

tatsächlich eingetreten sein müssen und der Ansatz von Planwerten für die Beurteilung von Änderungen ausgeschlossen ist.

2.1.3. Auch aus der Anlage 2 zu § 10 ARegV kann die Betroffene nichts Gegenteiliges zu ihren Gunsten herleiten. Zwar wird in den in der Anlage 2 enthaltenen Formeln das Basisjahr (0) in das Verhältnis zum Jahr „t“ der jeweiligen Regulierungsperiode gesetzt. Der Index „t“ gibt das jeweilige Jahr der Regulierungsperiode an. Mit dem Index „t“ ist jedoch noch keine Aussage dazu verbunden, welcher Bezugszeitraum für ein in der Formel mit „t“ bezeichnetes Element zur Anwendung kommt. Dies bestimmt sich vielmehr nach Maßgabe der entsprechenden Vorschriften der Verordnung, vorliegend nach §§ 4, 10 ARegV. Die Anlage 2 beinhaltet demgegenüber lediglich die mathematischen Formeln und damit das „wie“ der Ermittlung des Erweiterungsfaktors (OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010, Az. 202 EnWG 3/09, S. 14f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.01.2010, Az. Kart W 3/09, S. 13f.).

2.1.4. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 3 Abs. 1 S. 5 HS. 2 StromNEV. Dieser bezieht sich – ebenso wie § 6 Abs. 1 S. 2 ARegV in der bis zum 08.09.2010 gültigen Fassung – auf die Frage der Kostenermittlung. Die Ermittlung des Erweiterungsfaktors und seine Wirkung in der Regulierungsformel lösen sich aber von der konkreten Kostenerhöhung gemessen in Euro. Stattdessen wird auf die in § 10 Abs. 2 S. 2 ARegV genannten Strukturparameter gemessen in Quadratkilometer, Anzahl und Kilowatt abgestellt und die dem Netzbetreiber zugebilligte Erlösobergrenze verhältnismäßig angehoben (Hummel in Danner/Theobald, EnWG, 60. Ergänzungslieferung Juni 2008, § 10 ARegV, R. 25). Damit ist die zu § 3 Abs. 1 S. 5, HS. 2 StromNEV im Rahmen der Kostenregulierung ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. nur Beschlüsse vom 14.08.2008, Az. KVR 35/07 – Stadtwerke Neustadt an der Weinstraße und vom 07.04.2009, Az. EnVR 6/08 – Verteilnetzbetreiber Rhein-Main-Neckar) auf die Ermittlung des Erweiterungsfaktors nach § 10 ARegV schon nicht anwendbar.

2.1.5. Das Abstellen auf Istwerte im Rahmen der Ermittlung des Erweiterungsfaktors steht auch im Einklang mit den Vorgaben des § 21 Abs. 1 EnWG, wonach die Entgelte für den Netzzugang angemessen sein müssen. Die zeitnahe Berücksichtigung der Veränderung der Versorgungsaufgabe durch Anpassung der Erlösobergrenze wird durch § 4 Abs. 4 S. 2, HS. 1 ARegV gewährleistet, wonach ein Antrag auf Berücksichtigung eines Erweiterungsfaktors einmal jährlich gestellt werden kann, wie es die Betroffene für das Jahr 2011 auch bereits getan hat. § 17 Abs. 2 S. 2 ARegV berechtigt den Netzbetreiber sodann zur Anpassung der Netzentgelte.

Hinweis der Redaktion: Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

9. Enthält ein Sonder-Gasliefervertrag eine unwirksame Preisanpassungsklausel, so gilt der ursprünglich vereinbarte Preis

§§ 133, 157, 307 Abs. 1, 812 Abs. 1 BGB

1. Die von einem Energieversorgungsunternehmen in Erdgassonderverträgen verwendete Klausel „Die G_____ ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten der G_____ erfolgt. ... Der Sondervertrag ... kann erstmals nach Ablauf von 24 Monaten und danach jeweils 3 Monate zum Ende des Abrechnungsjahres von einer der beiden Seiten schriftlich gekündigt werden.“ hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht stand.

2. Enthält der Vertrag eine solche Klausel, so kann das Energieversorgungsunternehmen auch dann verpflichtet sein, den betroffenen Kunden zu den ursprünglich vereinbarten Preisen zu beliefern, wenn es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurück liegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen durch Feststellungsklage geltend macht, bezüglich seiner Rückforderungsansprüche aber keine die Verjährung hemmenden Maßnahmen ergriffen hat.

(amtliche Leitsätze)

3. Ein Preisbestimmungsrecht der Lieferantin ist nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu erreichen (§§ 133, 157 BGB).

4. Für Rückzahlungsansprüche gilt die dreijährige Verjährung nach § 195 BGB.

(Leitsätze der Redaktion)

OLG Koblenz, U. v. 02.09.2010 - U 1200/09.Kart; vorgängig LG Mainz, U. v. 18.03.2009 - 12 HK.O 125/06

Aus den Gründen:

I. Die Kläger beziehen Erdgas für ihren privaten Haushalt von der Beklagten und wenden sich mit der Klage gegen die von der Beklagten berechneten Preise, insbesondere gegen von ihr vorgenommene Preiserhöhungen.

Die Kläger schlossen mit der Beklagten am 19.04.1995 einen schriftlichen Vertrag über die Lieferung von Erdgas und werden seitdem von der Beklagten mit Gas beliefert. Der Vertrag wurde für einen Zeitraum von 24 Monaten mit anschließend jährlicher Verlängerung um jeweils ein Jahr sowie dreimonatiger Kündigungsfrist geschlossen und enthält eine Preisanpassungsklausel, aufgrund deren die Beklagte im Laufe der Zeit mehrfach die Preise pro kWh erhöhte. Nachdem die Kläger die geforderten Preis zunächst widerspruchslos gezahlt hatten, wandten sie sich mit Schreiben vom 02.01.2006 an die Beklagte, widersprachen den Erhöhungen und forderten die Beklagte auf, ihre Berechtigung zu einseitigen Preisanpassungen nachzuweisen.

Die Kläger haben vorgetragen, die von der Beklagten verlangten Preise seien überhöht. Sie unterlägen einer gerichtlichen Überprüfung, da die Beklagte auf dem von ihr bedienten Markt eine Monopolstellung einnehme. Zu einer einseitigen Erhöhung ihrer Preise sei die Beklagte nicht berechtigt; eine Preisgleitklausel sei nicht wirksam vereinbart worden. Die Gaslieferungen erfolgten im Rahmen eines Sondervertragsverhältnisses. Die von der Beklagten vorgenommenen Preiserhöhungen entsprächen jedenfalls nicht der Billigkeit. Sie, die Kläger, könnten gemäß § 315 Abs. 3 BGB eine Leistungsbestimmung durch das Gericht verlangen.

... [Vom Abdruck der Anträge und des Beklagtenvortrags wurde abgesehen. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Beide Parteien haben Berufung eingelegt.]

II. Beide Berufungen sind zulässig. In der Sache hat jedoch nur die Berufung der Kläger Erfolg, nicht dagegen die Berufung der Beklagten.

A. Die Klage ist zulässig.

1. Der Kartellsenat ist gemäß §§ 91, 87 GWB für das Verfahren zuständig, weil die Rechtstreitigkeit die Anwendung des GWB betrifft und die Entscheidung dieses Rechtsstreits von einer Entscheidung abhängt, die nach diesem Gesetz zu treffen ist (§ 87 GWB). Denn die Kläger behaupten, die Beklagte habe eine Monopolstellung inne und nutze diese bei ihrer Preisgestaltung aus, wogegen die Beklagte in erster Instanz geltend gemacht hat, für den Fall sei allein Kartellrecht maßgeblich, ein im Falle einer Marktbeherrschung gebotener Preisvergleich zeige jedoch, dass ein Preismissbrauch nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht vorliege. Unabhängig davon, ob letztlich diese Bestimmung hier Anwendung findet, kann der Rechtsstreit nicht ohne Klärung kartellrechtlicher Fragen - und sei es auch nur der Frage der Anwendbarkeit von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB - entschieden werden. Zumindest nachdem die Sache vor dem Kartellsenat anhängig geworden ist, kann dieser seine Zuständigkeit nicht allein deshalb verneinen, weil es nach seiner Auffassung der Entscheidung über eine kartellrechtliche Frage nicht bedarf; denn nach einer Verweisung könnte der dann mit der Sache befasste Senat eine andere Meinung vertreten (vgl. Lange / Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 10. Aufl., GWB § 87 Rdnr. 23).

2. Für sämtliche Klageanträge besteht ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO). Solange der Gaslieferungsvertrag vom 19.04.1995 zwischen den Parteien fortbestand, konnte das Rechtsschutzziel der Feststellungsklage mit einer Leistungsklage nicht erreicht werden (vgl. dazu BGH NJW 2007, 2540, Rdnr. 10). Zwar könnten die Kläger, nachdem dieses Vertragsverhältnis zum 31.12.2009 beendet worden ist, etwaige Rückforderungsansprüche nun in vollem Umfang mit einer Leistungsklage geltend machen. Dadurch ist die Feststellungsklage jedoch nicht unzulässig geworden (vgl. dazu BGH ZNER 2010, 65). Vielmehr ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass dann, wenn eine Leistungsklage erst nach zulässiger Erhebung der Feststellungsklage möglich wird, das Feststellungsinteresse regelmäßig nicht entfällt (BGH NJW 1984, 1552, 1554; LM ZPO § 256 Nr. 5). Das gilt auch hier.

B. Die Klage ist in vollem Umfang begründet. Das Landgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt, dass die von der Beklagten gegenüber den Klägern vorgenommenen Preisbestimmungen für die Jahre 2006 bis 2009 nicht wirksam sind. Darüber hinaus sind aber auch alle davor seit 1995 erfolgten Preisanpassungen unwirksam. Weder war die Beklagte berechtigt, einseitige Preisbestimmungen vorzunehmen, noch kam über die erhöhten Preise eine Vereinbarung zustande.

1. Der Erdgaslieferungsvertrag vom 19.04.1995 enthält keine wirksame Vereinbarung eines einseitigen Preisbestimmungsrechts.

a) Die Preisanpassungsregelung gemäß § 4 Abs. 1 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV gilt für das Vertragsverhältnis der Parteien nicht unmittelbar. Es handelt sich nicht um einen Tarifvertrag mit allgemeinen Tarifpreisen i. S. § 6 Abs. 1 EnWiG 1935 (entspr. Allgemeinen Tarifen nach § 10 Abs. 1 EnWG 1998, Grundversorgungsvertrag mit Allgemeinen Preisen nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005), sondern um einen sog. Sondervertrag.

Für die Beurteilung, ob es sich um einen Tarif- bzw. Grundversorgungsvertrag mit allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWiG), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder allgemeinen Preisen i. S. von § 36 Abs. 1 EnWG 2005 handelt, kommt es darauf an, ob die Vertragsbedingungen und Preise öffentlich bekannt gemacht wurden und das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu diesen Bedingungen und Preisen - aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers - im Rahmen einer Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften anbietet (sog. Tarifvertrag od. Grundversorgungsvertrag) oder ob das Unternehmen dies unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertrags-

freiheit tut (Sondervertrag; vgl. dazu insgesamt BGH NJW 2009, 2662, 2663). Welche Art von Vertrag vorliegt, muss demnach durch Auslegung ermittelt werden. Unabhängig davon, ob das hier verwendete Vertragsmuster öffentlich bekannt gemacht worden war, ergibt die Auslegung im vorliegenden Fall, dass die Parteien am 19.04.1995 keinen Tarifvertrag i. S. von § 6 Abs. 1 EnWiG, sondern einen Sondervertrag abschlossen.

Der Gaslieferungsvertrag enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„ § 2 Gaspreise

1. Der Gaspreis setzt sich zusammen aus:

a) einem monatlichen Grundpreis von 28,00 DM

b) einem Arbeitspreis von 3,850 Pf/kWh Ho.

...

Diese Preisstellung setzt voraus, dass das Erdgas mit der für Heizkessel/Umlaufwasserheizer normalen Benutzungsstruktur abgenommen wird. Sie gilt nicht für die Verwendung des Erdgases als Zusatzenergie für den unterbrechbaren Betrieb anderer Wärmeerzeugungsanlagen.

2. Die G_____ ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten der G_____ erfolgt.“

„§ 5 Vertragsdauer

1. Der Sondervertrag tritt am 06.04.1995 in Kraft und kann erstmals nach Ablauf von 24 Monaten und danach jeweils 3 Monate zum Ende des Abrechnungsjahres von einer der beiden Seiten schriftlich gekündigt werden.

...“

„ § 6 Bestandteile des Vertrages

1. Soweit in diesem Sondervertrag nichts anderes vereinbart wird, gelten die jeweils gültigen ‚Allgemeinen Bedingungen für die Gasversorgung (AVBGasV)‘ und die hierzu veröffentlichten Anlagen, die wesentliche Bestandteile dieses Vertrages sind ...“

Dafür, dass es sich hier nicht um einen normalen Tarifvertrag handelt, spricht bereits, dass der Preis im Vertrag ohne Bezugnahme auf einen Tarif beziffert ist und nur bei Verwendung des Gases für Heizkessel gelten sollte sowie dass eine zweijährige Bindung des Kunden vorgesehen war. Nicht zuletzt ergibt sich der Charakter als Sondervertrag aber aus der Verwendung des Wortes „Sondervertrag“ in § 5 Nr. 1 und § 6 Nr. 1 des Vertrages. Da weder die Preisvereinbarung in § 2 Nr. 1 noch die Preisanpassungsklausel unter Nr. 2 auf einen Tarif der Beklagten Bezug nehmen, war für die Kläger nicht erkennbar, dass die Beklagte sie zu öffentlich bekannt gemachten, für ‚jedermann‘ geltenden Preisen beliefern würde. Aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers stellte sich der Vertrag deshalb als (Norm-)Sonderkundenvertrag dar. Ein Preisbestimmungsrecht besteht daher nicht nach § 4 Abs. 1 AVBGasV bzw. § 5 Abs. 2 GasGVV in unmittelbarer Anwendung, sondern setzt eine diesbezügliche Vereinbarung der Parteien voraus.

Aber auch eine mittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ist, wie noch auszuführen sein wird, zu verneinen [vgl. unten Ziff. 1.b) bb)].

b) Die in § 2 Nr. 2 des Erdgaslieferungsvertrages vom 19.04.1995 formulierte Preisänderungsklausel ist wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

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 GasGVV getreten ist. Die Preisanpassungsregelungen unterliegen aber als Preisnebenabreden in jedem Fall der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB (BGH NJW 2009, 2662, 2664 Rdnr. 18). Dieser Kontrolle hält die Klausel nicht Stand, weil sie nicht hinreichend klar und verständlich ist und die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 307 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB).

aa) Die Formulierung: „Die G_____ ist berechtigt, die Gaspreise zu ändern, wenn eine Preisänderung durch den Vorlieferanten der

G_____ erfolgt,“ lässt zum einen nicht erkennen, in welcher Höhe die Gaspreise verändert werden können, wenn sich die Preise der Vorlieferanten ändern, d. h., ob sie um denselben Betrag pro kWh herauf- bzw. herabgesetzt werden sollen, ob eine prozentuale Anpassung erfolgen soll oder ob dem Versorger in allem ein weites Ermessen zustehen soll. Auch ist unklar, ob die Preisanpassung zeitgleich mit der Veränderung der Preis des Vorlieferanten zu erfolgen hat oder ob dies mit einer zeitlichen Verschiebung erfolgen darf. Zudem stellt es eine unangemessene Benachteiligung der Verbraucher dar, dass die Beklagte zu einer Änderung - insbesondere auch einer Herabsetzung - nur berechtigt, nicht aber verpflichtet sein soll (BGH NJW 2009, 2662, 2665, Rdnr. 28). Schließlich weicht die Klausel wesentlich von dem Leitbild des § 4 Abs. 1 AVBGasV in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ab, indem sie ausschließlich auf Preisänderungen im Verhältnis zu den Vorlieferanten abstellt, ohne die Berücksichtigung von Kostenersparnissen an anderer Stelle vorzuschreiben (vgl. dazu BGH aaO. Rdnr. 27). Bei kundenfeindlichster Auslegung ergibt sich aus § 2 Nr. 2 des Vertrages insgesamt eine unangemessen Benachteiligung der Kunden.

Einen zufriedenstellenden Ausgleich dieser Benachteiligung stellt das in § 5 des Vertrages vorgesehene Kündigungsrecht bereits deshalb nicht dar, weil dieses Recht in den ersten zwei Jahren des Vertragsverhältnisses nicht besteht und zudem eine dreimonatige Kündigungsfrist gelten soll. Der Kunde kann somit einer einseitigen Preiserhöhung selbst nach Ablauf der ersten zwei Jahre nicht vor ihrem Wirksamwerden ausweichen, sondern ist über einen gewissen Zeitraum daran gebunden, zumal nicht sichergestellt ist, dass er von den Preiserhöhungen frühzeitig informiert wird (vgl. dazu BGH NJW 2009, 2662, 2666, Rdnr. 32). Es bedarf daher keiner Prüfung, ob die Unangemessenheit einer Preisänderungsklausel in Energieversorgungsverträgen überhaupt durch ein Kündigungsrecht in der Weise ausgeglichen werden kann, dass sie ihre Wirksamkeit behält.

bb) § 2 Nr. 2 des Gaslieferungsvertrages ist aus den aufgezeigten Gründen unwirksam. Die dadurch entstehende Vertragslücke wird nicht durch die Bestimmung des § 4 Abs. 1 AVBGasV ausgefüllt. Zwar verweist der Vertrag in § 6 auf die AVBGasV, jedoch nur, „soweit in diesem Sondervertrag nichts anderes vereinbart ist.“ Die gesetzlichen Bestimmungen sollen also u. a. hinter die Vertragsklausel in § 2 Nr. 2 zurücktreten. Wegen der in dieser Vertragsbestimmung enthaltenen Sonderregelung für Preisanpassungen ist für die Vertragspartner der Beklagten jedenfalls unklar, ob die subsidiäre Bezugnahme auf die AVBGasV auch die - ungeschriebenen - Voraussetzungen einer Preisanpassung nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV umfasst (vgl. BGH, NJW 2009, 578, 580, Rdnr. 23).

cc) Nicht zu folgen ist der Auffassung der Beklagten, eine zumindest teilweise Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel ergebe sich daraus, dass zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ einer Preisänderung zu differenzieren sei und der Kunde nur durch die Regelung des „Wie“ unangemessen benachteiligt sein könne. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Klausel, die gegen die §§ 307 ff. BGB verstößt grundsätzlich insgesamt nichtig und kann nur in Ausnahmefällen teilweise aufrecht erhalten werden, da sonst dem Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Möglichkeit eröffnet würde, bei der Aufstellung seiner Konditionen unbedenklich über die Grenze des Zulässigen hinauszugehen, ohne mehr befürchten zu müssen, als dass die Benachteiligung seines Geschäftspartners durch das Gericht auf ein gerade noch zulässiges Maß zurückgeführt wird (BGH NJW 2000, 1110, 1113). In Fällen unangemessener Zinsanpassungsklauseln von Kreditverträgen hat der Bundesgerichtshof zwar die Meinung vertreten, es könne bei der Vereinbarung eines variablen Zinses bleiben, während die entstehende Regelungslücke hinsichtlich des „Wie“ der Zinsänderung im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu schließen sei (vgl. z. B. BGH NJW 2008, 3422, Rdnr. 11). Diese Rechtsprechung lässt sich allerdings auf die vorliegende Fallgestaltung nicht über-

tragen, denn im Streitfall haben die Parteien nicht von vornherein einen variablen Preis vereinbart. Vielmehr geht es hier um die Befugnis der Beklagten zur nachträglichen Änderung eines ursprünglich vereinbarten (festen) Preises (BGH Urt. v. 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 53).

2. Die Kläger müssen die Preisänderungsklausel nicht deshalb - auf Dauer oder für die Zeit der widerspruchslosen Hinnahe - gegen sich gelten lassen, weil sie über mehrere Jahre auch nach einseitigen Preiserhöhungen durch die Beklagte weiterhin Gas bezogen und widerspruchslos die geforderten Preise zahlten. Der abweichenden Meinung des Landgerichts ist nicht zu folgen.

Bei der einseitigen Preiserhöhung eines Energieversorgungsunternehmens aufgrund einer Preisanpassungsklausel, die unwirksam oder nicht 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 (BGH Urt. v. 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 57 jurisRspr). 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. Der Umstand, dass eine Rechnung vorbehaltlos beglichen wird, enthält grundsätzlich über seinen Charakter als Erfüllungshandlung hinaus keine Aussage des Schuldners, zugleich den Bestand der erfüllten Forderungen insgesamt oder in einzelnen Beziehungen außer Streit stellen zu wollen (BGH NJW 2009, 580, 581, Rdnr. 12). Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, wonach im Falle eines bestehenden Preisänderungsrechts nach § 4 Abs. 1 AVBGasV oder § 5 Abs. 2 eine Preiserhöhung bei widerspruchslosem Weiterbezug als vereinbart gilt, ist hierauf nicht übertragbar (BGH Urt. v. 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 59). Denn in solchen Fällen ist bei einseitigen Preiserhöhungen nicht zweifelhaft, ob das Versorgungsunternehmen den Preis überhaupt anpassen durfte; es besteht lediglich Ungewissheit darüber, ob die Preisanpassung der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 3 BGB standhält. Wenn es jedoch darauf ankommt, ob überhaupt eine Berechtigung zur Preisanpassung besteht, kann der bloßen Hinnahe eine so weitreichende Bedeutung nicht beigemessen werden.

3. Ein Preisbestimmungsrecht der Beklagten ist nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu erreichen (§§ 133, 157 BGB).

a) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und richtet sich sein Inhalt gem. § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Diese Regelung schließt eine ergänzende Vertragsauslegung nicht aus, weil es sich auch bei den Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB um gesetzliche Vorschriften i. S. des § 306 Abs. 2 BGB handelt (BGH NJW 2008, 2172, 2175). Jedoch muss bei einer ergänzenden Vertragsauslegung die in § 306 BGB zum Ausdruck gebrachte Grundentscheidung des Gesetzgebers beachtet werden, dass der Vertrag grundsätzlich mit dem Inhalt aufrechtzuerhalten ist, der sich aus den Normen des dispositiven Gesetzesrechts ergibt, und dass diese der ergänzenden Vertragsauslegung vorgehen (vgl. BGH aaO.). Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt daher nur 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 zu Gunsten des Kunden verschiebt (BGH NJW 1998, 450, 451; NJW 1984, 1177, 1178). Ein solcher Fall ist hier nicht gegeben.

b) Gesetzliche Vorschriften greifen im vorliegenden Fall nicht ein (§ 306 Abs. 2 BGB). Enthält ein Gasversorgungsvertrag keine Preisanpassungsregelung und kommen insofern - wie hier - die Bestimmungen der AVBGasV oder GasGVV nicht zur Anwendung,

so findet sich im dispositiven Recht keine entsprechenden Bestimmungen über die Berücksichtigung von auf Seiten des Versorgers eintretenden Kostensteigerungen im Vertragsverhältnis mit dem Endverbraucher. Da die Vertragsparteien im vorliegenden Fall einen Kaufvertrag in Form eines Sukzessivlieferungsvertrages unter Vereinbarung eines bestimmten Kaufpreises vereinbart haben, bleibt es grundsätzlich bei diesem Preis. Kommt es nach Vertragsschluss zu tatsächliche Veränderungen auf Seiten des Versorgers, so bieten die §§ 433 ff. BGB keine Handhabe, dies zu berücksichtigen. Die Veränderungen können sich auf das Vertragsverhältnis nur auswirken, soweit das allgemeine Schuldrecht dies vorschreibt oder ermöglicht. So sieht § 275 Abs. 2 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht des Lieferanten vor, soweit die Lieferung einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Nachdem die Beklagte die von ihr geschuldeten Leistungen in der Vergangenheit jedoch erbracht hat, bedarf es keiner Prüfung, ob ihr ein solches Recht neben der vertraglich vereinbarten Kündigungsmöglichkeit zu irgend einem Zeitpunkt zustand. Auch sonst greift hier keine gesetzliche Bestimmung ein. Zu den Gesetzesbestimmungen, auf die § 306 Abs. 2 BGB verweist, gehört allerdings § 313 BGB, der eine Regelung auch für den Fall des nachträglichen Eintritts von schwerwiegenden Äquivalenzstörungen enthält. Dieser Bestimmung gehen jedoch die Regeln einer ergänzenden Vertragsauslegung vor (BGH NJW 1984, 1177, 1178). Zudem sind, wie noch auszuführen sein wird, die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage hier nicht gegeben.

c) Da dispositives Recht zur Ausfüllung der Vertragslücke nicht zur Verfügung steht, ist zu prüfen, ob der Wegfall der Preisanpassungsklausel zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt. Dies wäre der Fall, wenn die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des AGB-Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung böte (BGH NJW 2008, 2840, 2842). Ein Festhalten an der bei Vertragsschluss getroffenen Preisvereinbarung müsste die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen in unbilliger Weise verändern, zu einer mit der Zielsetzung der §§ 305 ff. BGB nicht zu vereinbarenden Benachteiligung der Beklagten führen und dem Kunden als Nutznießer einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn verschaffen (vgl. BGH NJW 1984, 1177, 1178). Führt die Bindung an den ursprünglich vereinbarten Preis für den Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dagegen zu keinem unzumutbaren Ergebnis, so muss es bei dem ersatzlosen Fortfall der unangemessenen Klausel bleiben (vgl. BGH Urt. v. 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 51; WM 2010, 481 ff. Rdnr. 28; NJW 2009, 2662 Rdnr. 37; NJW 2009, 578, 580 Rdnr. 26; NJW 2008, 2172, 2175 Rdnr. 33).

aa) Dass bei der Beurteilung der Frage, ob die unangemessene Klausel ersatzlos zu streichen ist, auf die Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit des Ergebnisses abgestellt wird, steht nicht in Widerspruch zu § 306 Abs. 3 BGB. Nach dieser Bestimmung ist der gesamte Vertrag unwirksam, wenn das Festhalten an ihm auch unter Berücksichtigung der nach § 306 Abs. 2 BGB vorgesehenen Änderung eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur ergänzenden Vertragsauslegung bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen führt aber nicht zu einem Leerlaufen der Bestimmung des § 306 Abs. 3 BGB. Vielmehr bleibt auch dann, wenn die durch das Entfallen einer Vertragsbestimmung entstehende Lücke nicht durch dispositives Recht geschlossen werden kann und dies zu einem unzumutbaren Ergebnis führt, ein Bereich, in welchem die dann an sich gebotene Vertragsauslegung fehlschlagen und deshalb § 306 Abs. 3 BGB eingreifen kann. So ist eine ergänzende Vertragsauslegung insbesondere dann nicht möglich, wenn zur Ausfüllung der Vertragslücke verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen und kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche Regelung die

Parteien getroffen hätten (vgl. z. B. BGH NJW 2000, 1110, 1114). Die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages stellt also die allerletzte Möglichkeit dar, ein unzumutbares Ergebnis zu verhindern.

bb) Bei der Prüfung, ob der ersatzlose Fortfall der unangemessenen Klausel zu einem unbilligen und unzumutbaren Ergebnis führt, ist jeweils auf das einzelne Vertragsverhältnis abzustellen. Maßstab ist also nicht, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sich ohne den unwirksamen Bestandteil generell als unausgewogen darstellen, sondern zu prüfen ist, ob das Ergebnis im konkreten Fall unzumutbar ist. Dabei ist insbesondere auch die tatsächliche Entwicklung nach Vertragsschluss zu berücksichtigen. In welcher Art und Weise die Vertragslücke zu füllen ist, muss zwar aus der Sicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entschieden werden; die vorgeschaltete Frage aber, ob eine solche Vertragsauslegung überhaupt stattzufinden hat, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aufgrund der Situation zu beantworten, wie sie sich im Nachhinein darstellt, und muss beachten, welche Auswirkungen ein ersatzloses Streichen der betreffenden Vertragsklausel in dieser Situation hat. So wurde vom Bundesgerichtshof in mehreren Fällen, in denen ein auf unbegrenzte Zeit abgeschlossener Gasversorgungsvertrag erst wenige Jahre bestanden hatte, eine Füllung der Vertragslücke durch ergänzende Vertragsauslegung wegen der dem Versorger zur Verfügung stehenden Kündigungsmöglichkeit abgelehnt; dagegen wurde die Möglichkeit einer solchen Lückenfüllung erwogen für den Fall, dass der betroffene Kunde erst nach einem längeren Zeitraum den Preiserhöhungen widerspricht (BGH 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 52).

Dies mag zwar zu einer dogmatischen Unstimmigkeit führen, die darin besteht, dass einerseits eine (ergänzende) Vertragsauslegung den Inhalt des Vertrages - anders als eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB, die bei Dauerschuldverhältnissen mit Wirkung ex tunc vorgenommen werden kann - für den gesamten Zeitraum seines Bestehens festlegt, andererseits bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Frage einer möglichen ergänzenden Vertragsauslegung unter Zugrundelegung der vorgenannten Rechtsansicht je nach dem Zeitpunkt, zu dem sich die Frage stellt, unterschiedlich beantwortet und dadurch der Vertragsinhalt unterschiedlich bestimmt werden kann. Der Vertrag ändert also möglicherweise quasi rückwirkend seinen Inhalt. Dies muss jedoch im Hinblick auf den durch § 306 Abs. 2, Abs. 3 BGB vorgegeben Grundsatz hingenommen werden, dass vorrangig dispositives Gesetzesrecht anzuwenden ist. Damit eine Aushöhlung dieses Grundsatzes vermieden wird, darf er nur dann ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn seine Anwendung im konkreten Fall zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. So ist auch im vorliegenden Fall auf das Ergebnis abzustellen, zu welchem die Vertragslücke gerade deshalb führt, weil die Kläger ihre Rechte erst spät geltend gemacht haben. Auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes ist eine ergänzende Vertragsauslegung aber nicht geboten.

4. Daraus, dass die Kläger erfolgreich die Unwirksamkeit der Preisanpassungen für einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren geltend machen, ergeben sich für die Beklagte keine unzumutbaren Nachteile

Wenn im Falle einer unwirksamen Preisänderungsklausel der Energieversorger mehrere Jahre an den ursprünglich vereinbarten Preis gebunden ist, so führt dies nicht ohne Weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis. Voraussetzung ist vielmehr eine in keiner Weise mehr vertretbare Verschiebung des Vertragsgefüges zu Gunsten des Kunden. Daran fehlt es hier.

a) Würde man ein unzumutbares Ergebnis schon bei jeder - wenn auch möglicherweise erheblichen - nicht abwälzbaren Kostensteigerung bejahen, so liefe das darauf hinaus, den Versorger weitgehende von seinem unternehmerischen Risiko zu entlasten. So hat der Bundesgerichtshof es in zwei Fällen, in den ein Energieversorgungsvertrag eine feste Laufzeit von zwei Jahren hatte und anschließend mit einer mehrmonatigen Kündigungsfrist beendet werden konnte, abgelehnt, die durch die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel entstandene Lücke im Wege der ergänzenden Ver-

tragsauslegung zu schließen (BGH NJW 2009, 578, 580, Rdnr. 26; NJW 2008, 2172, 2175; Rdnr. 33). Allerdings könnte eine andere Beurteilung geboten sein, wenn - wie hier - bei einem langjährigen Energieversorgungsverhältnis der Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurück liegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. Sind in einem solchen Fall die Gestehungskosten des Gasversorgungsunternehmens erheblich gestiegen und ergibt sich daraus für die betroffenen Zeiträume ein erhebliches Missverhältnis zwischen dem Wert der von dem Unternehmen zu erbringenden Leistung und dem vereinbarten Preis, so lässt sich die Annahme eines nicht mehr interessengerechten Ergebnisses jedenfalls hinsichtlich der länger zurück liegenden Zeitabschnitte nicht ohne weiteres mit der Begründung verneinen, dass der Vertrag eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht. Denn für das Versorgungsunternehmen bestand in einem solchen Fall zunächst kein Anlass, eine Kündigung des Vertrages in Erwägung zu ziehen (vgl. BGH Urt. v. 14.07.2010 - Az.: VIII ZR 246/08 - Rdnr. 52, obiter dictum).

Man wird davon ausgehen können, dass für die Beklagte Veranlassung zu einer Kündigung des mit den Klägern bestehenden Gaslieferungsvertrages erst bestand, als diese am 02.01.2006 gegen Preiserhöhungen Widerspruch erhoben und das Recht der Beklagten zu einseitigen Preisbestimmungen anzweifelten. Zu dieser Zeit hatte das Vertragsverhältnis fast elf Jahre bestanden. Sind sämtliche von 1995 bis 2006 vorgenommenen Preisanpassungen unwirksam, so beträgt das für die Gaslieferungen in der gesamten Zeit geschuldete Netto-Entgelt 3,850 Pf/kWh oder 1,9685 Ct/kWh, während die Beklagte den Klägern im März 2006 einen Preis von 4,46 Ct/kWh zzgl. MWSt., also mehr als das Doppelte, berechnete. Nach dem Vortrag der Beklagte wären infolge von Kostensteigerungen, zu denen es im Laufe der Jahre gekommen sei, ihre Kosten durch den Preis von 1,9685 Ct/kWh nicht mehr abgedeckt, wobei allerdings nicht vorgetragen wird, bis zu welchem Zeitpunkt der ursprünglich vereinbarte Preis noch kostendeckend war. Ein solches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann jedoch bei der Prüfung, ob die Beklagte dadurch unzumutbar belastet wird, nur insofern eine Rolle spielen, als die Beklagte damit rechnen muss, dass sie zu viel gezahlte Beträge an die Kläger herauszugeben hat. Es darf deshalb der Umstand nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein Großteil der Rückforderungsansprüche der Kläger verjährt ist. Denn die Verjährungsregeln gehören zu den gesetzlichen Bestimmungen, die dem Schutz der Beklagten dienen, weshalb von der Beklagten zu verlangen ist, dass sie hiervon Gebrauch macht, indem sie die Einrede der Verjährung den Klägern gegenüber erhebt und dadurch ggf. ein für sie unzumutbares Ergebnis verhindert.

b) Im Zeitpunkt des Widerspruchs durch die Kläger waren deren Rückforderungen bezüglich der von ihnen bis zum 31.12.2002 an die Beklagte erbrachten Zahlungen verjährt. Mittlerweile ist Verjährung auch der Ansprüche aus den Jahren 2003 bis 2006 eingetreten.

aa) Die Ansprüche der Kläger auf Rückzahlung beruhen auf ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, 1. Alt.) und unterliegt der dreijährigen Verjährung nach § 195 BGB. Die Ansprüche sind jeweils im Zeitpunkt der Zahlung an die Beklagte entstanden. Soweit die Zahlungen vor dem 01.01.2002 erbracht wurden, gilt die Übergangsregelung des Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB. Die Verjährungsfrist begann jeweils mit dem Schluss des Jahres, in welchem die Ansprüche entstanden sind (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen hatten die Kläger bereits im Zeitpunkt der jeweiligen Zahlung erlangt oder hätten sie - im Falle von Lastschriften aufgrund einer Einzugsermächtigung - ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müssen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Für die Ingangsetzung des Laufs der Verjährungsfrist war es nicht erforderlich, dass die Kläger genauere Kenntnisse von der maßgeblichen Rechtslage hatten. Insofern sind die Tatsachen entscheidend, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüll-

ten; dagegen ist grundsätzlich nicht vorausgesetzt, dass der Gläubiger hieraus die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGH NJW 2008, 2427, 2428; NJW 2008, 2576, 2578). Es reicht eine Kenntnis, aufgrund deren es ihm zumutbar ist, eine - wenn auch nicht risikolose - Feststellungsklage zu erheben (BGH NJW 2009, 587, 588). Ein Gläubiger, der einen Bereicherungsanspruch verfolgt, hat Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, wenn er von der Leistung und vom Fehlen des Rechtsgrundes, das heißt von den Tatsachen weiß, aus denen dessen Fehlen folgt. Kennt er die Tatsachen, aus denen sich die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ergibt, auf dessen Grundlage er seine Leistung erbracht hat, so ist für die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände nicht erforderlich, dass er hieraus auch den Schluss auf die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts und das Fehlen des Rechtsgrundes gezogen hat (BGH NJW 2008, 1729, 1732). Ein Fall, in welchem die Rechtsunkenntnis bei außergewöhnlich unsicherer und zweifelhafter Rechtslage - etwa wegen einer Änderung der höchstgerichtlichen Judikatur - den Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinausschiebt (vgl. dazu BGH NJW 2005, 429, 433), liegt hier nicht vor. Die neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in denen Unwirksamkeit von Preisänderungsklauseln in Energieversorgungs-Sonderverträgen angenommen wurde, beruhen auf einer Jahrzehnte alten Rechtsprechung zum AGB-Recht. Die Grundsätze, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für Preisänderungsrecht in sog. Tarif- bzw. Grundversorgungsverträgen entwickelt wurden, greifen hier nicht ein, da es sich vorliegend um einen Sondervertrag handelt. Die Verjährung begann daher bereits im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung.

bb) Die Rückforderungen bezüglich der vor dem 01.01.2002 erbrachten Zahlungen waren demnach gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB im Jahre 2006 sämtlich verjährt. Von den in der Folgezeit entstanden Ansprüchen waren im Januar 2006 diejenigen verjährt, die auf Zahlungen in der Zeit bis zum 31.12.2002 beruhten (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Die Beklagte hätte daher, wenn sie den Gaslieferungsvertrag auf das Schreiben der Kläger vom 02.01.2006 hin zeitnah mit dreimonatiger Frist zum Ende des Abrechnungsjahres 2006/2007 gekündigt hätte (§ 5 Nr. 1 des Gaslieferungsvertrages), die Kläger bis Ende März 2007 zu den im Jahre 1995 vereinbarten Preisen beliefern und auf entsprechendes Verlangen der Kläger den Differenzbetrag zwischen diesen Preisen und den seit 2003 erbrachten Zahlungen zurückerstatten müssen. Im Effekt hätte sie also für die Gaslieferungen in der Zeit vom 01.01.2003 bis zum 31.03.2007, somit für vier Jahre und drei Monate, neben dem Grundpreis nur ein Entgelt in Höhe von 1,9685 Pf/kWh erhalten.

cc) Zu berücksichtigen ist aber auch, dass die Kläger, wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend angegeben haben, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung keine Rückzahlungsansprüche gegenüber der Beklagten geltend gemacht haben. Die Rückzahlungsansprüche der Kläger gegen die Beklagte sind deshalb mittlerweile auch für die Zeit bis zum 31.12.2006 verjährt (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Eine Hemmung der Verjährung ist durch die Erhebung der Klage im vorliegenden Prozess nicht herbeigeführt worden. Denn die Klage ist weder auf Leistung noch auf Feststellung der Ansprüche gerichtet (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Die Verjährung eines Anspruchs wird gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB durch die Erhebung einer Feststellungsklage gehemmt, wenn diese Klage auf die „Feststellung des Anspruchs“ gerichtet ist. Erforderlich ist regelmäßig eine positive Feststellungsklage, deren Gegenstand das Bestehen des Anspruchs ist; die Feststellung des ihm zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses reicht nicht aus (Staudinger / Peters / Jacoby, BGB, 2009, § 204 Rdnr. 44; Soergel / Niedenführ, BGB, 13. Aufl., § 204 Rdnr. 45; Bamberger / Roth, BGB, 2. Aufl., § 204 Rdnr. 3). Ob eine negative Feststellungsklage des Gläubigers hemmende Wirkung haben kann, wenn mit ihr im Erfolgsfalle zugleich ein Leistungsanspruch gegen den Beklagten festgestellt wird (so Münchener Kommentar / Grothe, BGB, 5. Aufl., § 204 Rdnr. 4, unter Berufung auf RGZ 100, 149, 150) und

ob eine derartige Wirkung des einer negativen Feststellungsklage stattgeben Urteils überhaupt in Betracht kommt, mag dahinstehen. Denn ein solcher Fall ist hier jedenfalls nicht gegeben.

Mit dem Klageantrag zu 1. ist die Feststellung verlangt worden, dass der zwischen den Klägern und der Beklagten bestehende Gasversorgungsvertrag unverändert zu ursprünglich vereinbarten Erdgaspreisen fortbestehe. Es handelt sich also um eine positive Feststellungsklage, die jedoch nicht auf die Feststellung von Ansprüchen der Kläger gerichtet ist, sondern lediglich auf Feststellung des Inhalts des Rechtsverhältnisses, welches den (teilweise) rechtsgrundlosen Zahlungen zugrunde lag. Die begehrte Feststellung betrifft daher nur eine Vorfrage der Rückforderungsansprüche, nicht aber diese Ansprüche selbst, so dass der Klageantrag keine verjährungshemmende Wirkung haben konnte. Der in erster Instanz gestellte Klageantrag zu 2. war auf die Feststellung gerichtet, dass die von der Beklagten ab Mai 2009 verlangten Abschlagszahlungen nicht fällig seien. Diese Feststellung ist für die Rückforderungsansprüche der Kläger bereits deshalb unerheblich, weil Leistungen auf eine nicht fällige Forderung keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung begründen (§ 813 Abs. 2 BGB). Die Feststellung, dass die von der Beklagten vorgenommenen Preisbestimmungen und die Forderungen aus den Jahresendabrechnungen unwirksam seien (Klageanträge zu 3. und 4.) betrifft ebenfalls nur das Rechtsverhältnis, dessen Unwirksamkeit den Rückzahlungsansprüchen zugrunde liegt, und beinhaltet nicht die Feststellung eines Rückzahlungsanspruchs, zumal aus der begehrten Feststellung nicht hervorgeht, dass die Kläger Zahlungen an die Beklagte erbracht haben, die sie zurückfordern könnten. Die hierauf gerichtete Klage hat die Verjährung daher nicht gehemmt.

Aus der von Grothe im Münchener Kommentar (aaO.) zitierten Entscheidung des Reichsgerichts, RGZ 100, 149, ergibt sich nichts anderes. Darin ging es um eine gegen den Fiskus gerichtete Klage, mit welcher die Klägerin, die in bestimmter Höhe Umsatzsteuer entrichtet hatte, die Feststellung verlangte, dass der Beklagte von ihr Umsatzsteuer nicht beanspruchen könne. Das Reichsgericht maß dieser Klage bezüglich des auf Rückzahlung der Umsatzsteuer gerichteten Anspruchs der Klägerin verjährungsunterbrechende Wirkung bei mit der Begründung, die Klägerin habe mit ihrer - unzulässigen - Feststellungsklage ihren „Anspruch auf Freistellung von der erforderlichen Steuer“ geltend gemacht, indem sie durch die Klage „ihren Willen, den Steueranspruch des Beklagten dem ordentlichen Gericht zu unterbreiten, deutlich gezeigt“ habe; § 209 BGB sei deshalb zumindest entsprechend anzuwenden. Diese Rechtsansicht mag allenfalls im Rahmen steuerrechtlicher Beziehungen und eines hierüber geführten Rechtsstreits vertretbar sein, ist aber jedenfalls auf zivilrechtliche Vertragsverhältnisse nicht übertragbar, weil dadurch der Rahmen gesprengt würde, innerhalb dessen eine Klage noch als i. S. von § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB auf die Feststellung eines Anspruchs gerichtet anzusehen ist.

Es steht somit fest, dass die Rückzahlungsansprüche der Kläger bei Schluss der mündlichen Verhandlung (12.08.2010) für alle bis zum 31.12.2006 an die Beklagte geleisteten Zahlungen verjährt waren, und die Beklagte demnach nur für den Zeitraum ab 01.01.2007 mit Rückforderungen rechnen muss.

dd) Dass die Beklagte das Vertragsverhältnis nicht bereits zum 31.03.2007 beendet hat, kann ihr hinsichtlich der Frage, ob eine ergänzende Vertragsauslegung geboten ist, nicht zum Vorteil reichen. Denn eine Kündigung des Vertrages hätte von ihr schon im Januar 2006 angesichts der Tatsache erwogen werden müssen, dass außer den Klägern unstreitig auch mehrere andere Kunden gegen die von ihr vorgenommenen Preiserhöhungen Widerspruch erhoben und dass, wie der Beklagten u. a. aus Berichten in den Medien bekannt sein musste, in ganz Deutschland sich bereits zahlreiche Endabnehmer gegen Gaspreiserhöhungen gewehrt hatten. Bei der Prüfung, ob der ersatzlose Fortfall der Preisänderungsklausel für die Beklagte zu einem unzumutbaren Ergebnis führt, müssen deshalb die Belastungen außer Betracht bleiben, die sich daraus ergeben, dass das Vertragsverhältnis mit den Klägern über

den 31.03.2007 hinaus fortgesetzt wurde (vgl. dazu BGH Urte. v. 14.07.2010 - 246/08 - Rdnr. 51). Wenn auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen ist, dass die Kläger im Falle einer frühzeitigen Kündigung durch die Beklagte weniger lange mit der Erhebung einer Zahlungsklage gewartet hätten, so wäre doch die Feststellungsklage, wie sie tatsächlich erhoben worden ist, jedenfalls bis zur Beendigung des Vertrages noch zulässig gewesen. Deshalb kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kläger auch nach einer Kündigung zunächst von einer Zahlungsklage abgesehen hätten. Ob und wann eine solche dann eingereicht worden wäre, lässt sich nicht feststellen. Dies geht zu Lasten der Beklagten. Denn diese ist bezüglich der - für sie günstigen - Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig, aus denen sich ausnahmsweise die Notwendigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung ergibt (so offenbar auch BGH Urte. v. 14.07.2010 aaO.; WuM 2010, 436 Rdnr. 11; NJW 2009, 2662, 1667 Rdnr. 37).

Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte, wenn sie den Vertrag rechtzeitig gekündigt hätte, die Kläger während eines Zeitraums von weniger als einem halben Jahr zu den im Jahre 1995 vereinbarten Preisen hätte beliefern müssen und im Übrigen etwaigen Rückzahlungsansprüchen der Kläger die Einrede der Verjährung hätten entgegenhalten können. Auch wenn die in dem Gaslieferungsvertrag enthaltenen Preise, wie von der Beklagten vorgetragen, nicht mehr kostendeckend sein sollten, so führt dies angesichts der relativ kurzen Zeit, während der die Beklagte sich mit diesen Entgelten hätte zufrieden geben müssen, nicht ohne weiteres zu einem unzumutbaren Ergebnis.

c) Auch der Einwand der Beklagten, die Lieferung zu nicht kostendeckenden Preisen sei ihr deshalb nicht zuzumuten, weil der mit den Klägern geschlossene Gaslieferungsvertrag Teil eines Massengeschäfts sei und ihr deshalb sehr hohe Verluste drohten, greift nicht durch. Der Bundesgerichtshof hat bislang ausdrücklich offen gelassen, ob ein sich aus dem Abschluss einer Vielzahl gleich lautender Verträge ergebender wirtschaftlicher Nachteil überhaupt geeignet sein kann, eine nicht mehr hinnehmbare einseitige Verschiebung des im Individualprozess zu beurteilenden konkreten Vertragsgefüges zu Lasten des Verwenders zu begründen (vgl. zuletzt Urte. v. 14.07.2010 - Az.: 246/08 - Rdnr. 54). Dies ist aber auch hier nicht weiter zu prüfen. Denn die Beklagte trägt zu dem auf sie zukommenden Belastungen jedenfalls nicht in ausreichendem Umfang Tatsachen vor (vgl. auch BGH Urte. v. 14.07.2010 aaO.; WuM 2010, 436 Rdnr. 11; NJW 2009, 2662, 1667 Rdnr. 37). Die von ihr vorgelegte Berechnung eines existenzbedrohenden Verlustes in Millionenhöhe geht von falschen Voraussetzungen aus, da sie u. a. nicht berücksichtigt, dass auch die Konditionsansprüche der übrigen Gasabnehmer mit Sonderverträgen teilweise verjährt sind, zumal nur ein relativ geringer Teil gegen die Beklagte Klage erhoben hat.

Die Beklagte ist nach allem an dem Gaslieferungsvertrag vom 19.04.1995, jedoch ohne die Bestimmung des § 2 Nr. 2, festzuhalten.

5. Die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB sind nicht dargetan.

Diese Bestimmung enthält zwar eine Regelung auch für den Fall des nachträglichen Eintritts von schwerwiegenden Äquivalenzstörungen, kommt hier jedoch aus mehreren Gründen nicht zur Anwendung: Eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB wegen Störung der Geschäftsgrundlage kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn die eingetretenen Störung nicht dem Risikobereich eines der Vertragsschließenden zuzurechnen ist (BGH NJW 2006, 899, 901). Das Risiko, dass sich Teile von Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam erweisen, trägt aber grundsätzlich deren Verwender (vgl. BGH NJW 2008, 2840, 2842), hier also die Beklagte. Überdies ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass beim Austausch von Geld- gegen Sachleistungen grundsätzlich der Sachleistungsschuldner das Risiko einer Steigerung der Beschaffungskosten trägt, und zwar auch dann, wenn die Preise nicht mehr kostendeckend sind (vgl. z. B. BGH NJW 1977, 2262, 2263), es sei denn, die Kostensteigerungen hätten ein Ausmaß erreicht, das

die Grenze des übernommenen Risikos überschreitet, so dass der benachteiligte Vertragspartner in der getroffenen Vereinbarung sein Interesse nicht mehr auch nur annähernd gewahrt sehen kann (vgl. BGH NJW 1980, 2241, 2242). Dass dies hier der Fall wäre, ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten jedoch nicht; denn auch insofern ist die Verjährung eventueller Rückforderungen zu berücksichtigen. Die Beklagte hat deshalb, selbst wenn man die mittlerweile eingetretenen erheblichen Preissteigerungen im Gasgeschäft als nicht voraussehbar betrachten wollte, auch dieses Risiko zu tragen. Eine Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB scheidet also aus.

C. Auf die Berufung der Kläger war nach allem das Urteil des Landgerichts antragsgemäß teilweise abzuändern. Die Feststellung unter Ziff. 1. des Urteilstenors war im Hinblick auf die inzwischen erfolgte Beendigung des Vertragsverhältnisses neu zu fassen, da die Kläger ersichtlich nur die Feststellung wünschen, dass die ursprünglich vereinbarten Preise für die Dauer des Vertragsverhältnisses fortgelten. Die Berufung der Beklagten war zurückzuweisen.

Hinweis der Redaktion: Das Urteil ist rechtskräftig.

10. Das Ergebnis der Kostenprüfung aus der letzten § 23a EnWG-Genehmigung ist unverändert für die Bestimmung der Erlösobergrenze in der ersten Regulierungsperiode zu übernehmen

ARegV § 4 Abs. 4, § 6 Abs. 2, § 9, § 10, § 12 Abs. 1 Satz 3, § 24, § 34 Abs. 1, Abs. 3, Anlage 1 zu § 7; EnWG § 21a; BayVwVfG Art. 36 Abs. 1; GG Art. 80

1. § 34 Abs. 3 Satz 2 ARegV und § 6 Abs. 2 ARegV sind Ausdruck eines einheitlichen methodischen Ansatzes für das Anreizregulierungsmodell. Mit diesen Regelungen soll eine einheitliche, konsolidierte und belastbare Datenbasis geschaffen werden, die Grundvoraussetzung für die Durchführung des Effizienzvergleichs ist und die erforderliche Vergleichbarkeit der Kostenangaben sicherstellt. Vor diesem Hintergrund ist das Ergebnis der Kostenprüfung aus der letzten, bestandskräftig gewordenen § 23a EnWG-Genehmigung in unveränderter Form für die Bestimmung der Erlösobergrenze in der ersten Regulierungsperiode zu übernehmen und nicht im Hinblick auf Erkenntnisse aus Gerichtsverfahren, an denen die Betroffene nicht beteiligt war, zu modifizieren.

2. § 21a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EnWG enthält eine hinreichende gesetzliche Verordnungsermächtigungsgrundlage für die Einführung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors, weshalb gegen die Regelung des § 9 ARegV auch im Hinblick auf Art. 80 GG keine Wirksamkeitsbedenken bestehen. Die konkrete Höhe des generellen sektoralen Produktivitätsfaktors (in der ersten Regulierungsperiode 1,25 % (§ 9 Abs. 2 ARegV)) ist nicht zu beanstanden.

3. Im ersten Jahr der Anreizregulierungsperiode kommt eine Anwendung des § 10 ARegV nicht in Betracht.

4. Für den Vorbehalt des nachträglichen Erlasses einer Auflage, mit der der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Beschluss vom 14.08.2008 - KVR 39/07, Tz. 22 f. - Vattenfall) zum Ausgleich des entstandenen (rechtsgrundlosen) Mehrerlöses, den der Netzbetreiber nicht behalten darf, unter dem Regime der Anreizregulierung Rechnung getragen werden soll, bildet Art. 36 Abs. 1 Fall 2 BayVwVfG eine ausreichende Rechtsgrundlage. Die Übergangsvorschrift des § 34 Abs. 1 ARegV, die im vereinfachten Verfahren nach § 24 ARegV entsprechend gilt (§ 34 Abs.

la ARegV), ermöglicht grundsätzlich einen Ausgleich angefallener Mehrerlöse auch unter dem Regime der Anreizregulierung. (amtliche Leitsätze)

OLG München, B. v. 02.09.2010 - Kart 5/09

Aus den Gründen:

I. Die Betroffene betreibt ein Gasverteilernetz im Gebiet der Gemeinde G. („Netz 2 - G.“). Sie hat dieses Gasverteilernetz ab 01.01.2008 von der Gasversorgung G. GmbH, der früheren Netzbetreiberin, gepachtet.

Die Betroffene nimmt in der ersten Regulierungsperiode der Anreizregulierung vom 01.01.2009 bis 31.12.2012 am vereinfachten Verfahren gemäß § 24 ARegV teil.

Mit Bescheid vom 19.04.2007 (Anlage Bf 4) erteilte die Regulierungsbehörde der Gasversorgung G. GmbH eine bis zum 31.03.2008 befristete Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang Gas (§ 23a EnWG).

Mit Bescheid vom 31.10.2007 erteilte die Regulierungsbehörde der Gasversorgung G. GmbH eine weitere Genehmigung der Entgelte für den Netzzugang Gas (§ 23a EnWG, Anlage Bf 5), betreffend die ab 01.04.2008 anzuwendenden Entgelte.

Mit Schreiben vom 03.03.2008 (Anlage Bf 7) stellte die Gasversorgung G. GmbH einen Antrag auf Anpassung der Erlösobergrenze nach Maßgabe des § 10 ARegV zum 30.06.2008 mit Wirkung ab 01.01.2009.

[Der Antrag wurde abgelehnt. Mit der Beschwerde reklamierte die Beschwerdeführerin, dass im Falle der Korrektur der Erlösobergrenzen alle einschlägigen Entscheidungen des BGH – auch die zugunsten der Netzbetreiber getroffenen – in die Korrektur mit einfließen.]

3. Die Beschwerde der Betroffenen ist nicht begründet.

a) Ohne Erfolg wendet sich die Betroffene dagegen, dass die Regulierungsbehörde als Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen für die erste Regulierungsperiode das Ergebnis der Kostenprüfung der letzten – bestandskräftig gewordenen – Netzentgeltgenehmigung vom 31.10.2007 - 22-3163.2-115-13-07-B (Anlage Bf 5) zugrunde gelegt hat (vgl. Bescheid vom 05.12.2008, S. 27 unter XV. der Begründung). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Regulierungsbehörde einen zusätzlichen Risikozuschlag auf den für die Verzinsung des Eigenkapitals, das die zulässige Eigenkapitalquote von 40 % übersteigt, anzuwendenden Fremdkapitalzinssatz in Höhe von 1 %, wie ihn die Betroffene geltend macht (vgl. Schriftsatz vom 05.03.2010, S. 5 unter I. 2.), nicht berücksichtigt hat.

aa) Wie bereits erörtert, kann offenbleiben, ob die Beschwerde insoweit unzulässig ist, da sie insoweit jedenfalls unbegründet ist.

bb) Nach § 34 Abs. 3 Satz 1 ARegV findet § 6 ARegV bei Netzbetreibern, welche die Teilnahme am vereinfachten Verfahren wählen, vor der ersten Regulierungsperiode keine Anwendung, soweit die Netzbetreiber im Rahmen der Genehmigung der Netzentgelte nach § 6 Abs. 2 ARegV keine Erhöhung der Netzentgelte auf der Datengrundlage des Jahres 2006 beantragt haben. Eine derartige Erhöhung haben weder die Gasversorgung G. GmbH noch die Betroffene beantragt; mit Schreiben vom 17.09.2007 (Anlage Bf 6) hat die Gasversorgung G. GmbH vielmehr die Verlängerung der mit Bescheid vom 19.04.2007 genehmigten Netznutzungsentgelte bis zum 31.12.2008 beantragt. Bei dieser Konstellation ergibt sich nach § 34 Abs. 3 Satz 2 ARegV das Ausgangsniveau für die Bestimmung der Erlösobergrenzen im Streitfall aus den Kosten, die im Rahmen der letzten Genehmigung der Netzentgelte nach § 23a EnWG – das ist die Netzentgeltgenehmigung vom 31.10.2007 - 22-3163.2-115-13-07-B (Anlage Bf 5) – anerkannt worden sind. Mit dieser Regelung soll kleinen Netzbetreibern eine weitere aufwändige und kostspielige Kostenprüfung für die Folgejahre erspart werden (vgl. BR-Drucks. 417/07, S. 74 [Zu § 34 Übergangsregelungen]; OLG Stuttgart, Beschluss vom 21.01.2010 - 202 EnWG 3/09, juris, Tz. 24).