

innerhalb der bezeichneten Dreijahresfrist erfolgt ist. Hierzu hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

[34] c) Anders als die Revision meint, kommt eine noch weitergehende Vertragsauslegung dahin, dass der Beklagte sich auch auf die Unwirksamkeit späterer Preiserhöhungen nicht berufen könne, weil die Klägerin vor Ende des Jahres 2009 keinen Anlass zur Kündigung des Versorgungsvertrages gehabt habe, nicht in Betracht. Der vom Beklagten mit Schreiben vom 12. Juli 2005 erhobene Widerspruch hat vielmehr auch alle ihm zeitlich nachfolgenden Preiserhöhungen erfasst. Hierin hatte der Beklagte deutlich gemacht, dass er mit den Preiserhöhungen nicht einverstanden war, und sich vorbehalten, auch die Billigkeit des von ihm für angemessen gehaltenen Erhöhungsbetrages gerichtlich prüfen zu lassen sowie Überzahlungen zurückzufordern. Das zeigt, dass es dem Beklagten nicht nur darauf ankam, von der Klägerin einen Billigkeitsnachweis zu erhalten, sondern dass er gegebenenfalls die Berechtigung der Klägerin, einen bestimmten Preis zu verlangen, in vollem Umfang gerichtlich nachprüfen lassen wollte. Dies wiederum gab der Klägerin Anlass, nunmehr eine Beendigung des mit dem Beklagten bestehenden (Norm-)Sonderkundenverhältnisses in Erwägung zu ziehen.

[35] aa) Die Revision meint, ein solcher Anlass habe sich erst aufgrund zweier Urteile des Bundesgerichtshofs vom 24. April 2008 (KZR 2/07, BGHZ 176, 244 ff.) und vom 17. Dezember 2008 (VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 ff.) ergeben, weil erst hierdurch klargestellt worden sei, dass eine zuvor in der Senatsrechtsprechung für die AGB-rechtliche Überprüfung anerkannte Leitbildfunktion der AVBGasV nicht mehr uneingeschränkt angenommen werden könne. Bis dahin sei diese Leitbildfunktion Grundlage für die allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum gewesen, dass in Strom- und Gaslieferungsverträgen auch offene Preisanpassungsklauseln zulässig seien. Das trifft indessen nicht zu.

[36] Die Rechtslage war schon vorher nicht derart klar, dass die Klägerin keine Veranlassung zu sehen brauchte, sich auf den Widerspruch des Beklagten hin auch einer Überprüfung der von ihr verwendeten Preisanpassungsklausel auf deren Wirksamkeit zu stellen (vgl. Senatsurteil vom 13. Dezember 2006 -VIII ZR 25/06, NJW 2007, 1054 Rn. 25, 30, 34 ff. sowie vorausgehend OLG Köln, OLGR 2006, 341, 342 f.; ferner zum Meinungsstand Schöne, WM 2004, 262, 266 ff.). Wenn die Klägerin dies unterlassen und/oder sich dafür entschieden hat, das Vertragsverhältnis gleichwohl fortzuführen, trägt sie das Risiko, dass sich die Klausel – entgegen ihrer Einschätzung – später als unwirksam erweist (vgl. Senatsurteil vom 5. März 2008 -VIII ZR 95/07, WuM 2008, 278 Rn. 20 mwN).

[37] bb) Soweit die Revision auf eine Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 2. November 2006 verweist, wonach Änderungskündigungen als Reaktion auf Kundenwidersprüche, mit denen die Billigkeit einer Preisänderung angezweifelt wird, kartellrechtlich unzulässig seien, und daraus die Unzumutbarkeit einer Kündigung des (Norm-)Sonderkundenvertrages herzuleiten versucht, zeigt sie bereits keinen dahin gehenden Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen auf. Zudem betrifft dies – worauf die Revisionserwiderung mit Recht hinweist – nicht diejenigen Fälle, in denen der Versorger Anlass hat, eine Beendigung des mit dem (Norm-)Sonderkunden bestehenden Versorgungsvertrages deshalb in Erwägung zu ziehen, weil die Wirksamkeit des in Anspruch genommenen Preisänderungsrechts Zweifeln unterliegt.

[38] cc) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine Überführung des Vertragsverhältnisses in einen Tarifkundenvertrag zu deutlich höheren Preisen für den Beklagten geführt hätte, so dass sie im Interesse des Kunden auf eine Kündigung verzichtet habe. Denn sie hätte dem Kunden auch einen neuen Sonderkundenvertrag mit vereinbarten günstigeren Preisen als in der Grundversorgung anbieten können.

[39] III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Be-

rufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zum Zugang der Jahresabrechnungen getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

3. Vorbehaltlose Zahlung keine stillschweigende Zustimmung auf Preiserhöhung

BGB §§ 150, 305; AVBGasV § 4; GasGVV §§ 5, 13

a) Erhöht ein Versorgungsunternehmen einseitig den Gaspreis aufgrund einer Preisanpassungsklausel, die nicht wirksam Vertragsbestandteil geworden ist, kann die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden (Bestätigung des Senatsurteils vom 14. Juli 2010-VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180).

b) Ein Gasversorgungsunternehmen kann sich auf ein im Tarifkunden- oder Grundversorgungsverhältnis vorgesehene gesetzliches Preisänderungsrecht gemäß § 4 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGW dann nicht stützen, wenn es dazu übergeht, einen Kunden, der bis dahin als Tarifkunde oder im Rahmen der Grundversorgung beliefert worden ist, aus dessen Sicht außerhalb der Allgemeinen Tarife/Preise unter Inanspruchnahme von Vertragsfreiheit zu Sonderpreisen zu versorgen (Bestätigung der Senatsurteile vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, WM 2011, 1860, und vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, WM 2011, 1632). (amtliche Leitsätze)

BGH, U. v. 22.02.2012 - VIII ZR 34/11; (vorgehend: OLG Nürnberg, E. v. 21.12.2010 - 1 U 2329/09; LG Nürnberg-Fürth, E. v. 23.10.2009 - 4 HKO 9057/08)

Tatbestand:

[1] Der Kläger bezieht seit 1979 von der Beklagten beziehungsweise deren Rechtsvorgängerin (im Folgenden: Beklagte), einem regionalen Energieversorgungsunternehmen, leitungsgeliefertem Erdgas. Der Vertragsschluss wurde dem Kläger mit Schreiben der Beklagten vom 9. November 1979 bestätigt. Darin wurde ihm zugleich mitgeteilt, dass er in den Tarif 096 eingestuft werde. Die dem Schreiben beigefügten Allgemeinen Tarifpreise der Beklagten vom 1. Oktober 1979 sahen unter anderem einen Kleinstverbrauchs- und Grundpreistarif für den Haushaltsbedarf vor. Der Tarif 096 war in den Preisrichtlinien für Sondervertragskunden aufgeführt. Diese enthielten zusätzlich unter Nr. 5 die folgende Bestimmung:

„Im Übrigen gelten die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz.“

[2] Diese Allgemeinen Bedingungen wurden dem Kläger nicht übermittelt. Erst in nachfolgenden Jahresabrechnungen wurde auf die Anwendung der AVBGasV hingewiesen.

[3] Die Beklagte änderte in der Folgezeit mehrfach ihre Preise, wobei sie die Preisänderungen jeweils öffentlich bekannt gab. Der Kläger beglich bis Ende 2004 sämtliche Rechnungen. Mit Schreiben vom 25. Januar 2005 widersprach er den zum 1. Oktober 2004 bekannt gemachten Preiserhöhungen und forderte die Beklagte unter anderem auf, ihm die „Erforderlichkeit und Angemessenheit dieser Preiserhöhungen durch eine nachvollziehbare und prüffähige Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen nachzuweisen“. Zugleich kündigte er an, bis zur Erbringung dieses Nachweises nur den alten Preis zuzüglich eines Sicherheitsaufschlags von zwei Prozent zahlen zu wollen.

[4] Im August 2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass aus Anlass des Inkrafttretens der GasGVV eine Anpassung des bestehenden Erdgaslieferungsvertrages und der Ergänzenden Bedingungen notwendig sei und dies die Zustimmung des Klägers zur Versorgung zu den Preisrichtlinien für Sondervertragskunden erfordere, andernfalls ab dem 1. Oktober 2007 der gesetzlich vorgeschriebene Allgemeine Preis für die Grundversorgung

– Heizgastarif – gelten werde. Zugleich wurde der Kläger über das neue Preissystem unterrichtet. In diesem waren neben Preisen für die Grundversorgung unter der Überschrift „Preisrichtlinien für Sondervertragskunden“ die Sonderpreise 1 bis 3 enthalten. Der Kläger erwiderte mit Schreiben vom 23. September 2007, dass er der Vertragsanpassung, die den Charakter einer Änderungskündigung habe, widerspreche; ein von der Beklagten erstelltes Formular für die Vertragsanpassung sandte er mit Änderungen zurück. Die Beklagte teilte ihm darauf unter dem 30. Januar 2008 mit, sie könne die vorgenommenen Änderungen nicht anerkennen und werde ihn bei erneuter Verweigerung der Vertragsanpassung entsprechend der vorangegangenen Mitteilung im Rahmen der Grundversorgung weiter versorgen. Zugleich übersandte sie ihm ein neues Exemplar der Vertragsanpassung, welches der Kläger nicht unterschrieb. In der Folgezeit bezog der Kläger weiterhin Gas von der Beklagten. In den ihm nachfolgend erteilten Jahresabrechnungen legte die Beklagte dem Gasbezug den „Sonderpreis 2“ zugrunde.

[5] Mit seiner Klage hat der Kläger zuletzt die Feststellung der Unbilligkeit und Unwirksamkeit von näher bezeichneten Preisanpassungen aus dem Zeitraum vom 13. September 2003 bis zum 1. Mai 2009 begehrt (Klageantrag zu 1). Weiter hat er die Feststellung begehrt, dass die anlässlich der Jahresabrechnung vom 20. November 2009 geforderte Abschlagszahlung unbillig, unwirksam und nicht fällig ist (Klageantrag zu 2), dass näher bezeichnete Endabrechnungen der Beklagten aus der Zeit vom 13. Oktober 2004 bis zum 20. November 2009 unbillig, unwirksam und nicht fällig sind (Klageantrag zu 3) und dass die Beklagte ihn seit dem 1. Januar 1998 zu den ursprünglich vereinbarten Konditionen zu versorgen hat und sämtliche Preisanpassungen unwirksam sind (Klageantrag zu 4).

[6] Die Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Senat hinsichtlich des Klageantrages zu 2 und des Klageantrages zu 1 bezüglich der Preisänderungen vom 1. Oktober 2004, 1. August 2005, 1. Januar 2006, 1. Oktober 2006, 1. Januar 2008, 1. August 2008 und 1. Dezember 2008 zugelassenen Revision verfolgt der Kläger insoweit sein Klagebegehren weiter.

Aus den Gründen:

[7] Die Revision hat Erfolg.

[8] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt: ... [Vom Abdruck wurde abgesehen.]

[18] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die noch im Streit stehenden Preiserhöhungen der Beklagten im Zeitraum vom 1. Oktober 2004 bis zum 1. Dezember 2008 unwirksam.

[19] 1. Hinsichtlich der bis zum 30. September 2007 erfolgten Gaspreiserhöhungen ist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Senatsrechtsprechung (zuletzt Senatsurteil vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, WM 2011, 1860 Rn. 23, 25 mwN) davon ausgegangen, dass die Beklagte den Kläger bis zu diesem Zeitpunkt als Sondervertragskunden mit Gas versorgt hat. Gegen diese rechtliche Bewertung wendet sich die Revision nicht.

[20] Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe der Beklagten das Recht zugestanden, den bei Vertragsschluss zwischen den Parteien vereinbarten Preis einseitig zu ändern.

[21] a) Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, ergibt sich ein Preisanpassungsrecht der Beklagten weder aus dem im Jahre 1979 geschlossenen Liefervertrag noch aus den Bestimmungen der AVBGasV. Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts finden sich in den dem Kläger bei Vertragsbeginn von der Beklagten überlassenen Vertragsunterlagen keine eigenständigen Bestimmungen über ein Preisanpassungsrecht. Ebenso wenig kann sich die Beklagte für das zwischen den Parteien bestehende Sondervertragskundenverhältnis auf das gesetzliche Preisanpassungsrecht gemäß § 4 AVBGasV stützen. Denn die Regelungen der AVBGasV sind nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden.

[22] aa) Eine wirksame vertragliche Einbeziehung der AVBGasV oder der insoweit noch geltenden Vorgängerregelung in den im Jahre 1979 abgeschlossenen Gaslieferungsvertrag der Parteien setzt – in Übereinstimmung mit dem nunmehr geltenden § 305 Abs. 2 BGB – nach dem gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 und 2 EGBGB hier noch anwendbaren § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG unter anderem voraus, dass der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit ver-

schafft, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der einzubeziehenden Bedingungen Kenntnis zu nehmen (Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 327/07, RdE 2010, 384 Rn. 15, und VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180 Rn. 38). Dazu wäre es erforderlich gewesen, dem Kläger den Text der AVBGasV mit den Vertragsunterlagen zu übersenden. Das ist nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht geschehen.

[23] bb) Gleichfalls zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die AVBGasV auch nicht durch den in den Rechnungen enthaltenen Hinweis nachträglich als Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Gasversorgungsvertrag der Parteien einbezogen worden ist. Eine nachträgliche Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann nur im Wege der Vertragsänderung erfolgen, für die die Anforderungen des § 2 Abs. 1 AGBG beziehungsweise der Nachfolgeregelung des § 305 Abs. 2 BGB sinngemäß gelten (Senatsurteil vom 11. November 2009 - VIII ZR 12/08, WM 2010, 233 Rn. 39). Dazu muss der Verwender seinen Vertragspartner ausdrücklich darauf hinweisen, dass er eine Vertragsänderung anstrebt, und der Kunde muss sich mit dieser Vertragsänderung in eindeutiger Weise einverstanden erklären. Ein bloßer Hinweis des Verwenders auf bestimmte Allgemeine Geschäftsbedingungen in einer nach Vertragsabschluss übersandten Erklärung genügt dem ebenso wenig wie die fortdauernde Entgegennahme der Leistung und deren Bezahlung durch den Kunden (Erman/Roloff, BGB, 13. Aufl., § 305 Rn. 42; Ulmer/Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 11. Aufl., § 305 BGB Rn. 127, 157 mwN).

[24] b) Zu Recht beanstandet die Revision aber die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe durch die Begleichung der Jahresrechnungen und den Weiterbezug von Gas konkludent einer Erhöhung der Gaspreise durch die Beklagte zugestimmt und ihr dadurch dem Grunde nach ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zugestanden. Das Berufungsgericht verkennt zwar nicht, dass es zur Begründung eines bei Vertragsschluss nicht wirksam vereinbarten einseitigen Preisänderungsrechts der Beklagten einer nachträglichen Vertragsänderung durch die Parteien bedürft hätte. Es misst jedoch den dafür herangezogenen Erklärungen und Verhaltensweisen der Parteien einen rechtsgeschäftlichen Erklärungsgehalt zu, der ihm nicht zu entnehmen ist.

[25] Die tatrichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen und hierauf gerichteter Vertragserklärungen ist zwar vom Revisionsgericht nur beschränkt dahin überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (st. Rspr., z.B. Senatsurteile vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, WM 2011, 1616 Rn. 54, zur Veröffentlichung in BGHZ 189, 196 bestimmt; vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 35/10, WM 2011, 1865 Rn. 23; jeweils mwN). Eine solche Überprüfung ergibt jedoch, dass das Berufungsgericht gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze, nämlich den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 31. Oktober 1995 - XI ZR 6/95, BGHZ 131, 136, 138; vom 26. September 2002 - I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 156; vom 29. November 2006 - VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn. 21), verstoßen hat. Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind, die Auslegung selbst vornehmen.

[26] aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann bei einer einseitigen Preiserhöhung eines Gasversorgungsunternehmens aufgrund einer Preisanpassungsklausel, die unwirksam oder – wie hier mangels ordnungsgemäßer Einbeziehung – nicht Vertragsbestandteil ist, die vorbehaltlose Zahlung des erhöhten Preises durch den Kunden nach Übersendung einer auf der Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung nicht als stillschweigende Zustimmung zu dem erhöhten Preis angesehen werden. Aus der Sicht des Kunden lässt sich der Übersendung einer Jahresabrechnung, die einseitig erhöhte Preise ausweist, nicht ohne weiteres der Wille des Versorgungsunternehmens entnehmen, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags

hinsichtlich des vereinbarten Preises herbeizuführen. Selbst wenn der Kunde aufgrund der Rechnung Zahlungen erbringt, kommt darin zunächst allein seine Vorstellung zum Ausdruck, hierzu verpflichtet zu sein (Senatsurteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 57 mwN).

[27] Das Berufungsgericht will dies deswegen anders sehen, weil die Beklagte dem Kläger nicht nur die Jahresabrechnungen mit erhöhten Preisen übersandt, sondern diese Preiserhöhungen zuvor auch öffentlich bekannt gemacht habe, so dass durch die Wahl dieses in der Grundversorgung vorgesehenen Preiserhöhungsverfahrens für den Kläger kein Zweifel daran bestehen können, dass die Beklagte eine verbindliche Preisvereinbarung angestrebt habe. Umstände, die diesen Schluss tragen, stellt das Berufungsgericht indessen nicht fest. Nach der Rechtsprechung des Senats kann das Verhalten eines Kunden, der nach Übersendung einer auf einer einseitigen Preiserhöhung basierenden Jahresabrechnung weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden, lediglich dahin ausgelegt werden, dass er die Billigkeit der Preiserhöhung nicht in Frage stellt und ihr unter diesem Aspekt zustimmt. Hingegen kommt eine weitergehende Auslegung des Kundenverhaltens dahin, dass er nicht nur die Billigkeit der jeweiligen einseitigen Preisänderung, sondern – soweit es darauf ankommt – auch die Berechtigung des Versorgungsunternehmens zur einseitigen Preisänderung an sich akzeptiert, nicht in Betracht (Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 59; vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 41 f.; vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09, NJW 2011, 2800 Rn. 35).

[28] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Schreiben des Klägers vom 25. Januar 2005. Soweit das Berufungsgericht diesem Schreiben zugleich die Erklärung des Klägers entnehmen will, er habe die Beklagte grundsätzlich für berechtigt gehalten, die vereinbarten Preise zu erhöhen, wenn dies aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich sei und sich der Erhöhungsbetrag im Bereich des Angemessenen bewege, kann – was das Berufungsgericht übersieht – daraus jedenfalls nicht gefolgert werden, der Kläger habe über eine dahingehende Einschätzung der Rechtslage hinaus der Beklagten von sich aus ein bis dahin nicht bestehendes einseitiges Preisänderungsrecht nachträglich zugestehen und zu diesem Zweck auf eine ihm nachteilige Änderung des Gasversorgungsvertrages antragen wollen. Selbst wenn der Kläger – was das Berufungsgericht nicht feststellt – überhaupt Anlass gehabt haben sollte, sich über die von ihm beanstandete Billigkeit der vorgenommenen Preiserhöhung hinaus mit dem Bestehen eines einseitigen Preisänderungsrechts der Beklagten auseinanderzusetzen und es nicht nur als vermeintlich längst bestehend vorauszusetzen, ist jedenfalls nicht erkennbar, was ihn – noch dazu in einer Situation, in der er mit einer gerade erfolgten Preiserhöhung nicht einverstanden war – hätte veranlassen sollen, der Beklagten nachträglich ein bis dahin nicht bestehendes Preisänderungsrecht, und zwar für alle künftigen Änderungsfälle, verbindlich zuzubilligen.

[29] bb) Das Berufungsgericht stellt auch nicht fest, dass die Beklagte nach ihrem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) aufgrund bestimmter Umstände Anlass gehabt hätte, dem Schreiben des Klägers vom 25. Januar 2005 ein solches Angebot auf künftige Einräumung eines einseitigen Preisänderungsrechts zu entnehmen und dahingehend einen Annahmewillen zu äußern. Es nimmt im Gegenteil an, dass die Beklagte, als sie in der Folgezeit die Preise weiter einseitig erhöht habe, davon ausgegangen sei, hierzu aufgrund der aus ihrer Sicht in den Vertrag einbezogenen AVBGasV befugt zu sein. Ebenso wenig stellt das Berufungsgericht Umstände fest, aus denen der Kläger hätte schließen können, dass die Beklagte sein Schreiben vom 25. Januar 2005 im genannten Sinne verstanden und demzufolge in den nachfolgenden Gaspreiserhöhungen einen vertraglichen Annahmewillen betätigt hätte.

[30] c) Ein Preisanpassungsrecht der Beklagten ergibt sich weiterhin nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Nach der Rechtsprechung des Senats kommt eine ergänzende Vertragsauslegung 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 (vgl. Senatsurteile vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 38; vom 13. Januar 2010 - VIII ZR 81/08, NJW-RR 2010, 1202 Rn. 27; jeweils mwN). Dabei steht eine Kündigungsmöglichkeit des Energieversorgers regelmäßig der Annahme entgegen, das Festhalten am Vertrag führe zu einem unzumutbaren Ergebnis (vgl. Senatsurteile vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, WM 2009, 321 Rn. 26; vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, aaO Rn. 51 mwN). Das ist auch hier der Fall.

[31] Der Kläger hat bereits im Januar 2005 gegen die vorausgegangene Preiserhöhung der Beklagten zum 1. Oktober 2004 Widerspruch erhoben. Für die Beklagte bestand deshalb Anlass, eine Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Vertrages – etwa mit dem Ziel des Übergangs in ein Tarifikundenverhältnis – in Betracht zu ziehen, um auf diese Weise einer unbefriedigenden Erlössituation zu begegnen. Soweit die Revisionserwiderung demgegenüber anführt, der Kläger habe sich in seinem Widerspruchsschreiben nur gegen die Billigkeit gewandt, rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung (vgl. Senatsbeschlüsse vom 7. September 2011 - VIII ZR 14/11, juris Rn. 7, und 25/11, juris Rn. 6, sowie vom 27. September 2011 - VIII ZR 5/11 und VIII ZR 12/11, juris Rn. 6).

[32] Ebenso wenig dringt die Revisionserwiderung mit ihrem Einwand durch, die Beklagte habe ein solches Kündigungsrecht nicht in Betracht ziehen müssen, weil die dem Vertrag im Jahre 1979 beigefügten Preisrichtlinien ein Kündigungsrecht nicht vorgesehen hätten. Denn fehlen bei einem unbefristeten Dauerschuldverhältnis Vorschriften über ein ordentliches Kündigungsrecht und haben die Parteien die ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ein solches Dauerschuldverhältnis in entsprechender Anwendung der §§ 584, 624, 723 BGB ordentlich unter Einhaltung einer Frist zu kündigen (Senatsbeschluss vom 15. September 2009 - VIII ZR 241/08, juris Rn. 6 mwN). Das ist auch hier der Fall.

[33] 2. Für die Zeit ab dem 1. Oktober 2007 ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte das Sondervertragskundenverhältnis mit dem Kläger im Rahmen des Schriftwechsels, den die Parteien anlässlich des Inkrafttretens der GasGW geführt haben, wirksam gekündigt und den Kläger fortan im Rahmen der Grundversorgung mit Erdgas beliefert hat. Diese rechtlich mögliche Würdigung der Umstände des Falles ist für das Revisionsgericht bindend; auch die Revision zeigt insoweit keine Rechtsfehler auf.

[34] Gleichwohl kann sich die Beklagte – wie die Revision mit Recht rügt – für die im Streit stehenden Preisanpassungen seit dem 1. Januar 2008 nicht auf das vom Berufungsgericht für anwendbar gehaltene Preisanpassungsrecht gemäß § 5 Abs. 2 GasGW berufen. Ein solches Recht hat ihr auch sonst nicht zugestanden.

[35] a) Ein Gasversorgungsunternehmen kann sich – wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat – auf das gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 AVBGasV in einen Tarifikundenvertrag automatisch einbezogene gesetzliche Preisänderungsrecht gemäß § 4 AVBGasV – entsprechendes gilt gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 GasGW für das nunmehr in § 5 Abs. 2 GasGW vorgesehene gesetzliche Preisänderungsrecht – 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 AVB-GasV/GasGW abgeschlossen hat. Ein solches gesetzliches Preisänderungsrecht besteht ferner dann nicht, wenn das Versorgungsunternehmen – wie hier – dazu übergeht, einen Kunden, der bis dahin als Tarifikunde oder im Rahmen der Grundversorgung beliefert worden ist, aus dessen Sicht außerhalb der Allgemeinen Tarife/Preise unter Inanspruchnahme von Vertragsfreiheit zu Sonderpreisen zu versorgen. Denn ein Recht zur einseitigen Änderung von Preisen, die keine Allgemeinen Tarife/Preise sind, regeln § 4 AVBGasV/§ 5

Abs. 2 GasGW nicht (Senatsurteile vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 24 f.; vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, WM 2011, 1632 Rn. 33).

[36] Nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte gegenüber dem Kläger den nach dem 1. Oktober 2007 erfolgten Gaslieferungen in ihren Jahresabrechnungen vom 17. Oktober 2008 und 20. November 2009 einen als „Sonderpreis 2“ bezeichneten Preis zugrunde gelegt. Hierbei handelt es sich, wie sich aus seiner Eingruppierung in die „Preisrichtlinien für Sondervertragskunden“ ergibt, nicht um einen Allgemeinen Preis im Sinne von § 5 Abs. 2 GasGW, sondern um einen von der Beklagten außerhalb der Grundversorgungspflicht im Rahmen ihrer allgemeinen Vertragsfreiheit angebotenen Preis. Dass die Parteien sich im Wege der Vertragsänderung auf die Belieferung mit Gas zu den Bedingungen des „Sonderpreises 2“ geeinigt haben, ist weder vorgetragen noch ersichtlich, so dass es auf die Frage, ob es für diesen Tarif ein wirksames Preisanpassungsrecht gab, nicht ankommt.

[37] c) Auch auf das gesetzliche Preisänderungsrecht gemäß § 5 Abs. 2 GasGW kann die Beklagte die von ihr ab 1. Januar 2008 vorgenommenen Änderungen des von ihr gegenüber dem Kläger abgerechneten Sonderpreises nicht stützen.

[38] Grundsätzlich hätte die Beklagte vom Kläger zwar den zu Beginn der Grundversorgung im Oktober 2007 geltenden Allgemeinen Preis als vereinbarten Anfangspreis beanspruchen können. Denn diesen Allgemeinen Preis schuldet der Kläger ungeachtet des von ihm erhobenen Widerspruchs allein durch die tatsächliche Inanspruchnahme der ihm im Rahmen der Grundversorgung angebotenen Versorgungsleistungen als vereinbarten Preis (vgl. Senatsurteile vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, WM 2003, 1730 unter II 1 a; vom 26. Januar 2005 - VIII ZR 66/04, WM 2005, 1089 unter II 1 b aa; vom 28. März 2007 - VIII ZR 144/06, WM 2007, 1234 Rn. 13; jeweils mwN), der selbst im Falle einer Monopolstellung der Beklagten keiner Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zugänglich war (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09, aaO Rn. 36 mwN). So ist die Beklagte indessen nicht verfahren. Sie ist – was das Berufungsgericht nicht berücksichtigt hat – vielmehr durch Ansatz des „Sonderpreises 2“ in den nachfolgend erteilten Jahresabrechnungen dazu übergegangen, den Kläger aus dessen maßgeblicher Sicht außerhalb der Grundversorgungspflicht und der hierbei geltenden Allgemeinen Preise erneut unter Inanspruchnahme von Vertragsfreiheit zu Sonderpreisen zu versorgen. Für die in diesem Rahmen angesetzten Sonderpreise steht ihr aber – wie ausgeführt – ein Preisänderungsrecht nicht zu. Der Kläger begehrt deshalb zu Recht die Feststellung, dass ihm gegenüber die von der Beklagten zum 1. Januar 2008, 1. August 2008 und 1. Dezember 2008 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam sind.

[39] 3. Auch der Feststellungsantrag des Klägers, dass die anlässlich der Jahresabrechnung vom 20. November 2009 ermittelten Abschlagsbeträge von 281 € monatlich unbillig, unwirksam und nicht fällig, mithin nicht geschuldet sind, ist begründet. Hat die Beklagte dieser Jahresabrechnung nämlich einen nicht geschuldeten Preis zugrunde gelegt, ist auch der gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1, 2 GasGW auf der Grundlage dieser Abrechnung ermittelte Abschlag mangels Orientierung am Verbrauch im zuletzt abgerechneten Zeitraum nicht zutreffend ermittelt. So verhält es sich hier. Denn die betreffende Jahresabrechnung baut auf mehrfach geänderten Sonderpreisen auf, für die sich die Beklagte – wie ausgeführt – auf ein Preisänderungsrecht nicht stützen kann. Der Kläger schuldet deshalb Abschlagszahlungen jedenfalls nicht in der von der Beklagten beanspruchten Höhe.

[40] III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil im Umfang der Anfechtung keinen Bestand haben; es ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es zur Frage der Wirksamkeit der noch im Streit stehenden Preisanpassungen keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies geht dahin, dass unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Unwirksamkeit dieser Preisanpassungen festzustellen ist; entsprechendes gilt für die hierauf aufbauenden Abschlagsforde-

rungen. Soweit der Kläger auch die Feststellung begehrt, dass die Preisanpassungen nicht der Billigkeit entsprechen, bedarf es darüber keines gesonderten Ausspruchs. Denn mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Preiserhöhungen hat der Kläger sein Klageziel in vollem Umfang erreicht (Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 – VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 Rn. 27).

4. Verfahrensaussetzung nach § 148 ZPO, wenn die Entscheidung von der Beantwortung einer Frage abhängt, die bereits in einem anderen Rechtsstreit dem EuGH vorgelegt wurde

ZPO §148; AEUV Art. 267

a) Die Aussetzung des Verfahrens ist in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO auch ohne gleichzeitiges Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union grundsätzlich zulässig, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Beantwortung derselben Frage abhängt, die bereits in einem anderen Rechtsstreit dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vorgelegt wurde (Anschluss an BAG, NJW 2011, 1836; BAG, Beschlüsse vom 5. Juni 1984, 3 AZR 168/81, juris Rn. 2 f.; vom 6. November 2002, 5 AZR 279/01 (A), juris; BPatG, GRUR 2002, 734 f.; Fortführung von BGH, Beschlüsse vom 25. März 1998 - VIII ZR 337/97, NJW 1998, 1957; vom 18. Juli 2000 - VIII ZR 323/99, RdE 2001, 20; vom 30. März 2005 - XZB 26/04, BGHZ 162, 373, 378; BVerfG, NJW 2000, 1484, 1485).

b) Eine Aussetzung nach § 148 ZPO (analog) ist auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren möglich (Anschluss an BGH, Beschluss vom 6. April 2004 - X ZR 272/02, BGHZ 158, 372, 374 f.) (amtliche Leitsätze)

BGH, B. v. 24.01.2012 - VIII ZR 236/10 (vorgehend: OLG Koblenz, E. v. 26.08.2010 - U 204/10 Kart; LG Koblenz, E. v. 19.01.2010 - 4 HKO 97/09)

[Vom Abdruck der Entscheidungsgründe wurde abgesehen.]