

Die Klägerin kann die an sie zu übereignenden Anlagen nicht ordnungsgemäß betreiben, wenn ihr nicht alle für den Betrieb des Gasnetzes notwendigen Unterlagen übergeben werden. Das sind die im Klageantrag aufgeführten technischen Dokumentationen, die Hausanschlussakten bzw. die darin enthaltenen Informationen, sowie die weiteren im Antrag aufgeführten Informationen.

Klageantrag zu 1. Buchst. e):

Zum Betrieb des Gasversorgungsnetzes gehört es, dass der Klägerin alle Informationen zur Verfügung gestellt werden, die Grundlage einer vorschriftsmäßigen Berechnung der Netzentgelte sind. Dazu gehört die Kenntnis aller vereinnahmten und nicht aufgelösten Baukostenzuschüsse (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 GasNEV). Der Klageantrag ist daher begründet.

D. Weiter bestehen die mit den Klageanträgen zu 1. Buchst. f) und g) geltend gemachte Ansprüche.

Klageantrag zu 1. Buchst. f):

Die Beklagte schuldet der Klägerin die Übertragung der Verträge, die Netzanschluss bzw. das Anschlussnutzungsverhältnisse betreffen, sowie aller sonstigen den Netzanschluss, die Anschlussnutzung und Netznutzung betreffenden Verträge mit Sonderkunden sowie mit dritten Anlagenbetreibern auf die Klägerin sowie Übergabe der Vertragsurkunden. Der Anspruch der Klägerin ergibt sich zwar nicht aus Punkt 9 Ziff. 7 der Gasversorgungsverträge, welcher die Verpflichtung der Gemeinden vorsieht, bei Übernahme der Versorgung in die Verträge einzutreten. Diese Verpflichtung der Gemeinden ist nicht entstanden, da diese nicht die Versorgung übernommen haben. Der Klägerin steht der Anspruch jedoch als Folgeanspruch aus dem Kaufvertrag nach Treu und Glauben deshalb zu, weil ohne ihren Eintritt in die genannten Verträge die Klägerin zu einem sinnvollen Betrieb des Netzes nicht in der Lage wäre.

Dieser Anspruch steht im Zug-um-Zug-Verhältnis zu der Entgeltforderung der Beklagten.

Klageantrag zu 1. Buchst. g):

Ohne Mitteilung aller Netzkundendaten ist die Übertragung der Verträge praktisch nicht möglich. Für die Beklagte besteht insofern eine vertragliche Nebenverpflichtung.

E. Die Beklagte trägt außerdem die vertragliche Nebenpflicht, der Klägerin alle nach der Gasnetzentgeltverordnung notwendigen Informationen zu erteilen, wie in den Klageanträgen zu 3. Buchst. a) bis e) aufgeführt.

Die Beklagte wendet gegen diese Auskunftsansprüche ein, selbst wenn die korrespondierende Hauptforderung zu bejahen wäre, bestünden keine Verpflichtung zur Auskunft; denn Punkt 9 Ziff. 6 der Gasversorgungsverträge setze eine Kündigung voraus, die aber nicht ausgesprochen worden sei; die verlangten Informationen beträfen keine wertbestimmenden Tatsachen; sie seien nach der Gasnetzentgeltverordnung allein der Regulierungsbehörde geschuldet. Dem ist nicht zu folgen.

Da die Übereignung der Gasversorgungsanlagen in untrennbarem Zusammenhang steht mit deren Betrieb durch die Klägerin, darf die Beklagte dieser nach Treu und Glauben nicht die Informationen vorenthalten, die hierzu erforderlich sind. Dazu gehören die Zahlen, welche die Klägerin bei Beantragung der Genehmigung von Netzentgelten bei der Regulierungsbehörde gemäß Netzentgeltverordnung einreichen muss. Dies sind die in dem Klageantrag zu 3. aufgeführten Daten, nämlich:

- die historischen Anschaffungs- und Herstellungskosten nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GasNEV zum Zeitpunkt der erstmaligen Aktivierung (Klageantrag zu 3. Buchst. a);
- die kalkulatorischen Restwerte des Sachanlagevermögens aus dem letzten Genehmigungsbescheid gemäß § 23 a EnWG und die genehmigten kalkulatorischen Nutzungsdauern für die laufende Abschreibung (Buchst. b);
- Angaben zu den Sonderfällen der Netznutzung gemäß § 20 Abs. 2 GasNEV (Buchst. c);
- die jährliche Bezugsarbeit und die maximale Bezugsleistung der Beklagten mit den erforderlichen Angaben zu dem vorgelagerten Netz (Buchst. d);

- die Anzahl, die Bezugsarbeit und den Kapazitätsbedarf der Kunden (Buchst. e).

Hinsichtlich des Hauptantrags zu 1. Buchst. d) war die Berufung nach allem zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Sache dem Grunde nach zur Entscheidung reif, so dass über diesen Teil der Berufung durch Grundurteil entschieden werden kann (§ 304 Abs. 1 ZPO).

Über die Höhe der Gegenforderung wird erst nach Durchführung einer Beweisaufnahme zu entscheiden sein.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.

#### 4. Zur Pflicht des Contractors zur Abnahme und Vergütung der EEG-Quote gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber

*EEG 2004 § 14 Abs. 3*

**1. Ein Contractor ist immer dann letztverbraucherbelieferndes Elektrizitätsversorgungsunternehmen i.S.d. § 14 Abs. 3 S. 1 EEG 2004 und damit gegenüber dem Übertragungsnetzbetreiber zur Abnahme und Vergütung der EEG-Quote verpflichtet, wenn er Strom an ein anderes, juristisch eigenständiges Unternehmen liefert. Eine konzernrechtliche Verbundenheit des Contractors mit dem stromverbrauchenden Unternehmen ändert hieran nichts und kann nicht mit dem vom EEG-Belastungsausgleich ausgenommenen Eigenverbrauch gleichgestellt werden.**

**2. Offengelassen bleibt, ob dies auch dann gilt, wenn ein Unternehmen ein eigenes, ausschließlich der Eigenversorgung dienendes Kraftwerk auf eine "lediglich rechtlich selbständige, wirtschaftlich jedoch 100%-ige Tochtergesellschaft" überträgt.** (*Leitsätze der Redaktion*)

*OLG Celle, U. v. 21.01.2009 - 3 U 133/08*

#### Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Frage, ob die Beklagte, die auf dem Gelände des Industrieparks W. ein Gasturbinenwerk betreibt, für den von ihr erzeugten Strom den Verpflichtungen aus § 14 EEG 2004 unterliegt. Die Klägerin ist Übertragungsnetzbetreiberin und begehrt, gestützt auf § 14 EEG 2004, von der Beklagten für den Zeitraum von August 2004 bis einschließlich Dezember 2006 die Abnahme von 35.464.275 kWh EEG-Strom sowie Zahlung von 4.241.473,73 €. Die Beklagte war ein Tochterunternehmen der W. AG, die zum B.-Konzern gehört. Der Firmensitz der Beklagten liegt im Industriepark W. Auf dem Gelände dieses Industrieparks betrieb die Beklagte ein Gasturbinenwerk sowie ein sogenanntes Areal- oder auch Objektnetz. Über dieses Netz des Industrieparks wurden die dort angesiedelten Unternehmen mit Strom beliefert. Das Netz des Industrieparks ist an das Übertragungsnetz der Klägerin angeschlossen, aus dem die Beklagte für Unternehmen des Industrieparks den über die Eigenerzeugung hinaus erforderlichen Strom entnommen hat.

Unstreitig ist, dass die Beklagte für die Strommengen, die sie über das Übertragungsnetz der Klägerin bezieht, den Verpflichtungen nach dem EEG unterliegt, mithin EEG-Strom abnehmen muss und Ausgleichszahlungen zu leisten hat. Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, auch die von der Beklagten selbst erzeugte Strommenge unterfalle der Ausgleichsverpflichtung nach § 14 EEG. Sie forderte daher die Beklagte auf, ihr den Stromabsatz an Letztverbraucher auf dem Gelände des Industrieparks W. mitzuteilen, und zwar die Gesamtsumme des Stroms, die sich aus dem Bezug aus dem Übertragungsnetz der Klägerin einerseits und dem im Kraftwerk der Beklagten erzeugten Strom andererseits ergab. Die Beklagte teilte lediglich den Umfang und die von ihr gezahlte Vergütung für den aus dem Übertragungsnetz der Klägerin entnommenen Strom mit. Hinsichtlich des in ihrem eigenen Kraftwerk erzeugten Stroms stellte sich die Beklagte auf den Standpunkt, insoweit nicht nach den Vorschriften des EEG ausgleichspflichtig zu sein. Die Klägerin hat demgegenüber argumentiert, die Beklagte liefere auch im Umfang der Eigenerzeugung Strom an andere Letztverbraucher und sei mithin nach der Regelung des § 14 EEG ausgleichspflichtig. Dabei sei

eine konzernrechtliche Verflechtung der im Industriepark W. angesiedelten Unternehmen mit der Beklagten unerheblich. Ein der Ausgleichspflicht – insoweit unstreitig – nicht unterliegender Eigenverbrauch habe zur Voraussetzung, dass Erzeuger und Abnehmer des Stroms identische juristische Personen seien. Nur eine solche Handhabung und Auslegung des § 14 EEG entspreche dem Willen des Gesetzgebers, der mit der Regelung in § 14 Abs. 3 Satz 1 EEG bezweckt habe, alle durch die Anschluss-, Abnahme- und Vergütungspflichten auftretenden Belastungen nach dem EEG auf alle Stromlieferanten und damit letztlich auf alle Abnehmer gleichmäßig zu verteilen.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für eine Ausgleichspflicht nach dem EEG seien hinsichtlich des im Industriepark selbst erzeugten Stroms nicht gegeben. Mit dem Kraftwerk, dessen Eigentümerin die W. AG sei, würden ausschließlich Betriebe des Industrieparks W. beliefert. In den Jahren 2004 – 2006 seien jeweils mehr als 50 % des erzeugten Stroms an Unternehmen der W. AG-Gruppe geliefert worden. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, soweit verbundene Unternehmen mit Strom aus einem eigenen Kraftwerk versorgt werden, handele es sich um einen der Eigenversorgung vergleichbaren Sachverhalt, weshalb die im eigenen Kraftwerk erzeugten Strommengen nicht in den EEG-Belastungsausgleich einzubeziehen seien.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Beklagte liefere Strom an Dritte, nämlich von ihr gesellschaftsrechtlich unterscheidbare Letztverbraucher und sei damit ausgleichspflichtig. Ein etwaiger Konzernverbund sei unerheblich. Da sich die Beklagte mit der Auskunft und Abnahme sowie der Zahlungsverpflichtung in Verzug befunden habe, sei sie auch zur Verzinsung gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB verpflichtet, und zwar nach dem für Rechtsgeschäfte unter Kaufleuten geltenden Zinssätzen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten.

#### Aus den Gründen:

II. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Beklagte ist der Klägerin zur Abnahme von EEG-Strom sowie zur Zahlung der Ausgleichsvergütung gemäß § 14 Abs. 3 EEG verpflichtet.

1. Die Klägerin ist Übertragungsnetzbetreiberin i. S. v. § 14 EEG und damit verpflichtet, den unterschiedlichen Umfang, den zeitlichen Verlauf der nach § 5 Abs. 2 EEG vergüteten Energiemengen und die Vergütungszahlungen zu erfassen, die Energiemengen unverzüglich vorläufig auszugleichen sowie die Energiemengen und die Vergütungszahlungen abzurechnen.

2. Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen, das Strom an Letztverbraucher liefert.

a) Nicht erforderlich ist, dass es sich um Strom handelt, der innerhalb eines Netzes der allgemeinen Versorgung erzeugt, verteilt und verbraucht wird. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die dies annimmt, fußt auf der Regelung des § 11 Abs. 4 EEG a. F. und lässt sich insoweit nicht auf den jetzigen, aktuellen Gesetzesstand übertragen. § 11 Abs. 4 EEG a. F. nahm auf § 2 Abs. 1 EEG ausdrücklich Bezug, der den Anwendungsbereich des Gesetzes regelte. Dort hieß es:

„Dieses Gesetz regelt die Abnahme und die Vergütung von Strom ... durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die Netze für die allgemeine Versorgung betreiben.“

In der Neuregelung des EEG 2004 ist ein entsprechender Passus nicht mehr enthalten. Vielmehr heißt es in § 2 Abs. 1 Nr. 1 EEG zunächst, dass das Gesetz den Anschluss von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien ... an die Netze für die allgemeine Versorgung mit Elektrizität regelt; in Nr. 2 der genannten Vorschrift heißt es weiter, dass Regelungszweck die vorrangige Abnahme, Übertragung und Vergütung dieses Stroms durch die Netzbetreiber sei. § 2 Abs. 1 Nr. 2 EEG enthält mithin nur noch eine Regelung für den bundesweiten Ausgleich des abzunehmenden und zu vergütenden Stroms.

b) Die Änderung der gesetzlichen Regelung ist nicht zufällig, sondern vom Gesetzgeber bewusst und im Sinne einer abändernden Bestimmung vorgenommen worden.

aa) Der Gesetzentwurf für das EEG 2004 stammt aus der Zeit vor dem Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg, welches später vom Bundesgerichtshof aufgehoben worden ist. Im Gesetzentwurf hieß es hinsichtlich der hier streitigen Regelung zunächst, dass Stromverbrauch aus Eigenerzeugung und Strom, der nicht aus dem

öffentlichen Netz bezogen wird, im Rahmen des Ausgleichsmechanismus des EEG nicht zu berücksichtigen ist.

bb) Nachdem das Oberlandesgericht Naumburg in der später vom Bundesgerichtshof aufgehobenen Entscheidung eine andere Auffassung vertreten und ausgeführt hatte, dass auch Arealnetzbetreiber am Belastungsausgleich teilnehmen, heißt es in der Gesetzesbegründung (Bundestagsdrucksache 15/2864, Seite 51) hinsichtlich der Ausgleichsregelung für stromintensive Anbieter, dass durch diese zunächst der Nachweis zu führen sei, dass und in welchem Umfang der von einem Energieversorgungsunternehmen bezogene und selbstverbrauchte Strom 10 GWh überstieg hat. Sonstiger Strom werde nicht berücksichtigt, da dieser Strom nicht in den Ausgleichsmechanismus des EEG einbezogen ist. Hinsichtlich des Umgehungsschutzes zum Belastungsausgleich in § 14 Abs. 7 EEG heißt es, dass die neue gesetzliche Regelung eine Umgehung der Kostentragungspflicht verhindern soll. Diese Regelung, so die Gesetzesbegründung, sei durch das Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 9. März 2004 nicht verzichtbar, da sich dessen Entscheidung nur auf inländischen Strom beziehe. Die zunächst vorgesehene Ausnahme für Eigenstrom und für Strom, der nicht aus dem öffentlichen Netz bezogen wird, ist damit durch die gesetzliche Regelung auf eine Ausnahme für Eigenstrom beschränkt worden.

cc) Dass es sich hierbei nicht um eine redaktionelle, sondern eine bewusste inhaltliche Änderung i. S. d. Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg handelte, ergibt sich aus den in der Folgezeit geführten Beratungen zum Gesetzentwurf. Insoweit hat der Bundesrat im Rahmen der Anrufung des Vermittlungsausschusses den Versuch gemacht, die Arealnetzbetreiber von der Ausgleichsregelung auszunehmen. Der Vorstoß des Bundesrates sollte der Klarstellung dienen, dass Strom aus der Eigenerzeugung und Strom, der nicht aus dem öffentlichen Netz bezogen wird, nicht in das System des bundesweiten Belastungsausgleichs einzubeziehen sei. Diese Regelung, für die sich in der Anhörung die beteiligten Industrieverbände ausgesprochen hatten, hat der Gesetzgeber jedoch nicht übernommen (vgl. Hartmann/Hackert, RdE 2005, 160, 161 f.).

c) Unerheblich ist, ob der von der Beklagten selbst erzeugte Strom an verbundene Unternehmen geliefert worden ist. Die Auffassung der Beklagten, die Lieferung an verbundene Unternehmen sei dem Eigenverbrauch gleichzustellen, überzeugt nicht. Auch die Lieferung an ein zwar konzernverbundenes, aber juristisch eigenständiges Unternehmen ist eine Lieferung an eine andere juristische Person (ebenso Budenbender, EnWG, § 2 Rn. 40). Jede andere Auslegung würde weitere Ermittlungen über den Grad der Verbundenheit, der sich jeder Zeit ändern kann, voraussetzen. Vorliegend wäre weiter zu berücksichtigen, dass die Beklagte, wie sie in ihrem Schriftsatz vom 9. Dezember 2008 ausdrücklich eingeräumt hat, nicht nur an verbundene Unternehmen, sondern auch an Drittabnehmer Strom geliefert hat.

d) Ob die nach § 14 EEG bestehenden Verpflichtungen auch dann eintreten, wenn ein Industrieunternehmen ein eigenes, ausschließlich der Eigenversorgung dienendes Kraftwerk auf eine lediglich rechtlich selbständige, wirtschaftlich jedoch 100 %-ige Tochtergesellschaft überträgt, kann dahinstehen; diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben.

e) Die Beklagte kann auch aus der in § 110 Abs. 3 EnWG enthaltenen Regelung nichts für ihre Auffassung herleiten. Die dortigen Bestimmungen, nach denen das Energiewirtschaftsgesetz auf Objektnetze (teilweise) keine Anwendung findet, stellt eine Sonderregelung des Energiewirtschaftsgesetzes dar, die dem Zweck der Regulierung des Netzbetriebes geschuldet ist. § 14 Abs. 3 EEG ist als lex specialis hiervon unabhängig (vgl. ebenso Hartmann/Hackert, a. a. O., Seite 163). Insbesondere kommt auch die Definition des Objektnetzes in § 110 EnWG nicht zur Geltung. Die Frage, ob es sich beim Netz der Beklagten tatsächlich um ein Objektnetz handelt, mithin das von der Beklagten betriebene Turbinenkraftwerk der Versorgung eines Netzverbrauchers aus der für seinen Eigenbedarf errichteten Eigenanlage oder aus einer Anlage, die von einem Dritten ausschließlich oder überwiegend für die Versorgung eines

bestimmbaren Netzverbrauchers errichtet und betrieben wird, kann daher dahinstehen.

3. Der Geltendmachung der klägerischen Ansprüche steht die Frist aus § 14 Abs. 3 Satz 6 EEG nicht entgegen. Die Klägerin hat den Ausgleichsanspruch nach § 14 EEG innerhalb der genannten Frist mit Schreiben vom 14. Juni 2005 rechtzeitig geltend gemacht. Soweit die Beklagte unter Bezugnahme auf Salje (EEG, 3. Aufl., § 14 Rn. 142) geltend macht, die Frist habe ausschließlichen Charakter, fehlt es hierfür an jeder inhaltlichen Begründung. Insbesondere ist nichts dafür ersichtlich, dass die Einhaltung der Frist über die – hier erfolgte – Geltendmachung hinaus eine gerichtliche Inanspruchnahme des Stromversorgers voraussetzt.

4. Auch eine Verwirkung der geltend gemachten Ansprüche ist nicht eingetreten. Wie bereits das Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt hat, ist der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der Verwirkung mit Einführung der regelmäßigen dreijährigen Verjährungsfrist auf Ausnahmefälle beschränkt. Ein solcher ist vorliegend nicht gegeben. Insbesondere durfte die Beklagte nicht darauf vertrauen, dass die Klägerin die ihr obliegende Verpflichtung, den Belastungsausgleich nach dem EEG durchzuführen, nicht vornehmen würde. Hiergegen spricht bereits das im Jahr 2005 an die Beklagte gerichtete Schreiben. Ob der Beklagten, wie sie behauptet, unbekannt war, dass wegen der Frage der Einbeziehung von Arealnetzen in den Belastungsausgleich nach dem EEG die Bundesnetzagentur eingeschaltet und um eine Stellungnahme gebeten worden war, kann daher dahinstehen. Ein Vertrauen darauf, insoweit nicht in Anspruch genommen zu werden, war schon wegen des Aufforderungsschreibens der Klägerin vom 14. Juni 2005 nicht gerechtfertigt.

5. Ein Zinsanspruch der Klägerin besteht jedenfalls deshalb nicht, weil sich die Parteien durch den im Verhandlungstermin des Senats am 17. Dezember 2008 geschlossenen Teilvergleich dahingehend geeinigt haben, dass die Zahlungs- und Abnahmepflicht nach den Grundsätzen des EEG, insbesondere der Fristenregelung in § 14 Abs. 4 EEG erfolgen soll. Der Zweck der Regelung des § 14 Abs. 4 EEG dürfte im Übrigen einen Verzinsungsanspruch ausschließen, da der Klägerin, die hinsichtlich des Belastungsausgleichs lediglich im Sinne einer Verwaltungsbehörde tätig wird, kein Schaden entstanden sein kann. Aufgabe der Klägerin ist es, den EEG-Strom umfangsmäßig zu ermitteln und die hierfür angefallenen Kosten auf die Netzverbraucher zu verteilen. Soweit sich im Rahmen dieses Ausgleichs durch gerichtliche Entscheidungen Änderungen dadurch ergeben, dass nunmehr auch die Beklagte mit dem von ihr erzeugten Strom in den Belastungsausgleich einzubeziehen ist, bewirkt dies lediglich eine andere Verteilung der von der Klägerin auszugleichenden Beträge. Die Menge des EEG-Stroms, dessen Abnahme und dessen Kosten zu verteilen sind, bleibt – in absoluter Menge – unverändert.

6. Wie die Lieferung der abzunehmenden Strommengen zu erfolgen hat, ist ebenfalls durch den gerichtlichen Teilvergleich der Parteien geregelt. Bezüglich der Feststellung hat die Beklagte ihr Rechtsmittel im Hinblick auf die zwischen den Parteien außergerichtlich getroffene Regelung zurückgenommen.

III. [...] Die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Revision zuzulassen ist (§ 543 Abs. 2 ZPO), sind gegeben: Die hier zwischen den Parteien streitige Frage ist [...] für eine große Anzahl von Arealnetzen von Bedeutung.

## 5. Zur Abgrenzung von Tarif- und Sondervertragskunden; zur Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel in einem Erdgassonderkundenvertrag

*BGB §§ 307; 315; EnWG § 10; AVBGasV § 4*

**1. Ein Sonderkundenvertrag liegt vor, wenn der Kunde entweder zu einem gegenüber dem Allgemeinen Tarif günstigeren Preis oder zu Bedingungen beliefert wird, die von denen der AVBGasV abweichen. Nicht entscheidend für die Einordnung eines Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunde ist die vom Versorgungsunternehmen gewählte Bezeichnung.**

**2. Zur Unwirksamkeit einer formularmäßigen Preisanpassungsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erdgassonderkundenvertrags.**

*(Leitsätze der Redaktion)*

*OLG Frankfurt a. M., U. v. 05.05.2009 - 11 U 61/07 (Kart)*

### Zum Sachverhalt:

Die Kläger beziehen Gas von der Beklagten zu unterschiedlichen Tarifen. Im ersten Rechtszug war unstrittig, dass die Kläger Tarifkunden seien. Die Beklagte hat ihre Preise zum 01.11.2005 angehoben.

Die Kläger haben der Preiserhöhung widersprochen. Die Kläger haben beantragt festzustellen, dass der durch die Beklagte seit 01.11.2005 verlangte Gesamtbezugspreis unbillig und damit unwirksam ist. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Kläger. In der Berufungsinstanz habe die Kläger erstmals behauptet, sie seien nicht Tarif-, sondern Sondervertragskunden der Beklagten. Dies ergebe sich aus einer – erst jetzt aufgefundenen – Korrespondenz eines der Kläger mit der Beklagten aus dem Jahr 1990, aus welcher hervorgehe, dass die Beklagte im Wege der Änderungskündigung eine neue Preisanpassungsklausel eingeführt habe. Diese lautet:

„X wird den Erdgaspreis unter Berücksichtigung der Kostenentwicklung für die Bereitstellung von Erdgas und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Haushaltswärmemarkt in der Regel zum 1. April und 1. Oktober eines Jahres festsetzen. Preisänderungen zu anderen Terminen bleiben vorbehalten. Preisänderungen werden in der Tagespresse des Versorgungsgebietes öffentlich bekannt gegeben.“

Diese auch heute noch verwendete Klausel verstoße gegen das Transparenzgebot und sei gemäß §§ 305, 307 BGB nichtig. Mit ihrem Hilfsantrag begehren die Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Preisleitklausel.

### Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung ist in der Sache nach dem Hilfsantrag begründet.

[...]

2.) Die Klage ist mit dem Hilfsantrag im Wesentlichen begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.

a) Die Kläger sind nicht Tarifkunden, sondern Sondervertragskunden der Beklagten. Sie beziehen unstrittig Gas zu Sondervertragspreisen und zu den Bedingungen der Beklagten für die Erdgaslieferung nach Sondervertrag. Zwar ist für die Einordnung eines Kunden als Tarif- oder Sondervertragskunde letztlich nicht die gewählte Bezeichnung entscheidend. Die Kläger werden deshalb nicht schon dadurch zu Sondervertragskunden, dass die Beklagte sie zu „Sondervertragspreisen“ beliefert (OLG Frankfurt, Urteil v. 29.05.2008 – Az.: 15 U 47/07; LG Chemnitz, Urteil v. 6.5.2008, Az.: 1 O 2620/05). Der Beklagten ist auch einzuräumen, dass nicht jeder gegenüber dem allgemeinen Tarif günstigere Preis zur Einordnung des betreffenden Vertrags als Sondervertrag führt. Vielmehr sind auch im Rahmen des allgemeinen Tarifs Staffelpreise vorstellbar. Hier liegt der Fall jedoch anders.

Nach § 1 Abs. 2 AVBGasV war Tarifkunde, wer gem. § 6 Abs. 1 EnWG Gas auf der Grundlage der Allgemeinen Versorgungsbedingungen bezog. Die Verordnung regelte unmittelbar und zwingend die Versorgungsbedingungen der Tarifabnehmer.