach billigem Ermessen ausüben werden. Soweit sich der Festpreis oder der Verbrauchspreis ändert, können Sie den Vertrag entsprechend § 20 GasGVV kündigen".

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 189 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 1. November 2006 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist ein in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 Abs. 1 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverband. Die Beklagte versorgt Kunden in den niedersächsischen Gemeinden S. , W. und T. mit Erdgas.

2 Die Beklagte bietet Haushaltskunden im Rahmen der Grundversorgung den Vertrag "k. Erdgas Basis" sowie als Alternative dazu den Sondervertrag "k. Erdgas plus" an. Der Sondervertrag kommt dadurch zustande, dass die Kunden einen von der Beklagten vorformulierten Auftrag "k. Erdgas plus" zur Lieferung von Erdgas unterzeichnen und die Beklagte den Auftrag annimmt. In dem Auftragsformular heißt es unter anderem:

"4.Preise und Bedingungen

...

Soweit dieser Vertrag nichts Abweichendes vorsieht, gilt die beige-fügte Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung - GasGVV) vom 26. Oktober 2006 (BGBl. 2006 Teil I, S. 2396), entsprechend. ...

Soweit der Gesetzgeber die GasGVV bzw. sonstige einschlägige rechtliche Rahmenbedingungen ändert (z. B. durch Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes oder Erlass weiterer Rechtsverordnungen), kann k. [= Bekl.] diesen Vertrag entsprechend anpassen.

...

k. darf den Festpreis und den Verbrauchspreis entsprechend § 5 Abs. 2 GasGVV anpassen. Es handelt sich um eine einseitige Leistungsbestimmung, die wir nach billigem Ermessen ausüben werden. Soweit sich der Festpreis oder der Verbrauchspreis ändert, können Sie den Vertrag entsprechend § 20 GasGVV kündigen.

5. Vertragsbeginn/Kündigung/Lieferantenwechsel

1. Der Erdgaslieferungsvertrag kommt durch die schriftliche Annahme dieses Auftrags durch k. zustande und läuft auf unbestimmte Zeit. ...
2. Der Vertrag kann von beiden Vertragspartnern erstmals zum Ende des ersten vollen Kalendermonats nach Beginn der Belieferung (Erstlaufzeit) und danach jeweils mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende gekündigt werden. ..."

3 Zuvor verwendete die Beklagte in dem Sondervertrag eine Preisanpassungsklausel, die weitgehend den gleichen Wortlaut hatte wie die oben unter Nr. 4 wiedergegebene, an Stelle von "§ 5 Abs. 2 GasGVV" und "§ 20 GasGVV" hieß es jedoch "§ 4 Abs. 2 AVBGasV" und "§ 32 Abs. 2 AVBGasV".

4 Mit seiner Klage hat der Kläger von der Beklagten Unterlassung der Verwendung dieser (älteren) Preisanpassungsklausel sowie Zahlung von 189 € Aufwendungsersatz für eine vorprozessuale Abmahnung nebst Zinsen verlangt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit seiner dagegen gerichteten Berufung hat der Kläger zunächst seine erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt. Nachdem zwischen den Parteien unstreitig war, dass die Beklagte die mit dem Unterlassungsantrag beanstandete Preisanpassungsklausel nicht mehr verwendet, hat der Kläger mit Zustimmung der Beklagten seinen Klageantrag hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens geändert und beantragt, die Beklagte zur Unterlassung der Verwendung der aktuellen (oben unter Nr. 4 wiedergegebenen) Preisanpassungsklausel zu verurteilen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht (OLG Celle, RdE 2008, 141 = OLGR 2008, 273) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel verstoße nicht gegen § 307 BGB. Die vom Bundesgerichtshof an den Inhalt einer Kostenelementeklausel gestellten Anforderungen könnten auf die streitgegenständliche Klausel nicht übertragen werden. Die von der Beklagten verwendete Klausel sehe eine Preisanpassung nicht auf der Grundlage der Entwicklung von konkret genannten Kostenelementen vor; vielmehr solle eine Preisanpassung entsprechend der Regelung des § 5 Abs. 2 GasGVV erfolgen. Diese Vorschrift, die - ebenso wie die Vorgängerregelung in § 4 Abs. 2 AVBGasV - ein unmittelbares Leistungsbestimmungsrecht des Gasversorgers beinhalte, stelle eine "gesetzliche Regelung" im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar.

8 Die Regelung des § 5 Abs. 2 GasGVV habe eine "Leitbildfunktion" im weiteren Sinne, die grundsätzlich auch auf Sondervertragskunden ausstrahle und im Ergebnis dazu führe, dass die streitgegenständliche Klausel als mit § 307 BGB im Einklang stehend anzusehen sei. Bei der Inhaltskontrolle der Versorgungsbedingungen für Sonderkunden komme den Regelungen der Rechtsverordnungen für Tarifkunden eine Indizwirkung und Leitbildfunktion zu. Dies gelte jedoch nur insoweit, als sich die AVB-Klausel für den Sonderabnehmer nicht nachteiliger auswirke als die entsprechende AVB-Regelung für den Tarifkunden. Das sei bei der streitgegenständlichen Klausel nicht der Fall. Entgegen der Auffassung des Klägers seien Tarif- und Sondervertragskunden im

Bereich von Preisanpassungen seitens des Versorgers in gleicher Weise betroffen. Dass Tarifikunden weniger Wert auf eine effiziente Kostengestaltung legten als Sondervertragskunden, wie der Kläger behauptete, sei nicht ersichtlich. Würde man eine Ausstrahlungswirkung von § 5 Abs. 2 GasGVV auf die gegenüber Sondervertragskunden verwendete Klausel verneinen, hätte dies zur Folge, dass Sondervertragskunden infolge des ersatzlosen Wegfalls der Preisanpassungsmöglichkeit gegenüber Tarifikunden besser gestellt werden würden. Eine derartige Besserbehandlung wäre ungerechtfertigt, da ein Erfordernis, Sondervertragskunden im Vergleich zu Tarifikunden weitergehend zu schützen, nicht zu erkennen sei.

II.

9 Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Der Kläger kann gemäß § 1 UKlaG von der Beklagten verlangen, die Verwendung der beanstandeten Preisanpassungsklausel zu unterlassen. Denn die Klausel ist, anders als das Berufungsgericht meint, gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie die Sonderkunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

10 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die beanstandete Preisanpassungsklausel eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, die der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB unterliegt.

11 a) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist sie nicht Bestandteil eines Grundversorgungsvertrages im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG

2005, § 1 Abs. 1 GasGVV, sondern Inhalt eines Vertrages über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der Grundversorgung im Sinne von § 41 EnWG 2005 (Normsonderkundenvertrages). Es handelt sich deshalb nicht um eine Bestimmung, die bereits nach § 1 Abs. 1 Satz 2 GasGVV Bestandteil des Versorgungsvertrages und aus diesem Grund der Inhaltskontrolle entzogen ist.

12 Der Senat hat unter Geltung von § 6 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (Energiewirtschaftsgesetz - EnWiG) vom 13. Dezember 1935 für die Abgrenzung zwischen Tarifkundenverträgen und Sonderkundenverträgen, an deren Stelle durch § 36 ff. EnWG 2005 die Unterscheidung zwischen Grundversorgungsverträgen und Verträgen außerhalb der Grundversorgung getreten ist, ausgesprochen, dass unter einem Tarif dasjenige Preisgefüge zu verstehen ist, zu dem sich ein Versorgungsunternehmen öffentlich erbiertet, im Rahmen seiner aus § 6 EnWiG folgenden Verpflichtung jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984 - VIII ZR 295/83, WM 1985, 431, unter I 2). Dabei hat er der Veröffentlichung der Vertragsmuster indizielle Bedeutung für den Willen des Versorgungsunternehmens beigemessen, die darin enthaltenen Bedingungen der Allgemeinheit und nicht nur einzelnen Abnehmern anzubieten; er hat jedoch offen gelassen, ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen veröffentlichte Vertragsmuster letztlich als Tarife behandelt werden müssen (aaO).

13 aa) Die Frage ist dahin zu beantworten, dass es für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um Tarif- bzw. Grundversorgungsverträge mit allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG 2005 handelt, darauf ankommt, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt

gemachten Bedingungen und Preisen - aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers - im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet (vgl. Hempel, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: Dezember 2008, § 1 AVBEitV Rdnr. 42 ff.; KG, Urteil vom 28. Oktober 2008 - 21 U 160/06, ZMR 2009, 280, unter II B 2 b (4) - Revision anhängig unter VIII ZR 312/08).

- 14 Nach der Bundestarifordnung Gas (aufgehoben mit Wirkung vom 29. April 1998 durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. April 1998, BGBl. I S. 730) waren die Versorger zwar verpflichtet und nach der Bundestarifordnung Elektrizität (aufgehoben mit Wirkung vom 1. Juli 2007 durch Art. 5 Abs. 3 des Zweiten Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970) jedenfalls berechtigt, zur Erfüllung ihrer Versorgungspflicht nach § 6 EnWiG, an dessen Stelle zunächst § 10 EnWG 1998 und nunmehr § 36 EnWG 2005 getreten sind, mehrere Allgemeine Tarife (Kleinverbrauchstarif und Grundpreistarif, Pflichttarif und Wahltarife) anzubieten. Schon vor der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts im Jahr 1998 stand es ihnen jedoch frei, daneben Sonderverträge zu schließen, für deren inhaltliche Ausgestaltung - vorbehaltlich kartellrechtlicher Beschränkungen - der Grundsatz der Vertragsfreiheit galt (Senatsurteil vom 12. Dezember 1984, aaO, unter I 1). Von dieser Möglichkeit wurde nicht nur gegenüber Industriekunden, sondern auch im Verhältnis zu Haushaltskunden in nicht unerheblichem Umfang Gebrauch gemacht. Der Gesetzgeber hat 1998 die Bundestarifordnung Gas mit der Begründung aufgehoben, sie sei in der Praxis nahezu bedeutungslos geworden, nachdem sich bei der Heizgas- und Gasvollversorgung mehr und mehr Preisvereinbarungen im Rahmen von Sonderverträgen durchgesetzt hätten und der Anteil des Gases im Haushalts- und Kleinabnehmerbereich nur zu Koch- und Warmwasserberei-

tungszwecken immer weiter zurückgegangen sei. Nicht nur, aber insbesondere im Interesse letzterer blieb gleichwohl die Verpflichtung von Energieversorgungsunternehmen erhalten (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998), für Gemeindegebiete, in denen sie die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern durchführen, zu öffentlich bekannt zu gebenden Allgemeinen Bedingungen und Allgemeinen Tarife jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen (BT-Drs. 13/7274, S. 17). Entsprechend unterscheiden die Übergangsregelungen in § 115 Abs. 2 und 3 EnWG 2005 zwischen Verträgen über die Belieferung von Letztverbrauchern mit Energie im Rahmen der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht und Verträgen über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der bis zum Inkrafttreten des EnWG 2005 bestehenden allgemeinen Versorgungspflicht.

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

16 bb) Welche Art von Vertrag vorliegt, muss demnach durch Auslegung ermittelt werden. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Wortlaut des Angebotsformulars für den Vertrag "k. Erdgas plus" eindeutig, dass es sich dabei

nicht um ein Angebot zum Abschluss eines Grundversorgungsvertrages nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005, sondern um ein (an Haushaltskunden gerichtetes) Angebot zum Abschluss eines Sondervertrages handelt. Nach Nr. 4 des Vertrages soll die Gasgrundversorgungsverordnung nur subsidiär (soweit der Vertrag nichts Abweichendes regelt) und entsprechend gelten. Der Vertrag enthält zudem ein Anpassungsrecht für die Beklagte für den Fall, dass der Gesetzgeber die Gasgrundversorgungsverordnung ändert. Dieser Regelungen bedürfte es nicht, wenn die Beklagte das Angebot "k. Erdgas plus" im Rahmen ihrer Grundversorgungspflicht machen würde, da in diesem Fall die Bestimmungen der Gasgrundversorgungsverordnung von Gesetzes wegen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 GasGVV) Bestandteil der Versorgungsverträge wären.

17 b) Bei (Sonder-)Verträgen der Gasversorgung findet zwar gemäß § 310 Abs. 2 BGB eine Inhaltskontrolle nach §§ 308 und 309 BGB nicht statt, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Abnehmer von der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit Gas (AVBGasV) abweichen, an deren Stelle die Gasgrundversorgungsverordnung getreten ist. Die beanstandete Preisanpassungsklausel unterliegt aber als Preisnebenabrede (st. Rspr.; vgl. Senatsurteil vom 21. September 2005 - VIII ZR 38/05, WM 2005, 2335, unter II 1 m.w.N.) in jedem Fall der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB (BGHZ 138, 118, 123 zu den Vorgängerregelungen in § 23 Abs. 2 Nr. 2 und § 9 AGBG).

18 2. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht weiter zu Recht angenommen, dass § 5 Abs. 2 GasGVV, auf den die streitgegenständliche Preisanpassungsklausel Bezug nimmt und der bestimmt, dass Änderungen der Allgemeinen Preise und der ergänzenden Bedingungen jeweils zum Monatsbeginn und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden, dem

Grundversorger ebenso wie die Vorläuferregelung des § 4 AVBGasV ein gesetzliches Preisänderungsrecht zuerkennt.

- 19 In § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV war bestimmt, dass das Gasversorgungsunternehmen zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen und Bedingungen Gas zur Verfügung stellt und dass Änderungen der allgemeinen Tarife und Bedingungen erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden. Mit der Einfügung des Wortes "jeweiligen" sollte nach der Begründung des Ordnungsgebers (BR-Drs. 77/79, S. 34) ausdrücklich klargestellt werden, dass das Versorgungsunternehmen die Möglichkeit hat, die allgemeinen Tarife durch öffentliche Bekanntgabe gleitend, das heißt ohne Kündigung, zu ändern. In der Begründung zu § 4 AVBGasV heißt es (aaO, S. 38):

"Nach Absatz 1 sind die GUV verpflichtet, die Kunden zu den ‚jeweiligen‘ allgemeinen Tarifen und Bedingungen, wozu auch diejenigen Regelungen gehören, die sie in Ausfüllung der vorliegenden Verordnung vorsehen, zu versorgen. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß sich z.B. Tarifänderungen ohne entsprechende Kündigungen der laufenden Verträge nach öffentlicher Bekanntgabe (Absatz 2) vollziehen können. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich um Massenschuldverhältnisse mit langfristiger Vertragsbindung handelt. Die GUV müssen die Möglichkeit haben, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit in den Preisen an die Kunden weiterzugeben. Entsprechende Vertragskündigungen, verbunden mit dem Neuabschluss von Verträgen, würden hier vor allem zu praktischen Schwierigkeiten führen ..."

- 20 Daraus hat der Senat hergeleitet, dass § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV den Gasversorgungsunternehmen im Bereich der Versorgung von Tarifkunden ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gewährt (BGHZ 172, 315, Tz. 16 f.; 178, 362, Tz. 26). Die Vorschriften sind durch § 5 Abs. 2 GasGVV ersetzt worden, ohne dass sich dadurch in der Sache etwas ändern sollte (vgl. BR-Drs. 306/06, S. 25 f., 43). Nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GasGVV ist der Grundversorger auch weiterhin nur verpflichtet, dem Kunden zu den jeweiligen Allgemeinen Preisen und Bedingungen Gas zur Verfügung zu stellen. Entsprechend geht

§ 17 Abs. 1 Satz 3 GasGVV davon aus, dass Allgemeine Preise für Gas auf einer einseitigen Leistungsbestimmung durch den Versorger beruhen können, die der Kunde nach § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin überprüfen lassen kann.

21 3. Rechtsfehlerfrei ist ferner die Annahme des Berufungsgerichts, dass eine Preisanpassungsklausel in einem Sondervertrag, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 5 Abs. 2 GasGVV unverändert in einen Normsondervertrag übernimmt, also nicht zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Regelung des Preisänderungsrechts für den Grundversorger abweicht, keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 oder 2 BGB darstellt.

22 a) Mit der Regelung des § 310 Abs. 2 Satz 1 BGB (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 AGBG) hat der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, es den Versorgungsunternehmen freizustellen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten. Dahinter steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer. Der Gesetzgeber hat ein Bedürfnis für eine Parallelgestaltung der Vertragsbedingungen der Versorgungsunternehmen gegenüber Verbrauchern als Tarifkunden und Verbrauchern als Sonderabnehmern insbesondere vor dem Hintergrund gesehen, dass infolge der Liberalisierung auf dem Energieversorgungsmarkt zunehmend auch Verbraucher mit Versorgungsunternehmen Verträge abschließen, die nicht von vornherein den Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Elektrizität, Gas usw. unterliegen, und deshalb zu "Sonderabnehmern" werden (BT-Drs. 14/6040, S. 160). Den Bestimmungen der Gasgrundversorgungsverordnung kommt deshalb ebenso wie denjenigen ihrer Vorgängerregelung, der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden, und der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Ta-

rifkunden mit elektrischer Energie für Sonderkundenverträge "Leitbildfunktion im weiteren Sinne" zu, auch wenn sie dafür unmittelbar nicht gelten (BGHZ 138, 118, 126 f.).

23 b) Ein und dieselbe Regelung kann sich allerdings für Sonderabnehmer ungleich nachteiliger auswirken als für Tarifkunden. § 310 Abs. 2 BGB verhindert daher die Überprüfung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung in einem Sonderabnehmervertrag auf eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB nicht. Diese ermöglicht es, Unterschiede zwischen Tarif- und Sonderkunden zu berücksichtigen (BGHZ 138, 118, 123). Den Bestimmungen der Gasgrundversorgungsverordnung ist deshalb Leitbildfunktion für Sonderkundenverträge nicht pauschal beizumessen; vielmehr ist sie für jede einzelne in Rede stehende Bestimmung zu prüfen (BGHZ 176, 244, Tz. 25). Sie ist jedoch für das Preisänderungsrecht nach § 5 Abs. 2 GasGVV zu bejahen.

24 aa) Das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Vorbehalt einer einseitigen Leistungsbestimmung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erforderliche berechtigte Interesse des Verwenders (vgl. BGHZ 164, 11, 26 f. m.w.N.) ist bei Verträgen mit Normsonderkunden ebenso wie im Bereich der Grundversorgung zu bejahen. Den Gasversorgungsunternehmen soll nach dem Willen des Verordnungsgebers der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden und der Gasgrundversorgungsverordnung die Möglichkeit gegeben werden, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit an die Kunden weiterzugeben, ohne die Verträge kündigen zu müssen (vgl. oben unter 2). Insofern ist eine sachliche Gleichbehandlung der Haushaltssonderkunden mit den Grundversorgungskunden geboten. Die Haushaltssonderkunden der Beklagten werden auf der Grundlage des Vertrags "k. Erdgas plus" ebenso wie die Grundversorgungskunden aufgrund

eines standardisierten Vertrages zu einheitlichen Preisen mit Gas beliefert. Der Vertrag läuft zudem wie ein Grundversorgungsvertrag auf unbestimmte Zeit. Es kann deshalb im vorliegenden Fall offenbleiben, ob dem Versorger auch dann ein berechtigtes Interesse an einer Preisänderung zuzugestehen ist, wenn der Sondervertrag nur eine begrenzte Laufzeit hat.

25 bb) § 5 Abs. 2 GasGVV verkörpert ebenso wie § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, NJW 2009, 578, zur Veröffentlichung in BGHZ 179, 186 vorgesehen, Tz. 20) eine Wertentscheidung, die der Ordnungsgeber hinsichtlich der Kunden im Sinne der Gasgrundversorgungsverordnung, also der Haushaltskunden im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005 und der im Rahmen der Ersatzversorgung nach § 38 Abs. 1 EnWG 2005 versorgten Letztverbraucher (§ 1 Abs. 1 und 2 GasGVV), getroffen hat, und enthält somit einen gewichtigen Hinweis auf das, was auch im Vertragsverhältnis mit Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung (§ 41 Abs. 1 EnWG 2005) als angemessen zu betrachten ist. Dem steht, anders als die Revision meint, nicht entgegen, dass den Versorger im Rahmen der Grundversorgung - anders als bei einem Sondervertrag - ein Kontrahierungszwang (§ 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2005) trifft und er nach § 20 Abs. 1 Satz 3 GasGVV zu einer Kündigung des Vertrages nur berechtigt ist, soweit eine Pflicht zur Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 Satz 2 EnWG 2005 nicht besteht. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber bei der angestrebten Gleichbehandlung von Grundversorgungs- und Sonderkunden offensichtlich keine Bedeutung beigemessen. § 5 Abs. 2 GasGVV ist zudem an die Stelle von § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV getreten, der ein Preisanpassungsrecht ebenfalls unabhängig davon vorsah, dass nach § 32 Abs. 1 AVBGasV auch der Versorger zur Kündigung eines Tarifkundenvertrages berechtigt war.

26 c) Der Revision ist allerdings zuzugeben, dass eine § 5 Abs. 2 GasGVV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel nicht den Anforderungen genügt, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt (BGH, Urteil vom 21. April 2009 - XI ZR 78/08, WM 2009, 1077, Tz. 25; BGHZ 164, 11, 26 f.; Urteil vom 13. Dezember 2006 - VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054, Tz. 21; Urteil vom 21. September 2005, aaO, unter II 2). § 5 Abs. 2 GasGVV regelt nur, dass Änderungen der Allgemeinen Preise (im Sinne von § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG 2005) jeweils zum Monatsbeginn und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam werden, die mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung erfolgen muss, und dass das Versorgungsunternehmen verpflichtet ist, zu der beabsichtigten Änderung zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen. Die Vorschrift lässt nicht erkennen, dass das Versorgungsunternehmen bei der Preisanpassung das Äquivalenzverhältnis wahren muss und sie nicht dazu nutzen darf, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben, um nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (BGHZ 178, 362, Tz. 25). Sie lässt den Kunden weiter im Unklaren darüber, dass aufgrund der Bindung der Allgemeinen Preise (des Allgemeinen Tarifs) an billiges Ermessen mit dem Recht des Versorgungsunternehmens zur Abwälzung von Kostensteigerungen auf seine Kunden die Pflicht einhergeht, Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen und diese nach denselben Maßstäben an die Kunden weiterzugeben (BGHZ 176, 244, Tz. 26).

27 Dies steht der unveränderten Übernahme von § 5 Abs. 2 GasGVV in einen Sonderkundenvertrag unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen

Benachteiligung des Sonderkunden (§ 307 Abs. 1 BGB) indes nicht entgegen. Wie oben ausgeführt, soll es den Versorgungsunternehmen nach dem Willen des Gesetzgebers freistehen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten, und soll der Schutz der Sonderabnehmer nicht weitergehen als derjenige der Tarifabnehmer. Der Gesetzgeber hat deshalb mit der Regelung der Gasgrundversorgungsverordnung selbst den Maßstab gesetzt, nach dem zu beurteilen ist, ob Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt werden. Mit einer unveränderten Übernahme von § 5 GasGVV in das Sonderkundenverhältnis wird das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel erreicht, Sonderkunden nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als Tarifkunden (Grundversorgungskunden). Es ist nicht ersichtlich, dass dafür im Bereich von Sonderverträgen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit und die Konkretisierung einer Preisanpassungsregelung gestellt werden müssten, als sie im Bereich der Grundversorgung durch § 5 GasGVV unmittelbar erfüllt werden. Dem Sonderkunden steht ebenso wie dem Grundversorgungskunden eine Überprüfung von Preisänderungen nach § 315 BGB offen. Stimmt die zu beurteilende Preisanpassungsklausel mit § 5 GasGVV inhaltlich überein, das heißt, weicht sie davon nicht zum Nachteil des Abnehmers ab, liegt danach eine unangemessene Benachteiligung des Sonderabnehmers nicht vor (ebenso Ulmer in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 310 BGB Rdnr. 97, 101, 106, für § 4 AVBEitV; Graf von Westphalen, ZIP 2008, 669, 673; Rosin/Mätzig, RdE 2008, 225, 227 ff.). Ob eine unangemessene Benachteiligung des Kunden durch eine inhaltsgleiche Übernahme des Preisänderungsrechts nach § 5 GasGVV in einen Sonderkundenvertrag auch dann zu verneinen wäre, wenn dem Kunden nicht zugleich ein Kündigungsrecht entsprechend § 20 GasGVV eingeräumt würde, sondern er ungeachtet einer Preisänderung langfristig gebunden bliebe, bedarf

in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung, weil das von der Beklagten verwendete Sondervertragsformular ein solches Kündigungsrecht ausdrücklich vorsieht (siehe dazu unten unter 5 b).

28 4. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Preisanpassungsregelung der Beklagten im Vertrag "k. Erdgas plus" inhaltlich § 5 Abs. 2 GasGVV in vollem Umfang entspreche. Sie sieht ihrem Wortlaut nach vor, dass die Beklagte "den Festpreis und den Verbrauchspreis entsprechend § 5 Absatz 2 GasGVV anpassen darf" und dass es sich dabei um eine einseitige Leistungsbestimmung handelt, die die Beklagte nach billigem Ermessen ausüben wird. Damit enthält die Klausel - jedenfalls in der im vorliegenden Verbandsprozess gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 139, 190, 199; 176, 244, Tz. 18 f. jeweils m.w.N.) - anders als § 5 Abs. 2 GasGVV in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich nicht zugleich auch die Verpflichtung, gefallenen Gasbezugskosten nach gleichen Maßstäben wie gestiegenen Kosten Rechnung zu tragen.

29 Die Formulierung ("darf") lässt eine Auslegung zu, nach der die Beklagte zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet ist, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung unabhängig davon vorzunehmen, in welche Richtung sich die Gasbezugskosten seit Vertragsschluss oder seit der letzten Preisanpassung entwickelt haben. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Verweis auf § 5 Abs. 2 GasGVV und der anschließenden Formulierung: "Es handelt sich um eine einseitige Leistungsbestimmung, die wir nach billigem Ermessen ausüben werden." Daraus ergibt sich zwar, dass die Beklagte, wenn sie eine Preisänderung vornimmt, an die Regelung des § 5 Abs. 2 GasGVV und an den Maßstab billigen Ermessens gebunden sein soll. Der Formulierung ist aber nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu entnehmen, dass die Beklagte auch im Falle einer Absenkung der Gasbezugskosten verpflichtet ist, nach

gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen. Mangels anderweitiger vertraglicher Vorgaben hat die Beklagte damit die Möglichkeit, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu dem sie von dem Preisänderungsrecht Gebrauch macht, und durch die in der Preisanpassungsklausel nicht vorgegebene Wahl des Preisanpassungstermins erhöhten Gasbezugskosten umgehend, niedrigeren Gasbezugskosten jedoch nicht oder erst mit zeitlicher Verzögerung durch eine Preisänderung Rechnung zu tragen. Mit diesem Inhalt weicht die Klausel von dem gesetzlichen Leitbild des § 5 Abs. 2 GasGVV (§ 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV) zum Nachteil des Sonderkunden ab (BGHZ 176, 244, Tz. 20 f., 26).

30 5. Die unangemessene Benachteiligung der Kunden der Beklagten wird nicht durch die Einräumung eines Rechts zur Lösung vom Vertrag ausgeglichen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Unangemessenheit von Preisänderungsklauseln durch die dem Kunden eingeräumte Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, ausgeglichen werden kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung. Ein Recht des Kunden zur Lösung vom Vertrag vermag jedenfalls nicht stets zu einem angemessenen Interessenausgleich zu führen. Dies hängt von seiner konkreten Ausgestaltung ab. Dabei sind die Art des jeweiligen Vertrags, die typischen Interessen der Vertragschließenden und die die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen zu berücksichtigen (Senatsurteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 27; BGH, Urteil vom 15. November 2007 - III ZR 247/06, NJW 2008, 360, Tz. 13, jeweils m.w.N.). Das in der hier zu beurteilenden - für sich genommen den Kunden unangemessen benachteiligenden - Preisanpassungsklausel für den Fall einer Preisänderung enthaltene Kündigungsrecht "entsprechend § 20 GasGVV" führt nicht zu einem angemessenen Interessenausgleich.

- 31 a) Dabei kann offen bleiben, ob sich dies - wie die Revision meint - schon daraus ergibt, dass nicht sichergestellt ist, dass die Kunden sich vom Vertrag lösen und einen Anbieterwechsel vornehmen können, bevor die Preisänderung wirksam wird (vgl. Senatsurteil vom 13. Dezember 2006, aaO, Tz. 30 m.w.N.). In der Preisanpassungsklausel der Beklagten fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf § 5 Abs. 3 GasGVV, der im Falle einer fristgemäßen Kündigung verhindert, dass der Kunde bei einem Anbieterwechsel von der Preisanpassung betroffen wird. Ob § 5 Abs. 3 GasGVV entsprechende Anwendung findet, weil die Gasgrundversorgungsverordnung insgesamt entsprechend gelten soll, soweit der Vertrag nichts Abweichendes vorsieht, ist jedenfalls unklar. Denn bei der ausdrücklichen Preisanpassungsregelung in Nr. 4 des Vertrags könnte es sich aus der Sicht des Kunden um eine vorrangige und insoweit abschließende Regelung handeln (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2008, aaO, Tz. 17).
- 32 Offen bleiben kann weiter, ob das Kündigungsrecht nach § 20 GasGVV deshalb keinen hinreichenden Ausgleich für die unangemessene Preisänderungsbefugnis darstellt, weil das Kündigungsrecht im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Gas für den Kunden infolge monopolistischer Strukturen keine ernstzunehmende Alternative bietet. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob es sich bei der Beklagten in ihrem Versorgungsgebiet um den einzigen Anbieter von Gas handelt. Entsprechenden Sachvortrag in den Instanzen führt der Kläger nicht an.
- 33 b) Das Kündigungsrecht nach § 20 GasGVV kann die Unangemessenheit der Preisanpassungsklausel in Nr. 4 des Vertrags jedenfalls deshalb nicht aufwiegen, weil dem Grundversorgungskunden dieses Kündigungsrecht selbst dann zusteht, wenn eine Preisanpassung in unmittelbarer Anwendung von § 5 Abs. 2 GasGVV erfolgt. Daraus folgt, dass nach dem Leitbild der Gasgrundversorgungsverordnung schon eine für sich genommen angemessene Preisanpas-

sungsregelung in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Kündigungsrecht steht und daher die Angemessenheit einer § 5 Abs. 2 GasGVV nachgebildeten Preisanpassungsklausel das Bestehen eines Kündigungsrechts entsprechend § 20 Abs. 1 Satz 1 GasGVV voraussetzt. Nach dieser Vorschrift kann der Grundversorgungsvertrag mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

34 Zwar enthält die Gasgrundversorgungsverordnung anders als § 32 Abs. 2 AVBGasV kein spezielles Kündigungsrecht für den Fall einer Preisänderung. Das beruht aber ausschließlich darauf, dass eine Irreführung der Kunden hinsichtlich der Möglichkeiten zur Durchführung eines Lieferantenwechsels innerhalb der zweiwöchigen Kündigungsfrist des § 32 Abs. 2 AVBGasV vermieden werden sollte. Nach § 37 Abs. 4 Satz 2 der Verordnung über den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzzugangsverordnung - GasNZV vom 25. Juli 2005, BGBl. I S. 2210, geändert durch Art. 3 Abs. 2 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 1. November 2006, BGBl. I S. 2477) ist ein Lieferantenwechsel nicht innerhalb von zwei Wochen möglich; vielmehr setzt dieser eine Entscheidung für den neuen Lieferanten spätestens einen Monat vor dem beabsichtigten Lieferungsbeginn voraus (vgl. BR-Drs. 306/06, S. 40 f., 45).

35 Ein spezielles Kündigungsrecht für den Fall einer Preisänderung ist nach der Gasgrundversorgungsverordnung auch deshalb nicht erforderlich, weil nach § 20 Abs. 1 Satz 1 GasGVV den Grundversorgungskunden im Hinblick auf die Möglichkeit eines Lieferantenwechsels von Anfang an - anders als unter Geltung der AVBGasV, nach der eine Kündigung im ersten Vertragsjahr ausgeschlossen war (§ 32 Abs. 1 Halbs. 2 AVBGasV) - ein Kündigungsrecht mit einer einmonatigen Frist zusteht (vgl. BR-Drs. 306/06, aaO). Die Möglichkeit eines zügigen Lieferantenwechsels ist zudem der Grund für die aus § 5 Abs. 2 Satz 2

GasGVV folgende Pflicht des Grundversorgers, mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen am Tag der öffentlichen Bekanntgabe auch auf seiner Internetseite zu veröffentlichen (vgl. BR-Drs. 306/06, S. 26, 43).

36 Im Gesamtzusammenhang gewährleisten die Vorschriften damit, dass dem Grundversorgungskunden im Falle einer Preisänderung zwei Alternativen offen stehen. Er kann entweder am Vertrag festhalten und die Preisänderung gemäß § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin überprüfen lassen. Oder er kann sich spätestens gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Preisänderung vom Vertrag lösen und den Anbieter wechseln. Daraus folgt, dass den Haushaltssonderkunden im Zusammenhang mit einer entsprechend den Regelungen der Gasgrundversorgungsverordnung gestalteten Preisanpassungsregelung ein § 20 Abs. 1 Satz 1 GasGVV entsprechendes Kündigungsrecht eingeräumt werden muss, um eine sachliche Gleichbehandlung von Grundversorgungskunden und Haushaltssonderkunden in jeder Hinsicht zu gewährleisten. Das ist Voraussetzung dafür, dass eine derartige Preisanpassungsregelung in einem Haushaltssonderkundenvertrag einer Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB standhält. Dann kann das Kündigungsrecht aber nicht zugleich als Kompensation für eine unangemessene Benachteiligung der Haushaltssonderkunden dienen, die sich daraus ergibt, dass die Preisanpassungsregelung als solche zum Nachteil des Kunden von den Regelungen der Gasgrundversorgungsverordnung abweicht.

37 6. Der Zahlungsanspruch folgt aus § 5 UKlaG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 288 Abs. 1, § 291 BGB.

III.

38 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, da keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da sich die Klage als begründet erweist, ist die Beklagte unter Aufhebung des Berufungsurteils und Abänderung des erstinstanzlichen Urteils antragsgemäß zu verurteilen.

Ball

Hermanns

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Schneider

Vorinstanzen:

LG Verden, Entscheidung vom 05.07.2007 - 5 O 419/06 -

OLG Celle, Entscheidung vom 17.01.2008 - 13 U 152/07 -