

EINGEGANGEN

09. Nov. 2009

RAe Meisterernst,  
Düsing u. Manstetter

140186012

13 O 179/08 Kart.



Verkündet am 20.08.2009

Kahlau, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

## LANDGERICHT DORTMUND

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

Prozessbevollmächtigter:

Klägerin,

gegen

Beklagten,

Prozessbevollmächtigte:

hat die II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund als Kartellgericht auf die mündliche Verhandlung vom 20. August 2009 durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht **Bons-Künsebeck**, den Handelsrichter Köster und den Handelsrichter Mainz

für **R e c h t** erkannt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung des Beklagten abzuwenden gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des zu vollstreckenden Betrages, wenn nicht zuvor der Beklagte Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

### Tatbestand:

Die Klägerin belieferte den Beklagten seit Jahren mit Gas und Strom. Auf welcher Vertragsgrundlage dies geschah, ist streitig.

Der Beklagte bezahlte Abschlags- und Jahresrechnungen der Klägerin zunächst ohne Beanstandungen.

Zum 01.10.2005 erhöhte die Klägerin ihre Gaspreise und veröffentlichte dies. Der Beklagte widersprach dem mit Schreiben vom 17.12.2004 unter Hinweis auf § 315 BGB. Er verlangte Nachweis der Erforderlichkeit und Angemessenheit der Preiserhöhungen durch Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen. Er widerrief die erteilte Einzugsermächtigung und kündigte Zahlung nur in Höhe der bisherigen Preise an. Mit Schreiben vom 29.05.2005 teilte er der Klägerin mit, dass er seinen Widerspruch aufrechterhalte und den bisherigen Gaspreis und einen Zuschlag von 2 % akzeptiere. Zum Inhalt der Schreiben wird auf Blatt 25 und 27 f d.A. Bezug genommen.

Die Klägerin erstellte Jahresrechnung vom 22.06.2005 für die Lieferung von Strom und Gas in der Zeit vom 12.06.04 bis 24.05.05 über restlich 139,25 €. Der Beklagte zahlte hierauf entsprechend seiner Ankündigung, so dass ein Restbetrag für Gas von 98,63 € verblieb.

Die Klägerin erhöhte ihre Preise weiterhin zum 01.10.2005, 01.01.2006, 01.10.2006 und 01.03.2007 und machte dies jeweils öffentlich bekannt. Sie erstellte Jahresrechnungen vom 23.06.2006, 22.06.2007 und 23.06.2008, auf die der Beklagte weiterhin nur Teilbeträge zahlte.

Die Klägerin verlangt mit der im Dezember 2008 eingegangenen Klage die vollständige Bezahlung der vorgenannten Rechnungen.

Die Klägerin behauptet, sie beliefe den Beklagten als Tarifkunden, dies ab dem 01.03.2007 auf der Grundlage eines Tarifvertrages mit dem Grundversorgungstarif Heizgas- und Vollversorgungstarif II. Es handle sich dabei um den in der Grundversorgung günstigsten Tarif, bei dem der höhere Grundpreis durch den in Abhängigkeit von der Verbrauchsmenge niedrigeren Arbeitspreis kompensiert werde. Entgegen der auf überholter Rechtsprechung zur Stromversorgung basierenden Auffassung des Beklagten sei es nicht erforderlich, das angerufene Gericht durch Vortrag in die Lage zu versetzen, die Preisgestaltung nachzuvollziehen. Ausreichend sei vielmehr die Darlegung einer Bezugskostensteigerung in absoluten Zahlen, die vorliege. Die Preiserhöhungen seien auch ausschließlich durch die Erhöhung der Beschaffungskosten veranlasst worden. Ihr Gas-einkaufspreis sei für den Referenzzeitraum 01.01.2004 bis zum 01.10.2006 um insgesamt 1,843 Cent/kWh gestiegen. Die Anhebung der Gaspreise in ihren Endkundensegmenten für den Referenzzeitraum 01.01.2004 bis 01.10.2005 betrage insgesamt 1,660 Cent/kWh und liege damit unter der Erhöhung der Bezugskosten. Die übrigen Kosten hätten sich nicht so wesentlich verändert, dass sie Auswirkungen auf die Preisfestsetzung gehabt hätten. Es zeige sich ein Rückgang um 239.011,00 € in 2007 gegen 2006. Dieser Betrag sei bei der nach der Feststellung des Jahresabschlusses 2007 vorgenommenen Kalkulation der Preisänderung in 2008 berücksichtigt worden und habe zu keinem zusätzlichen Gewinn geführt.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, dass die Preisänderungen seit dem 01.03.2007 durch die Gegenseite durch konkludentes Verhalten akzeptiert worden seien. Da es seit Februar 2007 in ihrem Netzgebiet weitere Gasanbieter für die Belieferung von Haushaltskunden mit Erdgas gebe, sei die

Entnahme der Energie trotz bestehender unentgeltlicher Wechselmöglichkeiten als konkludente Annahme des Angebots auf Änderung des Preises zu sehen.

Die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 1.533,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hält ein Preiserhöhungsrecht der Klägerin nicht für gegeben. Der von der Klägerin angebotene Sondervertrag für Haushalte sei ein Sondervertrag außerhalb der Gasgrundversorgung, sodass das gesetzliche Preisanpassungsrecht des § 5 Abs. 2 GasGVV nicht zur Anwendung komme. Ein Preisanpassungsrecht sei auch nicht vereinbart worden. Schriftlich sei ein Sondervertrag nicht geschlossen worden. Sollte gleichwohl eine Klausel mit dem Inhalt der §§ 4 AVGasV und 5 Abs. 2 GasGVV vereinbart worden sein, halte dies wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot einer AGB-rechtlichen Prüfung nicht stand. Es sei nicht zu erkennen, nach welchen Regeln eine Preisanpassung vollzogen werde. Etwasige Forderungen der Klägerin seien zudem nicht fällig auf Grund der erhobenen Unbilligkeitseinrede. Die Klägerin habe die Billigkeit der Preissteigerung in geeigneter Form darzulegen und dabei die für die Kalkulation der Erhöhung maßgeblichen Faktoren, nämlich die Veränderungen bei den Netzentgelten, den Finanzierungskosten und den Sach- und Personalkosten, Vertriebskosten und Veränderungen des Gewinns durch die Preiserhöhungen darzutun. Der pauschale Hinweis auf Preisveränderun-

gen über die letzten Jahre und künftig zu erwartende Erhöhungen reiche nicht aus. Es fehle zudem jedweder Vortrag zur Bemühung, marktgerecht einzukaufen. Der Umstand, dass die Klägerin mit ihrer Vorlieferantin geschwisterlich als Kommanditistin verbunden ist, vermöge ihre sich aus §§ 1, 2 EnWG ergebende Pflicht zur günstigen Versorgung nicht zu beseitigen. Das vorgelegte WP-Testat sei ohne Aussagekraft, da es überhaupt nichts zur betrieblichen Situation der Klägerin aussage. Die Auffassung der Wirtschaftsprüfer, die klägerischen Gasverkaufspreise seien aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht unbillig, sei unerheblich. Die behauptete bloße Weitergabe der Erhöhung von Bezugskosten sei schon nicht dargelegt. Die Klägerin habe auch nicht dargelegt, dass eine Bezugskostensteigerung durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen nicht ausgeglichen worden sei. Die Behauptung der Klägerin, Preiserhöhungen des Vorlieferanten nicht vollständig weitergegeben zu haben, indiziere vielmehr, dass die Klägerin einen breiten Spielraum hatte, Preiserhöhungen wirtschaftlich durch Kostensenkung in anderen Bereichen auszugleichen.

Der Beklagte hält die Preiserhöhungen der Klägerin auch für kartellrechtswidrig wegen Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 GWB. Er behauptet, die Klägerin als marktbeherrschendes Unternehmen des lokalen Gasmarktes fordere Entgelte, die deutlich höher seien als die von vergleichbaren Versorgungsunternehmen.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe:

Die Klage ist unbegründet.

Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien um einen Tarfkundenvertrag oder einen Normsonderkundenvertrag handelt. Ein fälliger Zahlungsanspruch der Klägerin auf Zahlung restlichen Kaufpreises für die erbrachte Lieferung von Gas kommt in beiden Fällen nur in Betracht, wenn die Klägerin bei Ausübung eines gesetzlich normierten oder vertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrechtes die Bestimmung gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen getroffen hat. Dafür darlegungs- und beweisverpflichtet ist die Klägerin, da ihr ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB zukommt. Dies gilt auch für Preisänderungen ab dem 01.03.2007. Auch insoweit ist die Vorschrift des § 315 BGB anzuwenden. Eine konkludente Vereinbarung der geänderten Preise durch Entnahme der Energie in Kenntnis der Preisänderungen und trotz unentgeltlicher Wechselmöglichkeit liegt nicht vor. Angesichts der fortlaufend erfolgten Zahlungskürzungen des Beklagten ist die unveränderte Energieentnahme durch den Beklagten aus Sicht der Klägerin keineswegs als Annahme eines Angebots auf Änderung des Preises zu sehen. Eine andere Beurteilung ist auch nicht im Hinblick auf die Neuregelung des § 5 Abs. 3 GasGGV geboten. Die Regelung begründet für den Kunden das Recht, bei einseitiger Preiserhöhung den Vertrag zu kündigen. Eine Pflicht zur Kündigung ergibt sich für ihn hieraus nicht.

Die Klägerin hat nicht substantiiert dargetan, die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen getroffen zu haben. Zwar behauptet sie unter ausdrücklicher Anlehnung an die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 13.06.2007, VIII ZR 36/06 als ausschließlichen

Grund für die Preissteigerung einen nur teilweise weitergegebenen Anstieg von Beschaffungskosten und fehlende Kompensation durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen. Ihr Vortrag hierzu ist aber nicht ausreichend. Es fehlt, worauf der Beklagte zu Recht hingewiesen hat, schon am erforderlichem Sachvortrag zum Bestehen und zur Ausschöpfung von Kostensenkungspotentialen. Angesichts der sich aus §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 EnWG ergebenden Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens zu einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas ist es als unbillig anzusehen, wenn Kostensteigerungen weitergegeben werden, die auch unter Berücksichtigung eines unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden worden wären (BGH, Urteil vom 19.11.1968, VIII ZR 138/07, Rn 43). Die Kammer folgt dieser Auffassung uneingeschränkt. Für Unternehmen, die im Wettbewerb stehen, ergibt sich die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit zu kostensparendem Verhalten aus dem bestehenden Wettbewerbsdruck. Dies mag für Unternehmen, die wie die Klägerin nicht oder nur eingeschränkt sich den Anforderungen des Wettbewerbs stellen müssen, anders sein. Zumindest im Rahmen der Billigkeitsprüfung ist aber auch für solche Unternehmen die Pflicht zur Vermeidung von unnötigen Kosten zu postulieren. Dies gilt auch keineswegs nur im Hinblick auf die Kosten der Beschaffung. Auch im Hinblick auf die übrigen Kosten der Gassparte besteht die Verpflichtung zur Ausschöpfung von Kostensenkungspotentialen.

Die Klägerin hat hierzu nichts vorgetragen. Dies ist vom Beklagten ausdrücklich beanstandet worden. Eines richterlichen Hinweises auf die Notwendigkeit ergänzenden Vortrags bedurfte es angesichts dessen nicht. Ohne den Vortrag zu vermeidbaren Kosten kann weder die Billigkeit der klägerischen Leistungsbestimmung noch die gerichtliche Festsetzung ei-



ner billigen Leistungsbestimmung erfolgen. Ob auch der weitere Vortrag der Klägerin zur Beschaffungskostensteigerung unzureichend ist, kann angesichts dessen dahinstehen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Ziff. 11, 711 ZPO.

**Bons-Künsebeck**

**Köster**

**Mainz**