

LANDGERICHT DUISBURG

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 S 76/06
31 C 295/05
AG Dinslaken

Verkündet am 21.04.2011

In dem Rechtsstreit

Kläger, Widerbeklagter, Wider-Widerkläger und Berufungskläger,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Simone Heyers, Lohe 10a, 25436 Uetersen,

g e g e n

Stadtwerke Dinslaken GmbH, Gerhard-Malina-Str. 1, 46537 Dinslaken,

Beklagte, Widerklägerin, Wider-Widerbeklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Hempel, Wittekindstraße 30, 44139 Dortmund,

hat die 5. Zivilkammer des Landgerichts Duisburg
auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2011
durch die Richter am Landgericht Ulrich und Dr. Ludwig
und die Richterin am Landgericht Bratz
für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Amtsgerichts Dinslaken vom
13.07.2006 unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung teilweise abgeändert
und hinsichtlich der Widerklage wie folgt gefasst:

Der Kläger wird auf die Widerklage verurteilt, an die Beklagte Zinsen in Höhe von fünf
Prozentpunkten über dem Basiszinssatz wie folgt zu zahlen:

- aus 864,05 Euro seit dem 15.02.2005 bis zum 21.02.2005,
- aus 2,08 Euro seit dem 22.02.2005 bis zum 14.02.2006,
- aus 2,08 Euro seit dem 08.04.2005 bis zum 14.02.2006,
- aus 2,08 Euro seit dem 02.06.2005 bis zum 14.02.2006,
- aus 2,08 Euro seit dem 02.08.2005 bis zum 14.02.2006,
- aus 2,08 Euro seit dem 02.10.2005 bis zum 14.02.2006,

- aus 2,08 Euro seit dem 12.12.2005 bis zum 14.02.2006,
- aus 406,00 Euro seit dem 02.04.2005 bis zum 07.04.2005,
- aus 406,00 Euro seit dem 01.12.2005 bis zum 11.12.2005,
- aus 374,98 Euro seit dem 15.02.2006 bis zum 24.02.2006,
- aus 424,00 Euro seit dem 15.02.2006 bis zum 24.02.2006,
- aus 424,00 Euro seit dem 04.04.2006 bis zum 10.04.2006.

Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Wider-Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz tragen die Parteien je zur Hälfte, mit Ausnahme der durch die Anrufung des Landgerichts Duisburg - Kammer für Handelssachen - entstandenen Kosten, die der Kläger allein trägt. Die Kosten des Rechtsstreits der zweiten Instanz tragen die Beklagte zu 37 Prozent und der Kläger zu 63 Prozent. Die Kosten des Rechtsstreits der dritten Instanz trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die vom Amtsgericht zugelassene Berufung ist nur zu einem geringen Teil begründet.

1.

Da der Kläger die Abweisung seiner - aufgrund der einseitigen Erledigungserklärung geänderten - Feststellungsklage nicht mit der Berufung angreift, ist in der Hauptsache - neben der erst in der zweiten Instanz erhobenen Wider-Widerklage - lediglich über die Widerklage zu entscheiden.

Im Streit ist hinsichtlich der Widerklage nach den übereinstimmenden Teilerledigungserklärungen der Parteien lediglich noch die Restforderung der Beklagten nach der Abrechnung des Jahresverbrauchs für das Jahr 2005 sowie die Zinsansprüche der Beklagten für die von ihr im Jahr 2005 sowie Anfang des Jahres 2006 geforderten Abschlagszahlungen.

Die Widerklage ist lediglich hinsichtlich der Zinsansprüche der Beklagten zu einem geringen Teil begründet.

Die Beklagte hatte gegen den Kläger nach ihrer Abrechnung des Jahresverbrauchs für Strom, Gas und Wasser für das Jahr 2005 einen Anspruch auf Zahlung eines Restbetrages in Höhe von 374,98 Euro. Dieser Anspruch ist mit unstreitiger Zahlung des Klägers in Höhe von 374,99 Euro am 24.02.2005 durch Erfüllung erloschen.

Während es hinsichtlich der Rechnungspositionen für Strom und Wasser bei den unstreitig vom Kläger geschuldeten Beträgen in Höhe von 858,19 Euro brutto und 346,01 Euro brutto verbleibt, errechnet sich für den Gasverbrauch des Klägers ein Betrag in Höhe von 1.594,30 Euro brutto. Denn als Arbeitspreis für das von ihr gelieferte Gas kann die Beklagte von dem Kläger lediglich einen Betrag in Höhe von 3,05 ct pro kWh netto verlangen, so dass der Kläger für die von ihm verbrauchten 39.751 kWh Gas (26.402 kWh zzgl. 13.349 kWh) 1.212,40 Euro netto zzgl. 162,00 Euro netto Grundpreis zzgl. 16 Prozent Umsatzsteuer; also 1.594,30 Euro brutto zu zahlen hat. Insgesamt kann die Beklagte mithin 2.798,50 Euro brutto für das Jahr 2005 beanspruchen, wovon die Abschlagszahlungen des Klägers in Höhe von 2.423,52 Euro brutto abzuziehen sind. Es ergibt sich damit der Restbetrag in Höhe von 374,98 Euro brutto.

2.

Die Beklagte kann von dem Kläger keinen höheren Arbeitspreis als 3,05 ct netto pro kWh verlangen.

Auf diesen Arbeitspreis haben sich die Parteien nach der letzten Preiserhöhung der Beklagten zum 10.01.2003 vor der von dem Kläger angegriffenen Preiserhöhung zum 01.01.2005 vertraglich geeinigt, wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 19.11.2008 im Einzelnen ausgeführt hat.

Die Beklagte hat diesen Arbeitspreis nicht wirksam einseitig zum 01.01.2005 erhöht.

Zwar hat die Beklagte gemäß § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV ein Recht zur einseitigen Preiserhöhung. Diese Preiserhöhung unterliegt indes der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB, da sich die Parteien aufgrund des Widerspruchs des Klägers im Folgenden nicht auf diese Preiserhöhung geeinigt haben.

Die Beklagte hat nicht hinreichend dargelegt, dass ihre Preiserhöhung von 3,05 ct pro kWh seit dem 10.01.2003 auf 3,56 ct pro kWh seit dem 01.01.2005 bzw. auf 4,01 ct pro kWh seit dem 01.10.2005 der Billigkeit entspricht.

a)

Die Beklagte hätte dazu darlegen müssen, dass sich ihre Bezugskosten seit der Preisvereinbarung zum 10.01.2003 um mindestens den Erhöhungsbetrag, also um mindestens 0,51 ct pro kWh bzw. - wenn der 01.10.2005 als Bezugspunkt genommen wird - um 0,96 ct pro kWh erhöht haben. Denn durch die Vereinbarung des Vertragspreises zum 10.01.2003 haben die Parteien ein Äquivalenzverhältnis vereinbart, das zum einen zukünftig nicht als unbillig in Frage gestellt werden kann, das zum anderen aber auch für die Beklagte dahingehend verbindlich ist, dass sie sich an dieses Äquivalenzverhältnis bei einer einseitigen Preisanpassung halten muss. Die Beklagte muss mithin einerseits nicht ihren Gewinn schmälern, wenn sie Steigerungen ihrer Bezugskosten ausgesetzt ist. Sie darf eine einseitige Preisanpassung aber auch nicht vornehmen, um einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen.

Die Beklagte hätte daher darlegen und ggf. beweisen müssen, wie sich ihre Bezugskosten seit dem Zeitpunkt der letzten vertraglichen Festlegung des Äquivalenzverhältnisses verändert haben. Dies hat die Beklagte jedoch nicht getan.

Sie hat sich darauf beschränkt, die Bezugskostenentwicklung ab dem 01.01.2004 darzulegen. Nur ab diesem Zeitpunkt hat die Beklagte behauptet, dass ihr Bezugsvertrag mit der Vorlieferantin RWE Rhein-Ruhr AG drei Preisänderungsklauseln enthalte, die an den Preis für leichtes Heizöl und den Investitionsgüterproduzenten-Index geknüpft seien,

dass aufgrund dessen ihr Bezugspreis seit Beginn des Jahres 2004 bis zum 01.01.2005 einschließlich um insgesamt 0,572 ct/kWh gestiegen sei und die Bezugskosten im Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2005 um 0,7770 ct/kWh höher als im Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2004 gewesen seien.

Demgegenüber hat die Beklagte weder auf den Hinweis-, Auflagen- und Beweisbeschluss der Kammer vom 15.11.2010 noch in der mündlichen Verhandlung am 31.03.2011 dargelegt, wie sich ihre Bezugskosten im Jahr 2003 vom 10.01.2003 an entwickelt haben. Dass ihre Bezugskostenentwicklung auch in diesem Zeitraum für die Preiserhöhung zum 01.01.2005 erheblich ist, verdeutlicht schon folgende Überlegung: Sollten die Bezugskosten der Beklagten im Zeitraum vom 10.01.2003 bis zum 31.12.2003 um beispielsweise 0,3 ct pro kWh im Vergleich zum Vorjahr gesunken sein - vergleichbar der Reduzierung ihrer Bezugspreise am 01.01.2004 um 0,100 ct pro kWh bzw. am 01.04.2004 um 0,092 ct pro kWh -, wäre dieser Betrag von dem Betrag in Höhe von 0,7770 ct pro kWh, um den die Bezugskosten der Beklagten im Jahr 2005 höher als im Jahr 2004 gelegen haben sollen, in Abzug zu bringen, da die Beklagte sonst nicht mehr das vereinbarte Äquivalenzverhältnis beibehalten, sondern einen zusätzlichen Gewinn in Höhe von 0,3 ct pro kWh realisieren würde.

Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte vorgetragen hat, ihre Preise nicht lediglich retrospektiv anzupassen, sondern die von ihr erwartete künftige Entwicklung ihrer Bezugskosten kalkulatorisch in die Preisfestsetzung einzubeziehen. Denn abgesehen davon, dass jedenfalls im Rahmen der späteren gerichtlichen Überprüfung nur die tatsächlichen Bezugskostensteigerungen der Beklagten zu berücksichtigen sind und nicht lediglich erwartete, aber doch nicht eingetretene Bezugskostensteigerungen eine dann eingetretene Veränderung des Äquivalenzverhältnisses zu Lasten des Kunden begründen können, hat die Beklagte ohnehin auch insoweit nicht konkret vorgetragen, wie sich ihre Bezugskosten unter Einschluss des Zeitraums vom 10.01.2003 bis zum 31.12.2003 prospektiv entwickeln sollten. Selbst wenn dieser Zeitraum bereits in der Preiserhöhung zum 10.01.2003 enthalten gewesen wäre, was die Beklagte jedenfalls nicht ausdrücklich vorgetragen hat, und dies aufgrund der konkludenten Einigung der Parteien nicht mehr überprüfbar ist, müsste bei der anschließenden - mangels Einigung zu überprüfenden - Preiserhöhung kontrolliert werden, ob die von der Beklagten antizipierte Preisentwicklung auch tatsächlich so eingetreten ist, wenn die Beklagte nachher höhere Kosten an ihren Kunden weiterreichen will. Ansonsten stünde es der Beklagten, wie ausgeführt, frei, ihre Bezugskostenenkungen entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für sich zu vereinnahmen und nur auf die Steigerung der Bezugskosten mit Preiserhöhungen zu reagieren.

Es genügt auch nicht, dass die Beklagte vorträgt, die durchschnittlichen Erdgasbezugpreise hätten sich von 2,433 ct pro kWh im Jahr 2003 auf 3,144 ct pro kWh im Jahr 2005 erhöht. Abgesehen davon, dass nicht allein die Bezugspreise, sondern die Bezugskosten maßgeblich sind, fehlt es an der Angabe des durchschnittlichen Bezugspreises für das Jahr 2002, das dem durch die Einigung der Parteien zum 10.01.2003 maßgeblich gewordenen Äquivalenzverhältnis zugrunde lag.

Soweit die Beklagte ferner mit Schriftsatz vom 16.04.2011 die Auffassung vertritt, sie habe die Preisänderungen bereits erstinstanzlich hinreichend dargelegt, da sie die Preisänderungen seit dem 01.05.2002 im Schriftsatz vom 30.09.2005 angegeben habe, trifft dies nicht zu. Denn es geht nicht um die von der Beklagten insoweit dargelegten Änderungen ihrer vom Kläger verlangten Arbeitspreise, sondern um die Änderungen der von ihr zu zahlenden Bezugskosten.

Da die Beklagte zur (Bezugs-)Kostenentwicklung im Jahr 2003 im Vergleich zum Jahr 2002 keine konkreten Angaben gemacht hat, ist auch nicht weiter überprüfbar, wie sich das Ergebnis der Gassparte der Beklagten von -238.001,11 Euro im Jahr 2003 um 423.752,91 Euro auf 214.040,15 Euro im Jahr 2004 und auf immerhin noch 148.964,55 Euro im Jahr 2005 verändern konnte, wenn die Beklagte ihre Verkaufspreise höchstens soweit erhöht haben will, wie sich ihre Bezugskosten erhöht haben und sich alle anderen Kosten außer den Bezugskosten nicht nennenswert verändert haben sollen.

b)

Die Kammer setzt sich mit ihrer Entscheidung nicht in Widerspruch zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.11.2008.

Der Beklagten ist bei ihrer Absicht, ihre Bezugskostenentwicklung lediglich auf den Zeitraum ab dem 01.01.2004 beschränken zu können, zugute zu halten, dass der Bundesgerichtshof den Vortrag der Beklagten als schlüssig bezeichnet hat. Jedoch sind diese Ausführungen im Zusammenhang mit den allein verbindlichen tragenden Entscheidungsgründen zu sehen.

Der Bundesgerichtshof hat mit seiner Entscheidung der im Urteil der Kammer vom 10.05.2007 vertretenen Auffassung, dass der gesamte Arbeitspreis der Beklagten der Billigkeitskontrolle unterliege und daher die gesamte Preiskalkulation unter Offenlegung der Bezugsverträge von der Beklagten darzulegen sei, eine Absage erteilt und entschieden, dass die Beklagte ihrer Darlegungslast bereits dann nachkomme, wenn sie behauptete, dass ihre Bezugskostensteigerung höher sei als die von ihr vorgenommene einseitige Preiserhöhung. Demgegenüber hat sich der Bundesgerichtshof nicht damit auseinandergesetzt, dass die Beklagte für das Jahr 2003 keine Bezugskostenentwicklung vorgetragen hat. Dass die letzte von dem Kläger akzeptierte Preiserhöhung zum 10.01.2003 erfolgt ist, ist nicht Gegenstand des Revisionsurteils. Demzufolge hat der Bundesgerichtshof auch nicht ausgeführt, dass die Entwicklung der Bezugskosten der Beklagten im Jahr 2003 nicht weiter maßgeblich seien. Hätte er dies so entscheiden wollen, wäre eine entsprechende Begründung zu erwarten gewesen, da er dann von seinem in dem Urteil ausgeführten Grundsatz, nachdem die Bezugskostensteigerungen an den Kunden weitergereicht werden können und die Bezugskostenenkungen an den Kunden weitergereicht müssen, abgewichen wäre.

Dass der Bundesgerichtshof seine Ausführungen hinsichtlich der Schlüssigkeit der Widerklageforderung auf die in seiner Entscheidung ausgeführten Erwägungen beschränkt hat, zeigt sich auch darin, dass er auf die seinerzeit noch von der Beklagten geltend gemachten Abschlagszahlungen für das Jahr 2006 nicht eingegangen ist - obwohl die Beklagte auf diese bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer am 10.05.2007 aufgrund der Jahresverbrauchsabrechnung vom 31.01.2007 keinen Anspruch mehr hatte.

c)

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, der vom Gericht nicht weiter zu überprüfende Preissockel führe dazu, dass auch die Kostenentwicklung bis zu dem Zeitpunkt der vertraglichen Einigung nicht weiter erheblich sei und dass es zu dieser vertraglichen Einigung erst Anfang des Jahres 2004 gekommen sei, indem der Beklagte die Jahresverbrauchsrechnung für das Jahr 2003 bezahlt habe, geht dies fehl. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass eine vertragliche Einigung der Parteien über die Bezugspreise konkludent dadurch zustande gekommen ist, dass der Kläger weiterhin Gas bezogen hat, ohne in angemessener Zeit eine Überprüfung der Billigkeit zu verlangen.

Indem der Kläger im Jahr 2003 Gas von der Beklagten nach der Preisanpassung zum 10.01.2003 bezogen hat, ohne der Preisanpassung zu widersprechen, ist es damit zum konkludenten Vertragsschluss gekommen. Dass die Beklagte dem Kläger erst mit der Anfang 2004 gestellten Jahresabrechnung mitgeteilt haben will, bereits zum 10.01.2003 den Arbeitspreis erhöht zu haben, behauptet sie selber nicht. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die vertragliche Einigung über den neuen Arbeitspreis nicht erst mit der Bezahlung der auf den erhöhten Arbeitspreisen beruhenden Jahresverbrauchsrechnungen zustande gekommen. Zwar hat der Bundesgerichtshof auch einen Zusammenhang mit der unbeanstandeten Bezahlung der Jahresverbrauchsrechnungen hergestellt, vgl. BGH BGHZ 172, 315 Tz. 36 sowie BGHZ 178, 362, Tz. 16. Jedoch hat der Bundesgerichtshof maßgeblich auf den Weiterbezug des Erdgases zum erhöhten Arbeitspreis abgestellt. Dieser liegt bereits vor, wenn dem Erdgaskunden durch den Versorger ein erhöhter Arbeitspreis mitgeteilt wird, und der Erdgaskunde weiterhin Gas abnimmt. Es ist nicht einzusehen, warum der vertraglichen Einigung eine Jahresverbrauchsrechnung vorangehen müsste, mit der lediglich der Verbrauch festgestellt und abgerechnet wird. Die Preisbestimmung durch die Beklagte erfolgte bereits früher mit Bekanntgabe der geänderten Arbeitspreise.

Die Einigung auf den neuen Arbeitspreis in Höhe von 3,05 ct pro kWh bedeutet auch nicht, dass sämtliche Bezugskostenentwicklungen vom 10.01.2003 bis zu dem - ohnehin nur schwer taggenau feststellbaren - Zeitpunkt der konkludenten Einigung außer Betracht zu bleiben hätten. Die Einigung bedeutet lediglich, dass die Beklagte ab dem 10.01.2003 einen Arbeitspreis in Höhe von 3,05 ct pro kWh berechnen kann und die Entwicklung ihrer Bezugskosten bis zu diesem Zeitpunkt (strenggenommen wohl sogar nur bis zu dem Zeitpunkt ihrer Kalkulation) einer späteren Überprüfung entzogen ist. Änderungen der Bezugskosten ab diesem Zeitpunkt sind demgegenüber zu überprüfen - und zwar im Vergleich zu den Bezugskosten, die der vertraglichen Einigung zugrunde liegen.

Durch die vorbehaltlose Bezahlung der Jahresverbrauchsrechnungen für 2004 und 2005 ist es auch nicht zu einer erneuten vertraglichen Einigung gekommen. Da der von der Beklagten verlangte Arbeitspreis gleich geblieben ist und sich lediglich die Bezugskosten der Beklagten verändert haben, würde sich eine solche Einigung auf eine Veränderung des Äquivalenzverhältnisses beschränken. Für eine solche Veränderung hatte der Kläger jedoch bei Bezahlung der Jahresverbrauchsrechnungen keinen Anhaltspunkt; vielmehr hat er lediglich den Gasverbrauch auf der Basis des ihm vorher mitgeteilten Arbeitspreises bezahlt. Eine auf Änderung des Äquivalenzverhältnisses gerichteter Geschäftswille kann daher nicht angenommen werden.

d)

Die Kammer musste der Beklagten auf ihren Antrag in der mündlichen Verhandlung am 31.03.2011 keinen Schriftsatznachlass gewähren.

Der Beklagten ist in der mündlichen Verhandlung kein gerichtlicher Hinweis im Sinne des § 139 Abs. 5 ZPO erteilt worden; vielmehr ist die Beklagte bereits mit Beschluss vom 15.11.2010 auf die noch unzureichende Darlegung hingewiesen und ihr ausdrücklich mitgeteilt worden, dass sie "alle Änderungen ihrer Bezugspreise ab dem 10.01.2003 darlegen und gegebenenfalls unter Beweis stellen [müsse], damit das Äquivalenzverhältnis, auf das sich die Parteien mangels Widerspruchs des Klägers im Hinblick auf die Preisanpassung zum 10.01.2003 geeinigt haben, beibehalten wird." Lediglich "gegebenenfalls" sollte Beweis über die Veränderung des von der Beklagten zu zahlenden Arbeitspreises erhoben werden.

Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung am 31.03.2011 eingeräumt, den entsprechenden Sachvortrag wissentlich noch nicht in den Prozess eingeführt zu haben, weil er nach ihrem Verständnis von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht erforderlich sei. Dies enthebt die Beklagte indes nicht von ihrer Pflicht zum rechtzeitigen Sachvortrag. Die Beklagte wusste seit Zugang des Hinweis-, Auflagen- und Beweisbeschlusses, dass die Kammer weiteren genau bezeichneten Tatsachenvortrag für erforderlich hält, so dass sie jedenfalls im Termin entsprechend hätte vortragen müssen.

Der im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 16.04.2011 neu dargelegte Sachvortrag war daher gemäß § 296a Satz 1 ZPO nicht zu berücksichtigen.

3.

Den Einwand der Unbilligkeit kann der Kläger auch den von der Beklagten geforderten Abschlagszahlungen entgegen halten. Die Höhe der Abschlagszahlungen bestimmt sich - neben dem voraussichtlichen Verbrauch des Klägers - auch nach den Tarifpreisen der Beklagten, vgl. § 25 Abs. 2 AVBGasV.

Aufgrund dessen ist der Kläger nicht darauf angewiesen, nach einer einseitigen Erhöhung zunächst möglicherweise unbillige Preise zu bezahlen und anschließend zurückzufordern. Die Beklagte ist insoweit geschützt, als sie die Abschlagszahlungen auf der Basis des jedenfalls geltenden vereinbarten Preissockels fordern kann.

Ausgehend von einem Vergleich der Jahresabschlussrechnungen der Beklagten vom 31.01.2004, 31.01.2005 und 31.01.2006 konnte die Beklagte für das Jahr 2005 eine zweimonatliche Abschlagszahlung in Höhe von 406,00 Euro und für das Jahr 2006 eine zweimonatliche Abschlagszahlung in Höhe von 424,00 Euro verlangen. Für Strom und Wasser sind die von der Beklagten angesetzten Beträge in Höhe von 139,00 Euro und 52,00 Euro für das Jahr 2005 sowie 151,00 Euro und 58,00 Euro für das Jahr 2006 anzusetzen. Hinsichtlich des Abschlags für das verbrauchte Gas verbleibt es indes bei dem Betrag aus dem Jahr 2004 in Höhe 215,00 Euro anstelle des von der Beklagten für 2005 angesetzten Betrages in Höhe von 318,00 Euro bzw. für das Jahr 2006 angesetzten Betrages in Höhe von 360,00 Euro.

Dass sich der Abschlagsbetrag für das verbrauchte Gas nicht nur wegen des erhöhten Arbeitspreises, sondern auch wegen eines höheren Verbrauchs des Klägers verändert hat, hat die Beklagte nicht dargelegt. Da die Höhe der Abschlagszahlung lediglich für den Anspruch der Beklagten auf Verzugszinsen sowie den übereinstimmend für erledigt erklärten Teil der Widerklage und damit für die Kostenentscheidung maßgeblich ist, konnte ein Hinweis der Kammer entsprechend § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO unterbleiben.

Zum 14.02.2005 schuldete der Kläger mithin einen Betrag in Höhe von 864,05 Euro (unstreitige Restforderung für 2004 in Höhe von 458,05 Euro zzgl. Abschlagszahlung in Höhe von 406,00 Euro). Jeweils zum 01.04.2005, 01.06.2005, 01.08.2005, 01.10.2005 und 01.12.2005 wurden die weiteren Abschlagszahlungen in Höhe von 406,00 Euro fällig.

Zum 14.02.2006 schuldete der Kläger als Restforderung für den Jahresverbrauch 2005 einen Betrag in Höhe von 374,98 Euro zzgl. der Abschlagszahlung in Höhe von 424,00 Euro, also insgesamt 798,98 Euro. Die weitere von der Beklagten geltend gemachte Abschlagszahlung in Höhe von 424,00 Euro wurde zum 01.04.2006 fällig.

Die Forderungen der Beklagten und unstreitigen Zahlungen des Klägers stellen sich damit wie folgt dar:

Fälligkeit	Soll-Zahlung	Zahlung am	Ist-Zahlung	Differenz
14.02.2005	864,05 Euro	21.02.2005	861,97 Euro	2,08 Euro
01.04.2005	406,00 Euro	07.04.2005	403,92 Euro	2,08 Euro
01.06.2005	406,00 Euro	30.05.2005	403,92 Euro	2,08 Euro
01.08.2005	406,00 Euro	01.08.2005	403,92 Euro	2,08 Euro
01.10.2005	406,00 Euro	26.09.2005	403,92 Euro	2,08 Euro
01.12.2005	406,00 Euro	11.12.2005	403,92 Euro	2,08 Euro
14.02.2006	374,98 Euro	24.02.2006	374,99 Euro	- 0,01 Euro
14.02.2006	424,00 Euro	24.02.2006	424,00 Euro	0 Euro
03.04.2006	424,00 Euro	10.04.2006	424,00 Euro	0 Euro

Der Zinsanspruch der Beklagten ergibt sich im tenorierten Umfang aus dem Verzug des Klägers.

II.

Die Wider-Widerklage ist unzulässig.

Abgesehen davon, dass die Beklagte nicht gemäß § 533 Nr. 2 ZPO eingewilligt hat, ist die Wider-Widerklage gemäß § 533 Nr. 2 ZPO unzulässig, weil mit ihr Preisbestimmungen streitgegenständlich würden, die bislang im Prozess nicht im Streit standen und hinsichtlich der er die Beklagte auch noch nichts vorgetragen hat, so dass - entgegen § 533 Nr. 2 ZPO - gänzlich neue Tatsachen vorgetragen werden müssten.

Etwas anderes würde sich möglicherweise dann ergeben, wenn eine einseitige Preiserhöhung der Beklagten bereits deshalb unzulässig wäre, weil der Kläger ein Sondervertragskunde und kein Tarifkunde ist. Ob in diesem Fall die Wider-Widerklage zulässig wäre, kann indes dahingestellt bleiben, da der Kläger ein Tarifkunde ist und die Beklagte die Arbeitspreise einseitig anpassen kann.

Der Kläger hat lediglich ins Blaue hinein behauptet, Sonderkunde und kein Tarifkunde zu sein. Sein einziger Ansatzpunkt dafür ist sein Jahresverbrauch; eine entsprechende vertragliche Vereinbarung mit der Beklagten konnte er nicht vorlegen. Demgegenüber hat die Beklagte substantiiert dargelegt, dass der Kläger ein Tarifkunde ist. Er wird - unstrittig - nach dem Vollversorgertarif beliefert, den die Beklagte als "Allgemeinen Tarif für die Erdgasversorgung" bezeichnet und dessen Änderung des Arbeitspreises von ihr öffentlich bekannt gemacht wird. Die auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 15.07.2009, NZM 2009, 630 Rn. 14 ff. vorzunehmende Auslegung ergibt damit, dass die Beklagte diesen Tarif in Erfüllung ihrer Versorgungspflicht nach § 6 EnWiG, § 10 EnWG 1998 bzw. § 36 EnWG 2005 angeboten hat, da in diesen Vorschriften ausdrücklich auf „Allgemeine Tarife“ bzw. "Allgemeine Preise" Bezug genommen wird.

Das einfache Bestreiten des Klägers unter Bezugnahme auf seinen hohen Jahresverbrauch genügt vor diesem Hintergrund nicht um darzulegen, dass der von ihm

bezogene "Vollversorgungstarif" in Wirklichkeit ein Sondertarif ist. Vielmehr würde seine Argumentation darauf hinauslaufen, dass Kunden mit Gasheizung keine Grundversorgung in Anspruch nehmen könnten, was dem Gedanken der Grundversorgung zuwiderliefe.

Soweit der Kläger die Auffassung vertritt, dass seine Einordnung als Sonderkunde lediglich eine Rechtsfrage und keine Tatsachenfrage sei, ist er auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 19.11.2008 zu verweisen, in dem dieser in Übereinstimmung mit dem Urteil der Kammer vom 10.05.2007 entschieden hat, dass die Beklagte zur einseitigen Preisfestsetzung - im Rahmen der Billigkeit - befugt ist, weil der Kläger ein Tarifkunde ist.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 a Satz 1, 92 Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 analog, 281 Abs. 3 S. 2, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Bei der Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits der ersten Instanz war von einem fiktiven Streitwert durch Addition der Streitwerte von Klage und Widerklage auszugehen. Anderenfalls wäre in unbilliger Weise unberücksichtigt geblieben, dass der Kläger die Abweisung der Klage hingenommen hat.

Ferner war hinsichtlich der Kosten der zweiten Instanz zu beachten, dass der Kläger hinsichtlich der Widerklage lediglich ganz geringfügig hinsichtlich der geltend gemachten Verzugszinsen unterlegen ist, während er die Wider-Widerklage voll verloren hat. Zudem war hinsichtlich der übereinstimmenden Teilerledigungserklärung zu berücksichtigen, dass die Beklagte mit der Geltendmachung der erhöhten Abschlagszahlungen voraussichtlich unterlegen gewesen wäre, da sie Abschlagszahlungen für die Lieferung von Gas lediglich auf der Basis der seit dem 10.03.2003 geltenden Arbeitspreise verlangen konnte.

Die Kosten des Rechtsstreits für die dritte Instanz waren allein der Beklagten aufzuerlegen, da der Bundesgerichtshof lediglich mit der Widerklage befasst war und die Beklagte diesbezüglich nahezu vollumfänglich - bis auf Teile der geltend gemachten Verzugszinsen - unterlegen ist.

Entgegen der Anregungen der Parteien war die Revision nicht zuzulassen.

Hinsichtlich der Abweisung der Wider-Widerklage hat selbst der Kläger keinen Grund zur Zulassung der Revision genannt. Die Frage, ob der seit 1983 ununterbrochen von der Beklagten mit Gas versorgte Kläger ein Sonderkunde ist, hat keine grundsätzliche Bedeutung, da die Kammer diese Frage allein anhand des - diesbezüglich unzureichenden - konkreten Tatsachenvortrags entschieden hat.

Auch soweit die Kammer die Widerklage abweist, liegt kein Zulassungsgrund vor. Es gibt keine Vielzahl sich widersprechender Entscheidungen zu der Frage, ob lediglich beschränkte Zeiträume für die Untersuchung der Bezugskostenentwicklung heranzuziehen sind, die eine Entscheidung des Revisionsgerichts die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern würden, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Daran ändert auch die andere Auslegung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs durch die Beklagte nichts. Die von der Beklagten angeführten Entscheidungen verhalten sich nicht dazu, ob die Kostenentwicklung in bestimmten Zeiträumen außer Betracht zu bleiben hat.

Zudem kommt der Sache nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19.11.2008

keine grundsätzliche Bedeutung mehr zu; § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, da er die streiterheblichen Fragen in seinem Urteil bereits geklärt und entschieden hat. Die Kammer weicht, wie vorstehend ausgeführt, von dieser Rechtsprechung nicht ab, sondern wendet sie auf den konkreten Fall und die von den Parteien vorgetragene Tatsachen an. Aus dem Schriftsatz der Beklagten vom 16.04.2011 ergibt sich nichts anderes. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass durch die vertragliche Vereinbarung ein nicht einseitig änderbares Äquivalenzverhältnis geschaffen werde.

Demnach ist die Entwicklung der Bezugskosten jedenfalls ab dieser vertraglichen Vereinbarung zu untersuchen. Die vertragliche Vereinbarung kommt indes bereits mit dem widerspruchslosen Weiterbezug des Erdgases zustande. Das individuelle Rechtsschutzinteresse der Beklagten führt vor diesem Hintergrund nicht zu einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache, da ansonsten zwangsläufig bei unterschiedlichen Auslegungen höchstrichterlicher Entscheidungen durch die Parteien die Revision zuzulassen wäre.

Streitwert für die 2. Instanz:

bis zum 22.07.2011:	594,84 Euro
ab dem 23.07.2011 bis zum 02.02.2011:	1.594,84 Euro
(Widerklage:	594,84 Euro
Wider-Widerklage:	1.000,00 Euro)
ab dem 03.02.2011:	1.304,84 Euro
(Widerklage:	304,84 Euro
Wider-Widerklage:	1.000,00 Euro)

Ulrich

Dr. Ludwig

Bratz