

Oberlandesgericht Nürnberg

INGEGANGEN AM 11. AUG. 2010

Az.: 1 U 2437/08
4 HKO 2218/07 LG Nürnberg-Fürth



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit


- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin Ahrens Cornelia, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg.

gegen

N-ERGIE AG, vertreten durch d. Vorstand Herbert Dombrowsky u.a., Am Plärrer 43, 90429 Nürnberg

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. Endress & Partner GbR, Prinzregentenufer 7, 90489 Nürnberg.

wegen **Gaspreiserhöhung**

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -1. Zivilsenat und Kartellsenat- durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Franke, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Quentin und den Richter am Oberlandesgericht Hilzinger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2010 folgendes

Endurteil

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 5.11.2008 wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, eine Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin bezieht von der Beklagten Erdgas. Sie ist der Auffassung, die Tarifgestaltung der Beklagten und die Preisänderungen zwischen dem 1. Oktober 2004 und 1. April 2007 seien unbillig. Deshalb verlangt sie einen Teil der seit Februar 2002 bezahlten Entgelte zurück und erstrebt hilfsweise die Festlegung einer billigen Tariffhöhe durch das Gericht.

Zur Darstellung des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand im Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 5.11.2008 (Bl. 196/203 d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage nach Vernehmung von Zeugen abgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

Die mit Schriftsatz vom 4.4.2008 vorgenommene Klageänderung sei sachdienlich, weil die Zulassung des neuen Streitstoffes einen weiteren Prozess vermeide.

Die Klage sei jedoch unbegründet. Maßgeblich für die Abrechnung gegenüber der Klägerin sei der Tarif IDEAL M. Die Klägerin habe das im Schreiben der Beklagten vom März 2002 enthaltene Angebot zur Änderung des Tarifs durch Unterlassen eines Widerspruchs und Fortführung des Vertragsverhältnisses konkludent angenommen. Der Beklagten stehe ein Preisbestimmungsrecht zu. Dabei könne offen bleiben, ob die Klägerin Tarifikunde im Sinne von § 1 Abs. 2 AVBGasV und ob diese Bestimmung unmittelbar anwendbar sei; jedenfalls sei § 4 AVBGasV als Allgemeine Geschäftsbedingung Gegenstand des Vertragsverhältnisses geworden. Dem Angebot vom März 2002 habe der vollständige Text der AVBGasV beigelegt; so dass durch die Annahme des Angebotes auch der Inhalt der AVBGasV Vertragsinhalt geworden sei. Die später geänderten Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten seien dagegen mangels Unterschriftsleistung der Klägerin nicht einbezogen worden. Eine mit § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV übereinstimmende Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei mit § 307 BGB vereinbar; die Bestimmung enthalte eine ausgewogene Regelung, was auch der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29.4.2008 anerkannt habe.

Eine unbillige Preisfestsetzung liege nicht vor. Nachdem die Klägerin erstmals am 23.12.2004 einer Preiserhöhung widersprochen habe, seien die vor dem 1.10.2004 liegenden Preiserhöhungen als vertraglich vereinbarte Preise einer Überprüfung nach § 315 BGB entzogen. Die Erhöhung der Gaspreise zum 1.9.2006 und die Senkung zum 1.1.2007 hätten allein auf der Entwicklung der Bezugspreise in der jeweiligen Zeit davor beruht. Den glaubwürdigen und durch weitere Unterlagen gestützten Aussagen der Zeugen [Name] und [Name] sei zu entnehmen, dass im Zeitraum Oktober 2004 bis August 2006 die Verkaufspreise jeweils unterhalb der Bezugspreise gelegen hätten; im Zeitraum September bis Dezember 2006 habe sich dieses Verhältnis umgedreht, weil die Beklagte bei sinkenden Preisen die vorherige Unterdeckung teilweise kompensiert habe. Danach habe die Beklagte die Preise gesenkt. Die sonstigen Preisbestandteile seien fast konstant geblieben. Die Kürzungen der Gasnetzentgelte der Beklagten durch die Bundesnetzagentur und die langfristige vertragliche Bindung der Beklagten an ihre Gaslieferanten beträfen die grundsätzliche Kalkulation der Beklagten, die nicht mehr der Überprüfung unterliege. Aus der Aussage des Zeugen [Name] ergebe sich, dass die Preissteigerungen auch nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen der Sparte Gasversorgung ausgeglichen worden seien; zur Weitergabe von Erlössteigerungen in anderen Bereichen sei die Beklagte nicht verpflichtet. Die gegebenen Anhaltspunkte seien aussagekräftig genug, um die Beweisfrage ohne die Sachkunde eines Sach-

verständigen zu beurteilen.

Gegen das am 14.11.2008 an ihre Prozessbevollmächtigte zugestellte Urteil hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 12.12.2008, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, Berufung eingelegt (Bl. 233/234 d.A.) und sie mit Schriftsatz vom 9.2.2009, bei Gericht eingegangen am gleichen Tag, nach Fristverlängerung (Bl. 239 d.A.) bis zum 10.2.2009 begründet (Bl. 246 d.A.).

Die Klägerin verfolgt ihre erstinstanzlichen Anträge weiter.

Sie rügt, dass eine Überführung des früheren Gastarifs der Klägerin in den Tarif IDEAL M nicht zustande gekommen sei, weil Schweigen keine rechtsgeschäftliche Erklärungswirkung habe. Es fehle das Einverständnis der Klägerin; die einseitige Zuleitung des Textes reiche dafür nicht aus.

Es bestehe kein wirksames Preisbestimmungsrecht der Beklagten. Die AVBGasV seien nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen einbezogen worden, weil es an der erforderlichen Zustimmung der Klägerin fehle. Der Tarif IDEAL M sei ein Sondertarif und bedürfe der ausdrücklichen Vereinbarung, zumal die Beklagte ihren Tarif IDEAL S als „allgemeinen Tarif“ bezeichne (Anl. B 5) und auch die Konzessionsabgabe dem bei Sondervertragskunden nach § 2 Abs. 3 KAV zulässigen Höchstsatz entspreche. Die Beklagte gehe außerdem in Schreiben gegenüber anderen Kunden davon aus, dass es einen Grundversorgungstarif gebe (Anl. BK 2). Die Klägerin bestreitet zudem, die AVBGasV erhalten zu haben.

Die Bestimmung des § 4 AVBGasV begründe kein Preisänderungsrecht des Versorgers, sondern setze es voraus. Die Bestimmung habe auch keine Leitbildfunktion für Sondervertragskunden, weil es gravierende Unterschiede zwischen Sondervertrags- und Grundversorgungskunden gebe; keinesfalls könne § 4 AVBGasV einen Ersatz für eine fehlende Preisgleitklausel darstellen.

Die Feststellungen des Landgerichts zur Berechtigung der Preiserhöhung seien unzutreffend. Auch der Anfangspreis beruhe auf einem Leistungsbestimmungsrecht des Versorgers, so dass der „Preissockel“ ebenfalls einer Überprüfung unterliegen müsse. Die Aussagen der Zeugen und : und die Berichte der Fa. Deloitte & Touche hätten keinen ausreichenden Beweiswert; das Landgericht habe daher weitere Beweismittel anfordern müssen. Die von der Beklagten vorgelegte Rohmargenberechnung sei schon deshalb ungeeignet, weil sie auf einem hy-

- I. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg / Fürth, IV. Handelskammer, Az.: HKO 2218/07 vom 05.11.2008 wird abgeändert.
- II. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 580,52 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- III. Es wird festgestellt, dass der Beklagten kein Recht zusteht, vom Kläger ein Entgelt für künftig zu lieferndes Erdgas zu verlangen, der einen Energiepreis von 2,6 Cent (netto) pro Kilowattstunde, sowie einen jährlichen Grundpreis von 152,60 € (netto) übersteigt.
- IV. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 303,34 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- V. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Hilfsweise beantragt sie:

- I. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 219,21 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- II. Es wird festgestellt, dass der Beklagten kein Recht zusteht, vom Kläger ein Entgelt für künftig zu lieferndes Erdgas zu verlangen, der einen Energiepreis von 3,15 Cent (netto) pro Kilowattstunde, sowie einen jährlichen Grundpreis von 152,60 € (netto) übersteigt.
- III. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 303,34 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2. Hilfsantrag

- I. Es wird festgestellt, dass der von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung „IDEAL M“ vor dem 01.10.2004 berechnete Preis unangemessen, unbillig und unwirksam ist.
- II. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung „Erdgas IDEAL M“ vorgenommene Erhöhung des Energiepreises zum 01.10.2004 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tarifierhöhung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tarifierhöhung gilt.
- III. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung „Erdgas IDEAL M“ vorgenommene Erhöhung des Energiepreises zum 01.09.2005 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tarifierhöhung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tarifierhöhung gilt.
- IV. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung „Erdgas IDEAL M“ vorgenommene Erhöhung des Energiepreises zum 01.09.2006 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tarifierhöhung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tarifierhöhung gilt.
- V. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in ihrem Tarif für die Gasversorgung „Erdgas IDEAL M“ vorgenommene Erhöhung des Energiepreises zum 01.01.2007 unangemessen, unbillig und unwirksam ist und, soweit eine Tarifierhöhung im Rahmen der Billigkeit möglich ist, statt dessen die vom Gericht zu ermittelnde billige Tarifierhöhung gilt.
- VI. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger außergerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 303,34 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 12.12.2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. Soweit die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz bestreite, dass dem Schreiben vom 12.3.2002 die AVBGasV beigelegt hätten, sei dies als neuer Sachvortrag unbeachtlich; die Klägerin habe in einem Schreiben vom 3.1.2005 selbst auf die AVBGasV Bezug genommen, müsse sie also erhalten haben. Zudem sei es ihr möglich gewesen, den Text der AVBGasV von der Internet-Seite der Beklagten abzurufen.

Die AVBGasV finde auch auf Verträge außerhalb der Grundversorgung Anwendung; jedenfalls sei sie wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Eine mit § 4 AVBGasV identische Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei mit §§ 307 ff. BGB vereinbar.

Das Landgericht habe den Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht verletzt; die Klägerin trage dafür keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Das Oberlandesgericht Nürnberg habe bereits in anderer Sache entschieden, dass die im Zeitraum 1.10.2004 bis 1.4.2007 vorgenommenen Preiserhöhungen der Beklagten nicht zu beanstanden seien. Das Bundeskartellamt habe ein Mißbrauchsverfahren gegen die Beklagte für den Zeitraum 2007/2008 ohne Auflagen eingestellt. Die Beklagte trägt vor, dass die von der Klägerin vorgelegten Schreiben sich auf die Verträge zwischen ihr und den Letztverbrauchern bezögen; in diesem Bereich sei eine vor der Einführung des Produktes IDEAL durch Preisgleitklauseln vorgenommene Bindung an den Ölpreis entfallen. Die Aussagen des vernommenen Zeugen beträfen dagegen die Gasbezugsverträge der Beklagten.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Prüfung möglicher Beschaffungsalternativen dürfe nicht zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht werden, weil die Beklagte diesen Gesichtspunkt nicht in den Prozess eingeführt habe.

Die Gaslieferung sei seit 1992 aufgrund eines branchenüblich auf gut 15 Jahre abgeschlossenen Vertrages mit der E.ON Ruhrgas AG erfolgt, den das Landeskartellbehörde nicht beanstandet habe. Nachdem das Bundeskartellamt im Jahr 2006 Bedenken gegen die Laufzeit derartiger Verträge geäußert habe, sei der Vertrag vorzeitig aufgehoben worden. Nach Vergleichsberechnungen seien dann für das Wirtschaftsjahr 2006/2007 und 2007/2008 jeweils einjährige Vereinbarungen abgeschlossen worden. Seit der beginnenden Öffnung des Marktes im Bereich der Vorlieferanten 2001/2002 und verstärkt seit dem Auftreten weiterer Gaslieferanten 2005 seien Vergleichsange-

bote eingeholt worden, wobei die Bewertung zugunsten des bestehenden Vertrages ausgefallen sei (Beweis: Zeugin _____; Zeuge _____). Zugleich seien in Verhandlungen mit E.ON Ruhrgas mehrere die Beklagte begünstigende Nachträge erreicht worden (Beweis: Schreiben vom 14.3.2001 und 30.4.2002). Ab 2005/2006 habe die Beklagte ihr Gas dann auch von dem weiteren Lieferanten WINGAS bezogen.

Die Beklagte trägt vor, dass den Abrechnungen bis 1.1.2008 ein Umrechnungsfaktor von 10,35 und ab 1.1.2008 von 11,13 zugrunde gelegt worden sei. Der Umrechnungsfaktor werde nach Arbeitsblatt G 685 des Gas- und Wasserfachs e.V. (Anl. B 20a) ermittelt und setze sich aus den Komponenten Brennwert und Zustandszahl zusammen. Der Brennwert gebe an, wie viel Energie frei werde, wenn ein Kubikmeter Erdgas verbrannt werde, und liege zwischen 8,4 und 13,1 kWh/cbm. Für Kunden mit jährlicher Abrechnung komme dabei ein veröffentlichter (Anl. B 21) Wert des Netzbetreibers von 11,06 kWh/cbm zur Anwendung, der nicht stärker als 1% vom tatsächlichen Jahresmittel des Brennwertes abweichen dürfe (5.3 G 685). Mit Hilfe der Zustandszahl werde das gemessene Verbrauchsvolumen in ein Normvolumen des Erdgases unter bestimmten Bedingungen umgerechnet; für das Stadtgebiet Nürnberg entspreche es 0,936. Das Produkt aus Brennwert und Zustandszahl betrage 10,35.

Der Brennwert sei bis 31.12.2006 vom Netzbereich der Beklagten ermittelt worden; seit 1.1.2007 erfolge die Ermittlung durch die N-Ergie Netzgesellschaft. Grundlage seien die Einspeisebrennwerte, die von dem Gaslieferanten – im fraglichen Zeitraum nur die E.ON Ruhrgas AG – an repräsentativen Stellen abgelesen und dem Netzbetreiber monatlich mitgeteilt wurden (Anl. B 23). Die Beklagte habe den nach 5.3 DVGW G 685 festgelegten Brennwert von 11,06 kWh/cbm übernommen und ihren Abrechnungen zugrunde gelegt. Abweichungen des tatsächlichen Mittelwertes zum festgesetzten Jahresmittelwert lägen innerhalb der zulässigen Toleranz.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen _____ und _____. Für die Ergebnisse der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung vom 6.4.2010 (Bl. 390/398 d.A.) und vom 6.7.2010 (Bl. 420/426 d.A.) verwiesen.

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg. Der Klägerin stehen die behaupteten Rückforderungsansprüche weder in der Gestalt des Hauptantrages noch in der Gestalt des ersten Hilfsantrages zu. Unbegründet ist auch der zweite Hilfsantrag. Die Klägerin ist seit 1.4.2002 Kundin der Beklagten im Tarif Erdgas IDEAL M; soweit eine Überprüfung der Preise und Preisänderungen der Beklagten nicht ausgeschlossen ist, entsprechen sie der Billigkeit (§ 315 BGB).

1. Die Änderung der Klageanträge im Schriftsatz vom 4.4.2008 ist eine nach § 264 Nr. 2 ZPO zulässige Klageänderung, weil durch die erweiterten Anträge aus dem gleichen Sachverhalt lediglich weitergehende rechtliche Folgen gezogen werden. Sie ist zudem sachdienlich, weil sie es über den ursprünglichen Antrag hinaus ermöglicht, den Streit der Parteien um die Wirksamkeit der beanstandeten Preiserhöhungen zu klären, und der Prozessstoff weiter für die Entscheidung von Bedeutung bleibt.

2. Der Klägerin stehen keine Rückforderungsansprüche aus den Jahren 2002 bis 2007 zu (§ 812 BGB), weil die geleisteten Zahlungen mit Rechtsgrund erfolgten.

a) Die Beklagte war jedenfalls seit 1.4.2002 zur einseitigen Änderung der Gaspreise berechtigt.

aa) Beide Parteien gehen davon aus, dass das Versorgungsverhältnis der Klägerin als Sonderkundenvertrag anzusehen ist. Der zwischen den Parteien bestehende Gasbezugsvertrag (Erdgassondertarif 704) ist nachträglich abgeändert worden, indem zum 1.4.2002 der Tarif IDEAL M und die AVBGasV als Vertragsgrundlage vereinbart wurden. Die Klägerin hat das im Schreiben der Beklagten vom März 2002 (Anl. B 5) enthaltene Angebot der Beklagten, den Vertrag in den neuen Tarif zu überführen, durch schlüssiges Verhalten angenommen. Dem Schreiben der Beklagten vom März 2002 ist der Wille zu entnehmen, die AVBGasV zum Inhalt des Vertragsverhältnisses zu machen, indem die Beklagte unter Verweis auf ihr Preisblatt und die AVBGasV erklärt: „Zu diesen Preisen und Bedingungen kommt ihr neues Vertragsverhältnis zustande und löst damit den bestehenden Vertrag zum 1. April 2002 ab.“ Es liegt kein bloßes Schweigen der Klägerin auf das Angebot vor. Die Klägerin hat in der Folgezeit nicht nur das Vertragsverhältnis fortgesetzt, sondern bis zu ihrem Widerspruchsschreiben vom 23.12.2004 die Jahresabrechnungen der Beklagten bezahlt, die jeweils als Gastarif ausdrücklich „IDEAL M“ auswiesen (Anl. K 12). Dieses Verhalten konnte aus Sicht der Beklagten nur so verstanden werden, dass die Klägerin mit der

Überführung ihres Vertrages in den neuen Tarif einverstanden war. Auf den Umstand, dass auch die Widerspruchsschreiben vom 23.12.2004 und 9.1.2006 (Anl. K 1, K 8) keinen Widerspruch gegen die Umstellung des Tarifs enthält, kommt es deshalb nicht mehr an.

bb) Die Klägerin hat in erster Instanz und in der Berufungsbegründung nicht bestritten, das Schreiben vom März 2002 erhalten zu haben (Bl. 80, 251/252 d.A.). Sie hat das an ihren verstorbenen Ehemann adressierte Schreiben der Beklagten vom 12.3.2002 und das dazugehörige Preisblatt vorgelegt (Anl. K 7, K 10) und den Erhalt des Schreibens ausdrücklich eingeräumt (Bl. 80/81 d.A.). Sie hat den Vortrag der Beklagten, diesem Schreiben seien das aktuelle Preisblatt zum 1.4.2002 und die AVBGasV beigelegt gewesen (Bl. 113/115d.A.), nicht bestritten, so dass er als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO). Soweit sich die Klägerin in erster Instanz darauf beruft, die AVBGasV seien nicht Vertragsbestandteil geworden, handelt es sich lediglich um eine Rechtsbehauptung. Das erstmals in der Berufungsinstanz mit Schriftsatz vom 9.2.2009 erfolgte Bestreiten der Klägerin, sie habe die AVBGasV nicht erhalten (Bl. 255 d.A.), ist daher nicht nur unglaubwürdig, sondern als neuer Sachvortrag in der Berufungsinstanz unbeachtlich; es hätte in der ersten Instanz im Rahmen der dort streitigen Frage, ob eine vertragliche Grundlage für ein Preisänderungsrecht der Beklagten bestehe, geltend gemacht werden können und müssen (§ 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO). Das verspätete Vorbringen ist weder entschuldigt noch ist der Vortrag der Klägerin insoweit unstrittig geworden. Die Beklagte hat sich vielmehr nochmals darauf berufen, dass die Klägerin die AVBGasV erhalten habe (Bl. 272/273 d.A.).

b) Vertragsgegenstand ist damit auch eine mit § 4 AVBGasV übereinstimmende Regelung geworden. § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGVV begründet ein Recht des Versorgungsunternehmens, die Preise einseitig im Rahmen der Billigkeit zu ändern (st. Rspr., z.B. BGH v. NJW 2009, 2667; BGH NJW 2007, 2540).

c) Eine mit § 4 AVBGasV übereinstimmende Vertragsbestimmung ist nicht wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam.

Eine Preisanpassungsklausel, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGVV unverändert in einen formularmäßigen Erdgassondervertrag übernimmt, also nicht zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Regelung des Preisänderungsrechts für den Grundversorger abweicht, stellt keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden

im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 oder 2 BGB dar (BGH NJW 2009, 2667; WM 2010, 1038).

Die Bestimmung des § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV verkörpert ebenso wie die Nachfolgevorschrift des § 5 Abs. 2 GasGVV eine Wertentscheidung, die der Verordnungsgeber hinsichtlich der Tarif- oder Grundversorgungskunden getroffen hat; sie enthält einen gewichtigen Hinweis auf das, was auch im Vertragsverhältnis mit Haushaltskunden außerhalb der Grundversorgung (§ 41 Abs. 1 EnWG) als angemessen zu betrachten ist. Denn nach § 310 Abs. 2 S. 1 BGB finden die §§ 308, 309 BGB keine Anwendung auf sogenannte Sonderkundenverträge der Elektrizitäts-, Gas-, Fernwärme- und Wasserversorgungsunternehmen, soweit die Versorgungsbedingungen nicht zum Nachteil der Kunden von Verordnungen über Allgemeine Bedingungen über die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser abweichen. Mit der Regelung des § 310 Abs. 2 S. 1 BGB hat der Gesetzgeber ebenso wie mit der Vorgängerbestimmung des § 23 Abs. 2 Nr. 2 AGBG das Ziel verfolgt, es den Versorgungsunternehmen freizustellen, ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Sonderabnehmern entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten; er war sich bei der Übernahme der Regelung in § 310 BGB bewusst, dass Sonderverträge zunehmend und in größerem Umfang auch mit Verbrauchern abgeschlossen werden. Dahinter steht der Gedanke, dass Sonderabnehmer, auch wenn sie Verbraucher sind, keines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifabnehmer. Das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Vorbehalt einer einseitigen Leistungsbestimmung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen erforderliche berechtigte Interesse des Verwenders ist bei Verträgen mit Normsonderkunden ebenso wie im Bereich der Grundversorgung zu bejahen. Den Versorgungsunternehmen soll nach dem Willen des Verordnungsgebers der AVBGasV und der GasGVV die Möglichkeit gegeben werden, Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit an die Kunden weiterzugeben, ohne die Verträge kündigen zu müssen. Insofern ist eine sachliche Gleichbehandlung der Haushaltssonderkunden mit den Grundversorgungskunden geboten.

Dass eine § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGVV nachgebildete vertragliche Preisanpassungsklausel nicht den Anforderungen genügt, die die höchstrichterliche Rechtsprechung in anderen Fällen an die tatbestandliche Konkretisierung von Anlass, Voraussetzungen und Umfang eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt, steht der unveränderten Übernahme der Bestimmungen in einen Sonderkundenvertrag unter dem Gesichtspunkt einer unangemessenen Benachteiligung des Sonderkunden (§ 307 Abs. 1 BGB) nicht entgegen. Nach dem Willen des

Gesetzgebers soll der Schutz der Sonderabnehmer nicht weitergehen als derjenige der Tarifabnehmer. Der Gesetzgeber hat deshalb mit der Regelung der Gasgrundversorgungsverordnung selbst den Maßstab gesetzt, nach dem zu beurteilen ist, ob Sonderkunden durch eine Preisanpassungsklausel im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt werden. Mit einer unveränderten Übernahme von § 4 AVBGasV/§5 GasGVV in das Sonderkundenverhältnis wird das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel erreicht, Sonderkunden nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als Tarifkunden (Grundversorgungskunden).

d) Der bis zur Preisänderung zum 1.10.2004 geltende Preis unterliegt nicht der Überprüfung nach § 315 BGB. Insoweit beruht der Preis nicht mehr auf einseitigen Festlegungen der Beklagten, sondern ist zum vereinbarten Preis geworden.

aa) Kommt zwischen dem Versorgungsunternehmen und dem Kunden - ob ausdrücklich oder konkludent gemäß § 2 Abs. 2 AVBGasV durch Entnahme von Gas aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens - ein Gaslieferungsvertrag zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen zustande, so ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der von dem Kunden zu zahlende Preis durch den zuvor von dem Gasversorgungsunternehmen gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 EnWG 1998/§ 36 Abs. 1 S. 1 EnWG 2005 veröffentlichten Tarif eindeutig bestimmt und als solcher mit dem Abschluss des Vertrags zwischen den Parteien vereinbart (z.B. BGH NJW 2007, 2540). Gleiches gilt, wenn der Kunde eine Jahresabrechnung des Versorgungsunternehmens auf der Grundlage einer gemäß § 10 Abs. 1 EnWG 1998, §4 Abs. 2 AVBGasV öffentlich bekannt gegebenen einseitigen Preiserhöhung akzeptiert hat, indem er weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden; in diesem Fall wird der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende, zuvor einseitig erhöhte Tarif zu dem zwischen den Parteien vereinbarten Preis (BGH NJW 2007, 2540). Er kann deshalb im Rahmen einer weiteren Preiserhöhung nicht mehr gemäß § 315 Abs. 3 BGB auf seine Billigkeit überprüft werden.

In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob die Klägerin als Grundversorgungs- oder als Sondervertragskundin anzusehen ist. Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen von Sonderkundenverträgen (OLG Frankfurt RdE 2010, 104); denn es handelt sich um eine Anwendung der allgemeinen Regeln über die Änderung von Verträgen durch konkludentes Verhalten.

Die Klägerin hat erstmals der Preiserhöhung zum 1.10.2004 widersprochen (Anl. K 1). Die Jah-

resrechnungen der Beklagten - zuletzt vom 17.11.2003 (Anl. K 12) - , die auf den bis 1.10.2004 geltenden Preisen und den bis dahin erfolgten Preiserhöhungen beruhten, hat sie nicht beanstandet und nach eigenem Vortrag voll bezahlt. Das Schreiben vom 23.12.2004 stellt eine Reaktion innerhalb angemessener Zeit auf die einen Monat zuvor erfolgte Abrechnung vom 15.11.2004 dar.

bb) Auch eine Überprüfung in entsprechender Anwendung von § 315 BGB kommt insoweit nicht in Betracht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes müssen Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden und sind einer Billigkeitskontrolle unterworfen. Auch wenn die Beklagte im Bereich der Stadt Nürnberg der marktbeherrschende Anbieter von leitungsgebundener Versorgung mit Gas und daher auf dem Gasversorgungsmarkt keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt ist, steht sie aber - wie alle Gasversorgungsunternehmen - auf dem Wärmemarkt in einem (Substitutions-)Wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Strom, Kohle und Fernwärme; es fehlt daher an einer Monopolstellung der Beklagten als Grundlage einer entsprechenden Anwendung des § 315 BGB (BGH NJW 2007, 2540). Eine umfassende gerichtliche Überprüfung der Tarife würde auch der gesetzgeberischen Entscheidung zuwiderlaufen, auf eine staatliche Prüfung und Genehmigung der Tarife zu verzichten und die Überprüfung der Entgelte den Kartellbehörden (§ 29 GWB) zuzuweisen (BGH NJW 2009, 502).

e) Auch Preissenkungen können Gegenstand einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB sein. Denn auch die Weitergabe gesunkener Kosten muß nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV in angemessenem Umfang und innerhalb angemessener Zeit erfolgen (BGH NJW 2008, 2172).

f) Die Preisänderungen der Klägerin im Zeitraum Oktober 2004 bis April 2007 entsprachen billigem Ermessen und waren daher wirksam.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht jedenfalls die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an die Tariffkunden im Grundsatz der Billigkeit, wenn und soweit der Anstieg nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGH NJW 2007, 1540; NJW 2009, 502). Durch Preiserhöhungen wegen gestiegener Bezugskosten nimmt das Gasversorgungsunternehmen sein berechtigtes Interesse wahr, Kostensteigerungen während

der Vertragslaufzeit an die Kunden weiterzugeben; eine auf eine Bezugskostenerhöhung gestützte Preiserhöhung kann allerdings unbillig sein, wenn und soweit der Anstieg durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGH, aaO).

Das Landgericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Erhöhungen der Gaspreise zum 1.10.2004, 1.9.2005 und 1.9.2006 sowie die Preissenkung zum 1.1.2007 allein auf der Entwicklung der Bezugspreise in der jeweiligen Zeit davor beruhten und die Bezugskostensteigerungen nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wurden. Diese Beweiswürdigung, die in der Berufung nur darauf überprüft werden kann, ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), ist zutreffend.

bb) Sowohl nach der von den Zeugen und [] erstellten Aufstellung der Beklagten (Anl. B 18a) als auch nach dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche vom 31.1.2007 (Anl. B 19) waren die Preiserhöhungen zum 1.10.2004, zum 1.9.2005 und zum 1.9.2006 durch Kostensteigerungen der Beklagten für den Gasbezug gerechtfertigt.

aaa) Der Zeuge [] vergleicht den unter Berücksichtigung der zu den jeweiligen Preisen eingekauften Mengen ermittelten Durchschnittseinkaufspreis der Beklagten für den Zeitraum von der Preiserhöhung zum 1.10.2004 bis zum 1.9.2005 mit dem in gleicher Weise ermittelten Durchschnittspreis für den Zeitraum vom 1.9.2005 bis zur nächsten Preiserhöhung zum 1.9.2006 und errechnet dabei eine Preissteigerung um 0,845 ct/KWh. Dieser Betrag ist höher als die **zum 1.9.2005** vorgenommene Preiserhöhung von 0,7 ct/KWh.

Beim Vergleich der folgenden Zeiträume 1.9.2005 bis 31.8.2006 (Preiserhöhung zum 1.9.2006) und 1.9.2006 bis 31.12.2006 (Preissenkung zum 1.1.2007) errechnet der Zeuge einen um 0,520 ct/KWh höheren Durchschnittspreis; die Preiserhöhung zum 1.9.2006 um 0,75 ct/KWh ergebe sich aber, weil die Beklagte im Umfang von 0,23 ct/KWh einen Teil des Verlustes von EUR weitergegeben habe, der deshalb eingetreten sei, weil die Preiserhöhung zum 1.9.2005 nicht den vollen Preisanstieg abgedeckt habe. Damit ist auch die Preiserhöhung **zum 1.9.2006** durch höhere Kosten gedeckt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 2009, 502) hat die Klägerin das Recht, ihre Gewinnspanne konstant zu halten. Die durch § 315 BGB angeordnete Überprüfung der Billigkeit einer einseitigen Preiserhöhung durch eine

Vertragspartei im laufenden Vertragsverhältnis dient - anders als die hier ausgeschlossene Billigkeitskontrolle des Anfangspreises in entsprechender Anwendung von § 315 BGB - nicht dazu, die Kalkulation der zuvor mit der anderen Partei vereinbarten Preise daraufhin zu kontrollieren, welche Gewinnspanne darin enthalten ist und ob diese billigem Ermessen entspricht. Die Billigkeitskontrolle einer Preiserhöhung darf nicht dazu benutzt werden, in das bisher bestehende Preisgefüge einzugreifen. Die Preisanpassung muss das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren, das heißt, der Lieferant darf sie nicht vornehmen, um einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen; sie widerspricht aber nicht schon deshalb billigem Ermessen, weil sie dazu dient, eine Minderung des Gewinns zu vermeiden (BGH NJW 2009, 502). Es ist ferner nicht zu beanstanden und für die Abnehmer letztlich vorteilhaft, wenn die Klägerin Kostensteigerungen nicht stets sofort in vollem Umfang weitergibt, sondern zunächst Preisstabilität bieten will.

Die Preiserhöhung zum 1.9.2006 ist auch dann gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, dass laut dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche zur Ermittlung der Rohmarge vom 31.1.2007 (Anl. B 19) ab dem 4.Quartal 2006 die Netznutzungskosten um 0,07 ct/kWh sanken. Für den Verlustausgleich, den der Zeuge mit 0,357 ct/KWh errechnet, verbleiben dann 0,277 ct/KWh. Zusammen mit der Bezugspreissteigerung von 0,520 ct/KWh ergibt sich ein Betrag von 0,797 ct/KWh, der die Preiserhöhung abdeckt.

Die Preissenkung **zum 1.1.2007** um 1,2 ct/KWh rechtfertigt sich nach der Berechnung des Zeugen ebenfalls durch einen Rückgang der Bezugskosten in entsprechendem Umfang, nämlich 0,116 ct/KWh, und einen absoluten Preisrückgang im Umfang von 0,1289 ct/KWh.

Der Preiserhöhung **zum 1.10.2004** um 0,25 ct/KWh stand nach den ergänzenden Berechnungen des Zeugen eine Bezugkostenerhöhung von 0,292 ct/kWh (Vergleich der durchschnittlichen Bezugskosten April bis September 2004 und Oktober 2004 bis August 2005) gegenüber.

bbb) Zum gleichen Ergebnis führt eine Betrachtung der absoluten Preisveränderungen.

Nach der Anlage B 18a sind die vom Zeuger anhand der Rechnungen und der Bezugs-

verträge ermittelten mittleren Gasbezugspreise von den beiden damaligen Lieferanten der Beklagten von Oktober 2004 bis August 2005 (**Preiserhöhung zum 1.9.2005**) absolut um 0,6527 ct/KWh (von 1,8877 auf 2,5404 ct/KWh), von August 2005 bis August 2006 (**Preiserhöhung zum 1.9.2006**) absolut um 0,77 ct/kWh gestiegen (von 2,5404 auf 3,3162 ct/kWh). Zwar sanken laut dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche zur Ermittlung der Rohmarge vom 31.1.2007 (Anl. B 19) ab dem 4.Quartal 2006 die Netznutzungskosten um 0,07 ct/kWh, so dass zum 1.9.2006 noch 0,7 ct/kWh verbleiben. Andererseits stand eine weitere Bezugspreiserhöhung jedenfalls im Vertrag mit der E.ON Ruhrgas AG wegen des Anpassungstermins zum 1.10.2006 bevor (Anl. K 18); im 4.Quartal 2006 stiegen die Bezugspreise dann auch nochmals an. Diese voraussehbare Entwicklung durfte die Beklagte bei der Bemessung der Preiserhöhung ebenso berücksichtigen wie die anstehende Senkung der Netznutzungskosten. Bestätigt werden diese Angaben durch das Schreiben der E.ON Ruhrgas AG vom 15.8.2008 (Anl. K 18), das für den Zeitraum vom vierten Quartal 2005 bis zum vierten Quartal 2006 eine fast identische Bezugspreissteigerung von 0,795 ct/KWh ausweist.

ccc) Aus dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche (Anl. B 19) ergibt sich zwischen dem 4.Quartal 2005 (nach der Preiserhöhung zum 1.9.2005) und dem 4.Quartal 2006 (nach der Preiserhöhung zum 1.9.2006) eine Steigerung der Preise für den Gasbezug von 0,97 ct/kWh (von 2,46 auf 3,43 ct/kWh), wovon im 4. Quartal 2006 unter zusätzlicher Berücksichtigung der gesunkenen Kosten für Netznutzung (von 1,48 auf 1,41 ct/kWh) 0,9 ct/kWh verbleiben. Nach den Aussagen der Zeugen [Name] und [Name] lagen der Fa. Deloitte & Touche bei der Erstellung des Gutachtens vom 31.1.2007 - wie dort auch auf S. 3 angegeben - die Berechnungen des Zeugen [Name] die Rechnungen und die Gasbezugsverträge vor. Die vom Zeugen [Name] (0,845 ct/KWh) und die von der Fa. Deloitte & Touche ermittelten Beträge sind fast identisch. Die abweichenden Zahlenwerte bei den Bezugspreisen erklären sich daraus, dass nach den Angaben des Zeugen [Name] im Gutachten die in den Preisen der Anlage B 18a enthaltene Erdgassteuer getrennt ausgewiesen und in den Bezugspreisen des Gutachtens gemäß den Erläuterungen auf Seite 5 des Gutachtens auch der Leistungspreis enthalten ist.

Für den Zeitraum vom 4. Quartal 2004 (nach der Preiserhöhung zum 1.10.2004) bis zum 3.Quartal 2005 beträgt die Steigerung der Bezugspreise 0,6628 ct/kWh, nämlich 0,39 ct/kWh nach dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche vom 1. bis zum 3. Quartal 2005 und 0,2728 ct/kWh für das letzte Quartal 2004 nach der Aufstellung des Zeugen [Name]. Die in der Aufstellung des Zeugen [Name]

ausgewiesene Bezugspreiserhöhung vom vierten Quartal 2004 bis zum vierten Quartal 2005 beläuft sich fast übereinstimmend auf 0,6526 ct/KWh.

Im Zeitraum vom 1.9.2006 bis zum 1.1.2007 sind die Bezugspreise nach dem Gutachten um 0,12 ct/kWh zurückgegangen, was fast genau dem vom Zeugen _____ angegebenen Wert des absoluten Preisrückgangs von 0,1289 ct/KWh entspricht.

In diesem Rahmen ist auch die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung der Netznutzungsentgelte um 10,6% (Anl. K 14) berücksichtigt. Im Gutachten der Fa. Deloitte & Touche zur Ermittlung der Rohmarge der Beklagten vom 31.1.2007 (Anl. B 15) wird auf Seiten 3 und 5/6 ausgeführt, dass ab 9.10.2006 die genehmigten Netznutzungsentgelte zugrunde gelegt wurden, bis zu diesem Zeitpunkt in prognostizierter, noch nach der Verbändevereinbarung II berechneter Form; der 9.10.2006 ist der Zeitpunkt der Genehmigung und das Datum der vorgelegten Presseerklärung der Bundesnetzagentur (Anl. B 14). Dass bei der Beklagten trotz der Kürzung bis zum 8.10.2006 keine erheblichen Überzahlungen auf die Netznutzungsentgelte angefallen sind, ergibt sich aus dem Hinweis auf Seite 6 des Gutachtens, wonach die Kosten trotz der vorgenommenen Kürzungen näherungsweise auf gleicher Höhe gelegen hätten wie nach der Verbändevereinbarung, weil die vom Netzbetreiber zur Genehmigung beantragten Kosten höher gelegen hätten als die nach der Verbändevereinbarung angesetzten.

cc) Die Kostensteigerungen werden auch nicht durch Kostensenkungen in anderen Bereichen ausgeglichen. Der Zeuge _____ hat die Angaben der Beklagten zur Entwicklung der Kosten in den Jahren 2004 bis 2006 (Bl. 136 d.A.) als richtig bestätigt, wonach die Gesamtsumme aus Materialaufwand, Personalaufwand, Abschreibungen und sonstigen betrieblichen Aufwendungen sich 2004 auf _____ EUR, 2005 auf _____ EUR und 2006 auf _____ EUR belief; es handle sich dabei um aus den Jahresabschlüssen entnommene, geprüfte Zahlen. Danach waren zwar die Aufwendungen für Material und sonstige betriebliche Aufwendungen rückläufig; aufgrund höheren Personalaufwandes und höherer Abschreibungen blieben die Gesamtkosten aber mit geringen Schwankungen fast gleich. Der von der Klägerin vorgelegte und von der Beklagten nicht bestrittene Bericht der „Nürnberger Nachrichten“ vom 25.9.2008 (Anl. zu Bl. 183 d.A.), wonach die Beklagte im Jahr 2006 ein Restrukturierungsprogramm begonnen und innerhalb des Jahres 2007 100 Arbeitsplätze abgebaut hat, lässt nicht den Schluss zu, dass deshalb die Angaben des Zeugen zu den Personalkosten für das Jahr 2006 unzutreffend sein müssten. Eine Verringerung der

Personalausgaben ist dem Presseartikel und den Jahresberichten der Beklagten (Anl. K 34 bis K 37) erst für das Jahr 2007 zu entnehmen. Das korrespondiert mit der allgemeinen Erfahrung, dass Programme zum Personalabbau erst mit Verzögerung zu Kostensenkungen führen. Der Zeuge hat zwar keine Aufteilung der Kosten auf die verschiedenen Sparten der Beklagten vorgenommen, hat aber erklärt, dass die Aufwendungen für Personalaufwand identisch seien mit denjenigen für den Konzern. Diese Aussage wird durch die vorgelegten Jahresberichte der Beklagten (Anl. K 34 bis K 37) bestätigt. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich die Personalkosten im Bereich des Gasvertriebs abweichend von der allgemeinen Situation im Personalbereich bei der Beklagten entwickelten.

Bei der Preissenkung zum 1.1.2007 hat die Beklagte eingetretene Kostensenkungen angemessen an ihre Kunden weitergegeben. Die gemittelten Bezugspreise der Beklagten sind - wie ausgeführt - ausweislich der vom Zeugen [Name] gefertigten Aufstellung (Anl. B 18a) vom 1.9.2006 bis zum 1.1.2007 um 0,1289 ct/kWh, nach dem Gutachten der Fa. Deloitte & Touche, das auch den Leistungspreis berücksichtigt, um 0,12 ct/kWh zurückgegangen. Für das Jahr 2007 sind außerdem die Personalkosten der Beklagten deutlich um [Betrag] EUR gesunken (Anl. K 37). Bei Verteilung dieses Betrages auf die abgegebene [Menge] kWh ergibt sich ein Betrag von 0,13 ct/kWh. Zugleich mit dem Arbeitspreis hat die Beklagte zum 1.1.2007 aber auch den Grundpreis um 0,02 ct/kWh gesenkt. Ihr ist insoweit ein unternehmerischer Ermessensspielraum zuzubilligen, den sie nicht überschritten hat.

dd) Die Aussagen der Zeugen sind für die Entscheidung zugrunde zu legen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Der Senat hat keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der Richtigkeit ihrer Angaben. Auch die Klägerin erhebt keine Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen.

Die Beklagte war nicht verpflichtet, über die erfolgten Darlegungen zur Änderung ihrer Bezugspreise hinaus weitere Einzelheiten ihrer Preiskalkulation offenzulegen. Denn sowohl die Entwicklung der absoluten Bezugspreise wie auch der Vergleich zwischen den durchschnittlichen Preisen im Zeitraum vor und nach einer Preiserhöhung erlauben einen nachvollziehbaren Schluss auf die Kostenentwicklung bei der Beklagten. Sie sind als Tatsachengrundlage zudem aussagekräftig genug, um eine Beurteilung ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen zu ermöglichen.

ee) Die Richtigkeit dieser durch nachvollziehbare Zahlen belegten Erwägungen wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Beklagte seit 2005 deutliche Steigerungen des abgeführten Gewinns und des Jahresüberschusses verzeichnet (Anl. K 35 bis K 37). Diese Werte betreffen den gesamten Tätigkeitsbereich der Beklagten; er geht weit über die Lieferung von Gas hinaus und umfasst auch die Lieferung von Fernwärme, Strom und Wasser. Die Werte tragen deshalb nicht den Schluss, dass die Beklagte durch die Gaspreiserhöhungen entgegen ihren Angaben zusätzlichen Gewinn erzielt hat.

Inwieweit mit den Gewinnen der Beklagten andere Teile des Konzerns quersubventioniert werden, ist unerheblich (BGH NJW 2009, 502). Die Frage, ob zunehmend Gewinne der Beklagten abgeführt und zum Ausgleich von Verlusten der städtischen Verkehrsbetriebe eingesetzt werden, betrifft die Gewinnverwendung durch die Beklagte. Für die Billigkeit der Preiserhöhung kommt es lediglich darauf an, ob sie durch entsprechende Kostensteigerungen gerechtfertigt ist. Nachdem dies der Fall ist und die Gewinne der Beklagten aus dem Gasabsatz nicht gestiegen sind, besteht insoweit kein Anspruch auf Überprüfung des Verhaltens der Beklagten.

Ebenso kann aus der Entwicklung der Gasimportpreise und deren Abstand zu den Endkundenpreisen nicht geschlossen werden, dass die Tarife der Beklagten überhöht sein müssten. Dabei bleibt nämlich außer Betracht, dass zwischen dem Gasimport und dem Verkauf des Gases an die Beklagte mit dem Importeur noch mindestens ein weiteres Unternehmen - möglicherweise auch mehrere - preisrelevant tätig sind.

Auf die Frage, in welchem Umfang die Beklagte Konzessionsabgabe im Tarif der Klägerin berücksichtigt hat, kommt es nicht an, weil es sich dabei um eine Frage handelt, die den nicht mehr überprüfbaren Preissockel betrifft.

ff) Die Kostensteigerungen der Beklagten sind auch nicht deshalb nur teilweise zu berücksichtigen, weil sie auf einer Bindung der Gasbezugspreise an die Ölpreise beruhen und die Beklagte sich nicht ausreichend um günstigere Bezugsalternativen - sei es durch Verhandlungen mit den jeweiligen Lieferanten, sei es durch einen Wechsel des Lieferanten - bemüht hätte.

Die Klägerin ist mit diesem Sachvortrag nicht ausgeschlossen. Sie hat in der Berufungsbegründung vom 9.2.2009 unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom

19.11.2008 behauptet, die Beklagte akzeptiere jede Preiserhöhung seitens ihrer Vorlieferanten, indem sie sich durch langfristige Bezugsverträge an die E.ON Ruhrgas AG binde und in den Verträgen mit den beiden anderen Lieferanten nicht offen gelegte Preisgleitklauseln vereinbart habe (Bl. 264/265 d.A.). Darin liegt der der Beklagten mögliche Sachvortrag zum Außerachtlassen möglicher Lieferalternativen durch die Klägerin. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 19.11.2008 konnte die Beklagte in der ersten Instanz nicht berücksichtigen, weil sie erst nach dem erstinstanzlichen Urteil ergangen ist.

Die in den Gasbezugsverträgen der Beklagten enthaltene Bindung des Gaspreises an den Ölpreis unterliegt nicht der Kontrolle nach § 315 BGB (BGH NJW 2007, 2540; NJW 2009, 502). Die nur für das Vertragsverhältnis zwischen der die Leistung bestimmenden und der dieser Bestimmung unterworfenen Partei geltende Regelung des § 315 BGB kann nicht herangezogen werden, um auch die auf einer vorgelagerten Stufe der Lieferkette vereinbarten Preise einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen; auch eine etwaige Kartellrechtswidrigkeit der Bindung des Bezugspreises der Beklagten an den Preis für leichtes Heizöl (Anlegbarkeitsprinzip) würde daran nichts ändern (BGH, aaO).

Das schließt allerdings nicht aus, dass jedenfalls die Weitergabe solcher Kostensteigerungen im Verhältnis zum Abnehmer als unbillig anzusehen ist, die der Versorger auch unter Berücksichtigung des ihm zuzubilligenden unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte. Das Recht zur Preiserhöhung nach § 4 AVBGasV kann angesichts der sich aus § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 EnWG ergebenden Verpflichtung des Energieversorgungsunternehmens zu einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas nicht dazu dienen, dass es zu beliebigen Preisen einkauft, ohne günstigere Beschaffungsalternativen zu prüfen, und im Verhältnis zu seinem Vorlieferanten Preisanpassungsklauseln und -steigerungen akzeptiert, die über das hinausgehen, was zur Anpassung an den Markt und die Marktentwicklung im Vorlieferantenverhältnis erforderlich ist (BGH NJW 2009, 502).

Das Bestehen einer Bindung der Bezugspreise an die Entwicklung der Preise für leichtes und schweres Heizöl in den Verträgen der Beklagten mit ihren Gaslieferanten geht aus den Schreiben der E.ON Ruhrgas AG vom 21.12.2005 (Anl. B 9) und vom 15.8.2006 (Anl. B 18) hervor und wur-

de vom Zeugen bestätigt. Den von der Klägerin vorgelegten Schreiben der Beklagten vom 25.3.2002 (Anl. BK 7), vom 2.2.2005 (Anl. zu Bl. 311 d.A.) und vom 11.10.2004 (Anl. zu Bl. 361/362 d.A.) ist nichts anderes zu entnehmen. Die Beklagte führt darin aus, dass die Preise ihrer IDEAL-Tarife nicht an die Ölnotierungen gekoppelt seien. Diese Aussage bezieht sich aber darauf, dass vor dem 1.4.2002 die Entwicklung der Arbeitspreise in den Verträgen der Beklagten mit den Endkunden an den Ölpreis gebunden war (2.2 der Bedingungen des Erdgassondertarifs 704, Anl. B 14 a). Das wird deutlich, wenn es im Schreiben vom 2.2.2005 heißt, dass die Preise der Produktfamilie IDEAL nicht direkt an die Ölnotierung gekoppelt seien, dass die Beklagte aber bei der Preiskalkulation ihre Gasbezugskosten beachten müsse, die derzeit noch an die Ölpreise gebunden seien.

Aus der von der Klägerin auszugsweise vorgelegten Bundestags-Drucksache 15/1510 (Anl. K 25) ergibt sich, dass die Bindung der Gaspreise an die Ölpreise auf allen Handelsstufen üblich ist (S. 23); das bestreitet die Klägerin auch nicht. Die Zeugin und der Zeuge haben bestätigt, dass auch in den Angeboten anderer Lieferanten im fraglichen Zeitraum jedenfalls weit überwiegend eine Bindung des Arbeitspreises an den Erdölpreis enthalten war. Wenn sich die Beklagte aber der Ölpreisbindung nicht entziehen konnte, weil es sich dabei um eine internationale Branchenvereinbarung handelt, die sowohl in den Importverträgen zwischen den Erdgasproduzenten und den deutschen Importeuren als auch in den Lieferverträgen zwischen den Importeuren und den regionalen Gasversorgern wie der Beklagten enthalten ist und auf die ein regionales Gasversorgungsunternehmen wegen geringer Nachfragemacht wenig Einfluss nehmen kann, scheidet die Möglichkeit eines Gasbezugs ohne eine solche Preisbindung als günstigere Beschaffungsalternative aus.

Der Beklagten kann auch nicht entgegengehalten werden, sie habe die Möglichkeit zum Gasbezug bei anderen Anbietern nicht genutzt oder unnötige Preiserhöhungen ihrer Lieferanten hingenommen.

Die Zeugin und der Zeuge - beide im fraglichen Zeitraum im Bereich Beschaffung und Vertragsmanagement der Beklagten tätig - haben geschildert, dass die Beklagte ab 2001 und zunehmend ab 2004/2005 Angebote anderer Lieferanten eingeholt und diese mit dem bestehenden Vertrag mit der E.ON Ruhrgas AG verglichen habe. Das Angebot des Konkurrenten WINGAS im Jahr 2001 habe sich aber als nicht ausreichend belastbar für die zuverlässige Lieferung der von der Beklagten benötigten Mengen erwiesen und sei nicht günstiger als die Beliefe-

zung durch die E.ON Ruhrgas AG gewesen. Zudem sei die Beklagte in diesem Zeitpunkt noch an den Vertrag mit der E.ON Ruhrgas AG gebunden gewesen, der die Deckung des gesamten Bedarfs der Beklagten bei dieser Lieferantin vorsah. Nachdem der Vertrag mit der E.ON Ruhrgas AG zum 1.10.2006 wegen rechtlicher Bedenken des Bundeskartellamtes gegen die Zulässigkeit langfristiger Vollversorgungsverträge vorzeitig beendet worden sei, habe sie sich nach Bewertung der Angebote verschiedener Lieferanten entschlossen, weiterhin den Großteil ihres Bedarfs bei der E.ON Ruhrgas AG zu beziehen, aber auch andere Lieferanten in Anspruch zu nehmen. Mit der E.ON Ruhrgas AG habe man zunächst zwei Verträge mit jeweils einjähriger Laufzeit, dann zweijährige Verträge geschlossen. Bereits zuvor habe sie die Ergebnisse der Verhandlungen mit Konkurrenten dazu genutzt, Nachtragsverhandlungen mit der E.ON Ruhrgas AG wegen günstigerer Bedingungen und Preise zu führen, womit sie auch Erfolg gehabt habe. Die Aussagen der beiden Zeugen sind glaubwürdig. Beide Zeugen waren im Zeitraum 2002 bis 2007 im Bereich der Energiebeschaffung bei der Beklagten tätig und sind damit sachkundig. Ihre Schilderungen waren überzeugend und sachlich, ohne dass sie dabei versucht hätten, die Beklagte - ihre Arbeitgeberin - zu begünstigen oder ihr eigenes Verhalten zu rechtfertigen. Somit war die Beklagte während des streitigen Zeitraums bemüht, andere Bezugsmöglichkeiten zu überprüfen und diese zumindest als Argument zu Nachverhandlungen mit ihrem damals einzigen Lieferanten einzusetzen. Sie hat die Möglichkeit genutzt, den bestehenden Alleinbelieferungsvertrag mit der E.ON Ruhrgas AG vorzeitig zu beenden, als sich eine rechtlich aussichtsreiche Möglichkeit dazu bot, und Lieferverträge auch mit anderen Lieferanten abzuschließen, so dass sie unabhängiger von der Preisgestaltung der einzelnen Lieferanten wurde.

Es kann dahinstehen, welche Preisänderungsklauseln die Beklagte mit ihren Vorlieferanten genau vereinbart hatte und ob diese wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam waren. Entscheidend ist allein, ob es als unbillig angesehen werden kann, dass die Beklagte die jeweiligen Preisänderungen hingenommen hat. Dass Preisgleitklauseln mit Anknüpfung an den Ölpreis branchenüblich waren, so dass die Beklagte sich dem nicht entziehen konnte, zeigen die drei Lieferverträge der Beklagten und ist von den Zeugen bestätigt worden. Die maßgebliche Rechtsprechung, die derartige Preisänderungsbestimmungen an § 307 BGB misst, ist erst nach dem hier streitigen Zeitraum ergangen. Die Entscheidung, auf die sich die Klägerin bezieht, stammt vom 24.3.2010; ihre Übertragbarkeit auf vorgelagerte Lieferantenverträge ist noch ungeklärt. Der Beklagten kann daher nicht entgegengehalten werden, eine branchenübliche und damals nur vereinzelt in Frage gestellte Regelung akzeptiert zu haben.

g) Die Beklagte hat den Gasverbrauch der Klägerin auch zutreffend abgerechnet. Insoweit stellt die Klägerin nur den in den Abrechnungen verwendeten Umrechnungsfaktor in Frage. Der Faktor dient der Umrechnung der in cbm bezogenen Gasmenge in einen Brennwert von kWh. Er ist von der Qualität des gelieferten Erdgases abhängig und deshalb kein Teil des nicht überprüfaren Grundpreises. Er ist auch in den vertraglichen Regelungen als solcher nicht vereinbart, sondern nur seine Ermittlung (Ziffer 1. des Preisblattes der Beklagten Stand 1.4.2002, Anl. B 5)

Nach dem insoweit unbestrittenen Vortrag der Beklagten wird der Umrechnungsfaktor nach Arbeitsblatt G 685 des Gas- und Wasserfachs e.V. (Anl. B 20a) ermittelt und setzt sich aus den Komponenten Brennwert und Zustandszahl zusammen. Der Brennwert gibt an, wie viel Energie frei würde, wenn ein Kubikmeter Erdgas verbrannt wird; er liegt zwischen 8,4 und 13,1 kWh/cbm. Für Kunden mit jährlicher Abrechnung kommt dabei ein veröffentlichter Wert des Netzbetreibers von 11,06 kWh/cbm zur Anwendung, der nicht stärker als 1% vom tatsächlichen Jahresmittel des Brennwertes abweichen darf (5.3 G 685). Mit Hilfe der Zustandszahl wird das gemessene Verbrauchsvolumen in ein Normvolumen des Erdgases unter bestimmten Bedingungen umgerechnet; für das Stadtgebiet Nürnberg entspricht es 0,936. Das Produkt aus Brennwert und Zustandszahl beträgt 10,35.

Zur Ermittlung des Brennwertes trägt die Beklagte vor, dieser sei bis 31.12.2006 vom Netzbereich der Beklagten ermittelt worden; seit 1.1.2007 erfolge die Ermittlung durch die N-Ergie Netzgesellschaft. Grundlage seien die Einspeisebrennwerte, die von dem Gaslieferanten – im fraglichen Zeitraum nur die E.ON Ruhrgas AG – an repräsentativen Stellen abgelesen und dem Netzbetreiber monatlich mitgeteilt wurden (Anl. B 23). Die Beklagte habe den nach 5.3 DVGW G 685 festgelegten Brennwert von 11,06 kWh/cbm übernommen und ihren Abrechnungen zugrunde gelegt. Abweichungen des tatsächlichen Mittelwertes zum festgesetzten Jahresmittelwert lägen innerhalb der zulässigen Toleranz.

Das von der Beklagten geschilderte Verfahren zur Ermittlung des Umrechnungsfaktors als Produkt aus dem Brennwert des gelieferten Gases und einer Zustandszahl, mit der das gemessene Gasvolumen in ein Normvolumen unter bestimmten einheitlichen Bedingungen umgerechnet wird, folgt dem Arbeitsblatt G 685 des Deutschen Vereins des Gas- und Wasserfaches e.V. (Anl.

B 20, B 20a), auf das im Preisblatt der Beklagten Bezug genommen wird (Anl. B 5); das ist zwischen den Parteien unstrittig. Ziffer 10.3 des Arbeitsblattes läßt die Messung und Übermittlung der Messergebnisse an den Einspeisepunkten durch den Vorlieferanten ausdrücklich zu. Aus den übermittelten Werten bildet „das GvU“ dann nach Ziffern 5.2, 5.3 den Abrechnungsbrennwert, wobei Ziffer 5.3 die Bildung des Jahresmittelwertes bei jährlicher Abrechnung ermöglicht. Bei jährlicher Abrechnung kann der Abrechnungsbrennwert „vom GvU“ festgesetzt werden. Der vorgelegte Text von Anl. B 20a ist Stand 1993; aus §20 Abs. 1 Nr. 4 GasNZV ist zu entnehmen, dass mit „GvU“ nunmehr der Netzbetreiber gemeint ist. Das ist auch sinnvoll, denn die Brennwerte müssen für alle Netznutzer gelten.

Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass der den Abrechnungen der Beklagten zugrunde gelegte Umrechnungsfaktor zutreffend ist. Die N-Energie Netz GmbH als Betreiberin des Gasnetzes hat den Abrechnungsbrennwert zulässigerweise nach Ziffer 5.3, 4. Abs. der G 685 für die Kunden mit Jahresabrechnung festgesetzt. Dass die zugrunde liegenden Zahlenwerte für den Brennwert des Gases zutreffend festgestellt wurden, hat die Vernehmung der Zeugin ergeben. Die Zeugin hat den Vortrag der Beklagten bestätigt, dass der Brennwert des transportierten Gases von der E.ON Gastransport AG als Betreiberin des vorgelagerten Netzes an fünf Meßpunkten mit Hilfe geeichter Messgeräte ermittelt und nach Bildung eines Mittelwertes der E-Nergie Netz GmbH mitgeteilt werde. Die Zeugin hat geschildert, dass bei der E-Nergie Netz GmbH sowohl eine Plausibilitätskontrolle der gelieferten Werte wie auch eine stichprobenweise Überprüfung der richtigen Übernahme stattfindet; auch von der E.ON Gastransport AG kämen gelegentlich Berichtigungen übermittelter Werte. Der Senat sieht die erkennbar von Sachkunde getragene Aussage der Zeugin als glaubwürdig an. Die Angaben der Zeugin zeigen, dass die Zahlenwerte für den Abrechnungsbrennwert zuverlässig festgestellt werden, so dass von ihrer Richtigkeit auszugehen ist. Neben der Ermittlung durch geeichte Messgeräte bestehen auch Kontrollmechanismen, die geeignet sind, eine zutreffende Übermittlung und Erfassung der Zahlenwerte sicherzustellen. Die Aussage der Zeugin belegt in Verbindung mit den von der Beklagten vorgelegten Tabellen zur Gasbeschaffenheit (Anl. B 23, B 24) auch, dass der festgelegte Abrechnungsbrennwert nicht um mehr als 1% von den tatsächlich bestimmten Werten abwich, wie es Ziffer 5.3, 4. Abs. des Arbeitsblattes G 685 zur Voraussetzung macht, um den festgelegten statt des tatsächlich gemessenen Brennwertes verwenden zu können.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Klage auch mit den beiden Hilfsanträgen unbegründet ist. Auch für den ersten Hilfsantrag gilt, dass die Klägerin mit Rechtsgrund

gezahlt hat, weil die jeweiligen Preisänderungen wirksam waren. Aus dem gleichen Grund kommt die mit dem zweiten Hilfsantrag erstrebte Festsetzung der billigen Tarife oder Tarifierhöhungen durch das Gericht nicht in Betracht; eine gerichtliche Festsetzung nach § 315 Abs. 3 BGB setzt voraus, dass die streitige einseitige Leistungsbestimmung nicht der Billigkeit entspricht.

Der Klägerin steht auch kein Anspruch auf Ersatz von Anwaltskosten zu, weil eine Pflichtverletzung der Beklagten nicht vorliegt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

V.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Senat weicht nicht von Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes oder anderer Oberlandesgerichte ab. Die Entscheidung beruht auf der Umsetzung vorhandener Rechtsprechung auf den Einzelfall und wirft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

gez.

Dr. Franke
Präsident
des Oberlandesgerichts

Dr. Quentin
Richter
am Oberlandesgericht

Hilzinger
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 03.08.2010

gez:

Beyer Anja, JSekr'in

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit
der Urschrift

Nürnberg, 04.08.2010

Beyer Anja, JSekr'in

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle