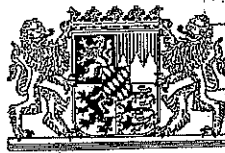


Abschrift

Oberlandesgericht Nürnberg

Az.: 1 U 2329/09
4 HKO 9057/08 LG Nürnberg-Fürth



Patt Rechtsanwälte Chemnitz									
I	II	III	IV	V	VI	VII	VIII	O	
zugestellt: 30. DEZ. 2010									
ZdA	Kopie	Fax	an Pt	K	St				
Er.	mit Akten	Ruckspr./Rückk.	bis am:	D	DD				

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit:

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

Gasversorgung Unterfranken GmbH, [REDACTED]
[REDACTED] Nürnberger Straße 125, 97076 Würzburg
- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen EnWG

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -1. Zivilsenat und Kartellsenat- durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Franke, den Richter am Oberlandesgericht Hilzinger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Quentin auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 07.12.2010 folgendes

Endurteil

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 23.10.2009 wird zurückgewiesen.
- II. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Beklagte ist ein regional tätiger Energieversorger. Seit 1979 ist der Kläger als Privatkunde an das Gasversorgungsnetz der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin angeschlossen. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit von Preiserhöhungen, die die Beklagte seit 1998 vorgenommen hat.

Mit Schreiben vom 9.11.1979 bestätigte die damalige Bayerische Untermain-Gas GmbH dem Kläger, ihn in Zukunft mit Gas zu versorgen. Aufgrund der Leistung seiner Anlage werde er in den Tarif 096 eingestuft. Zugleich wurden monatliche Abschlagszahlungen vereinbart. Für den Fall, dass sich der Gasverbrauch im Laufe eines Jahres wesentlich verändert, sollte eine Anpassung der Abschläge möglich sein. Wörtlich heißt es weiter:

„Bei einer größeren Abweichung des angenommenen Verbrauchs erfolgt auch eine Überprüfung der Tarifeinstufung....Mit gleicher Post gehen Ihnen unsere derzeit gültigen Tarifpreise und die Preisrichtlinien für Sondervertragskunden zu.“

Die beigelegten sog. Allgemeinen Tarifpreise der Beklagten vom 1.10.1979 sahen unter I. 1. einen sog. Kleinstverbrauchs- und Grundpreistarif für den Haushaltsbedarf und unter I. 2.

einen sog. Kleinstverbrauchs- und Grundpreistarif für Gewerbe und sonstigen Gasverbrauch vor.

Unter I.1. und I.2. war jeweils angefügt, dass für größere Abnahmemengen Sonderbedingungen eingeräumt werden. Über den Abschluss entscheide der Gasversorger. Der dem Kläger eingeräumte Tarif 096 ist in den Preisrichtlinien für Sondervertragskunden vom 1.10.1979 aufgeführt. Diese enthalten zusätzlich unter Nr. 5 die folgende Formulierung:

„Im übrigen gelten die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz“.

Ein Abdruck dieser Bedingungen wurde dem Kläger nicht übermittelt. Die Beklagte ist als Rechtsnachfolgerin der Bayerischen Untermain-Gas GmbH in dieses Vertragsverhältnis eingetreten.

In der Folgezeit bezog der Kläger Gas von der Beklagten und bezahlte bis Ende Oktober 2004 (letzte Rechnung vom 13.10.2004) trotz mehrfacher jeweils öffentlich bekannt gemachter Tarifänderungen alle seine Rechnungen.

Mit Einschreiben vom 25.1.2005 teilte er der Beklagten mit, dass er die verkündeten Erhöhungen der Erdgaspreise für unbillig nach § 315 BGB halte. Zugleich forderte er die Beklagte auf, ihre Berechtigung für einseitige Preiserhöhungen nachzuweisen. Im Weiteren heißt es wörtlich:

„Ich fordere Sie hiermit auf, mir die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Preiserhöhung durch nachvollziehbare und prüffähige Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen nachzuweisen, insbesondere die Steigerung Ihrer Bezugs- und sonstigen Kosten und den Anteil dieser Kosten am Gesamtpreis. Bis sie Ihren Nachweis erbracht haben, zahle ich nur den alten Preis zzgl. eines Sicherheitsaufschlags von 2 %.“

Zugleich widerrief der Kläger eine der Beklagten erteilte Einzugsermächtigung. Die folgenden Rechnungen bezahlte er nur noch unter Vorbehalt.

Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger in der Folgezeit auf der Grundlage eines als Sonderpreis 2 bezeichneten Tarifs abgerechnet und dabei die Preise mehrfach geändert. Die Jahresabrechnungen vom 13.10.2005 und 13.10.2006 enthielten jeweils eine Bezugnahme auf die AVBGasV sowie die jeweils gültigen Tarifpreise.

Im August 2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die AVBGasV, die – aus ihrer Sicht – bisher Bestandteil des Liefervertrages gewesen sei, seit dem 8.11.2006 nicht mehr gelte. An ihre Stelle sei die verbraucherfreundlichere GasGVV getreten, die nunmehr Vertragsinhalt sein solle. Insoweit sei eine Vertragsanpassung erforderlich. Um eine Zustimmung werde gebeten. Werde diese verweigert, gelte ab dem 1.10.07 der Allgemeine Tarif für die Grundversorgung. Da die „Preisrichtlinien für Sondervertragskunden“ günstiger seien, werde eine Zustimmung empfohlen. Zugleich wurde der Kläger über das neue ab 1.4.2007 geltende Tarifsysteem unterrichtet. Darin waren sog. Allgemeine Preise für die Grundversorgung zu 8,96 bis 5,88 ct/kWh und Preise für Sondervertragskunden vorgesehen, die unter der Überschrift Preisrichtlinien für Sondervertragskunden zusammengefasst waren und als Sonderpreis (SP) 1 bis Sonderpreis (SP) 3 bezeichnet wurden. Diese Preise lagen zwischen 5,63 ct./kWh und 5,17 ct/kWh. Die Einstufung sollte vom jeweiligen Jahresverbrauch abhängen.

Der Kläger erwiderte hierauf mit Schreiben vom 23.9.07 (Anlage BB 5), dass er in diesem Schreiben eine Änderungskündigung sehe und der Vertragsanpassung widerspreche. Ein von der Beklagten unterbreitetes Formular für eine Vertragsanpassung sandte er mit handschriftlichen Änderungen zurück (Anlage BB 6). Daraufhin übermittelte die Beklagte dem Kläger am 30.1.2008 ein weiteres Exemplar für eine Vertragsanpassung (Anlage BB 7), das von ihm nicht unterzeichnet wurde.

In der Folgezeit wurde der Kläger weiterhin von der Beklagten mit Gas beliefert. Ob dies im Rahmen der Grundversorgung erfolgt ist oder aufgrund eines Sonderkundenvertrages ist zwischen den Parteien streitig. Ihren Abrechnungen vom 17.10.2008 und 20.11.2009 legte die Beklagte weiterhin einen von ihr als „Sonderpreis 2“ bezeichneten Tarif zugrunde.

Der Kläger meint,

der zwischen ihm und der Beklagten geschlossene Vertrag sei ein Sonderkundenvertrag im Sinne von § 41 EnWG, in den der bei Vertragschluss geltende Preis als vereinbarter Preis aufgenommen worden sei. Da keine ausdrückliche Preisanpassungsklausel vereinbart wurde, habe die Beklagte kein Tarifänderungsrecht. § 4 AVBGasV sei weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. Eine inhaltsgleiche Allgemeine Geschäftsbedingung sei nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden. Hinsichtlich der in Bezug genommenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz seien die erforderlichen Einbeziehungsvoraussetzungen nicht gegeben. Für eine ergänzende Vertragsauslegung sei kein Raum, weil das Vertragsgefüge durch das Fehlen einer wirksamen Preisände-

rungsklausel nicht einseitig zugunsten des Kunden verschoben werde und die Beklagte ein Kündigungsrecht habe. Auf den Anfangspreis sei § 315 Abs. 3 BGB analog anzuwenden, da die Beklagte über eine Monopolstellung verfüge.

Die vorbehaltlose Bezahlung stelle kein Anerkenntnis dar, sodass die erstellten Abrechnungen bis in das Jahr 1998 überprüft werden könnten. Vorsorglich werde bestritten, dass die Beklagte in den Jahren 2004 bis 2007 den von ihr dargelegten Bezugskostensteigerungen ausgesetzt war und keine anderweitigen Einsparmöglichkeiten hatte.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. Es wird festgestellt, dass die von der Beklagten in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag mit der Kundennummer [REDACTED] zum 13.09.2003, 04.09.2004, 01.10.2004, 01.08.2005, 27.09.2005, 01.01.2006, 01.08.2006, 05.09.2006, 01.10.2006, 01.01.2007, 29.01.2007, 31.03.2007 und 01.04.2007 vorgenommenen Preisbestimmungen unbillig und unwirksam sind.
2. Es wird festgestellt, dass die von Seiten der Beklagten ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Rechnung der Beklagten vom 16.11.2007 in Höhe von 226,00 € unbillig und unwirksam sind.
3. Es wird festgestellt, dass die Endabrechnungen der Klägerin vom 13.10.2004, 13.10.2005, 13.10.2006 und 16.11.2007 sowie 16.06.2008 auf den Gasverbrauch unbillig und unwirksam sind.
4. Es wird festgestellt, dass der Kläger von der Beklagten für den Zeitraum seit dem 01.01.1998 die Versorgung zu den im Vertrag mit der Kundennummer [REDACTED] vereinbarten Konditionen zu versorgen hat und sämtliche vorgenommenen Preisanpassungen durch die Beklagte unwirksam sind.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie trägt vor,

lediglich am 1.10.04, 1.8.05, 1.1.06 und 1.10.06 gestiegene Bezugskosten teilweise an ihre Kunden weitergegeben zu haben. Am 1.1. und 1.4.07 habe sie ihre Tarife gesenkt. Am 13.9.03, 4.9.04, 27.9.05, 1.8.06, 5.9.06, 29.1.07 und 31.3.07 seien ihre Tarife entgegen den Behauptungen des Klägers nicht geändert worden. Zu den vorgenommenen Preisänderungen sei sie nach § 4 Abs. 1 AVBGasV berechtigt gewesen, weil der Kläger in der Grundversorgung mit Gas beliefert worden sei. Von einem Sondervertragsverhältnis könne schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil es nicht der Wille der Parteien gewesen sei, die getroffene Vereinbarung aus dem Regelungsbereich der AVBGasV heraus zu nehmen. Alle verlangten Preise seien als allgemeine Tarife öffentlich bekannt gegeben worden. Der dem Kläger eingeräumte Tarif habe jedermann zur Verfügung gestanden. Für die Einstufung sei allein die Verbrauchsmenge maßgeblich gewesen. Die Tatsache, dass keine Preisanpassungsklausel vereinbart worden sei, spreche dafür, dass der Vertrag der AVBGasV unterfallen sollte. Die von den Parteien verwendeten Bezeichnungen seien letztlich unmaßgeblich. Selbst wenn der Vertrag als ein standardisierter Sonderkundenvertrag angesehen werden müsste, hätte die AVBGasV als vereinbart zu gelten. Durch die Regelung in Ziffer 5 des Versorgungsvertrages seien die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz Vertragsbestandteil geworden. Dies gelte auch für die AVBGasV, die am 1.4.1980 an deren Stelle getreten sei. Für den Fall, dass eine Einbeziehung der AVBGasV verneint werden sollte, ergebe sich das Preisänderungsrecht der Beklagten aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Da der Vertrag keine Regelungen zur Vertragslaufzeit und zur Kündigung enthalte, hätten redliche Vertragspartner von vornherein ein Preisanpassungsrecht für Bezugskostenänderungen vereinbart. Der ersatzlose Wegfall einer Preisänderungsmöglichkeit sei bei einem seit 1979 laufenden Vertrag unbillig.

Die Preiserhöhungen vor dem 1.10.04 seien einer Billigkeitskontrolle entzogen, weil der Kläger ohne Vorbehalt bezahlt und weiter Gas bezogen habe. Es handele sich damit um vereinbarte Preise. Auf die Berechtigung zur Preisänderung komme es in diesem Zusammenhang nicht an. Die Monopolrechtsprechung des Bundesgerichtshofes sei wegen des bestehenden Substitutionswettbewerbes auf dem Heizenergiemarkt nicht anwendbar. Hilfsweise werde die Einrede der Verjährung erhoben.

Die Preiserhöhungen vom 1.10.04, 1.8.05, 1.1.06 und 1.10.06 halten einer Billigkeitskontrolle stand, weil dabei jeweils nur gestiegene eigene Bezugskosten weitergegeben worden seien. An ihre Lieferanten habe sie einen Jahresleistungspreis und einen Arbeitspreis zu bezahlen.

len. Der Jahresleistungspreis orientiere sich an dem Monatstabellenlohn des Taifvertrages des kommunalen Arbeitgeberverbandes NRW. Der Arbeitspreis bestimme sich nach einer praxisüblichen Anrechnungsformel (Preisgleitklausel) nach dem Preis für schweres (HSL) und leichtes (HEL) Heizöl. Die jeweiligen Preisbezugsgrößen ergeben sich aus den monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes. Zwischen dem 1.10.2004 und dem 1.10.2006 hätten sich Bezugspreissteigerungen um 1,7833 ct/kWh bei ihrem Lieferanten Ferngas Nordbayern GmbH und 1,7912 ct/kWh bei ihrem Lieferant Entega Vertriebs GmbH Darmstadt ergeben. Die Öl-Gaspreis-Bindung entspreche gängiger Praxis und sei genehmigungsfrei. Demgegenüber habe sie in der Zeit vom 1.10.04 bis zum 1.10.06 ihre Preise für alle Haushaltskunden nur um netto 1,63 ct/kWh erhöht. Diese Erhöhung bleibe hinter der Bezugskostensteigerung zurück. Der Sachverhalt sei von unabhängigen Wirtschaftsprüfern untersucht und bestätigt worden. Zudem habe sie eine mengengewichtige Untersuchung in Auftrag gegeben, die zu dem gleichen Ergebnis gekommen sei. Ein Ausgleich der Bezugskostensteigerungen durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen habe sich nicht ergeben. Die Preissenkungen vom 1.1.07 und 1.4.07 könne der Kläger nicht gerichtlich überprüfen lassen, weil es dafür an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle.

Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat die Klage mit Endurteil vom 23.10.09 abgewiesen, weil der Beklagten das vertragliche Recht zugestanden habe, die Gaspreise einseitig zu ändern. Die zwischen den Parteien zustande gekommene Vereinbarung sei als Sonderkundenvertrag einzustufen. Die AVBGasV sei deshalb nicht unmittelbar anwendbar. Auch sei die AVBGasV nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung Vertragsinhalt geworden, weil die für eine Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 Ziffer 2 BGB erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. Das Preisanpassungsrecht ergebe sich jedoch aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Diese lasse eine Weitergabe von Bezugskostensteigerungen zu. Die Preisänderungen vor dem 1.10.2004 habe der Kläger durch die Bezahlung der Rechnungen und den Weiterbezug von Gas akzeptiert. Eine Monopolstellung der Beklagten liege nicht vor. Für die Zeit nach dem 1.10.04 habe die Beklagte die Billigkeit ihrer Preiserhöhungen substantiiert dargelegt. Das erst im Haupttermin vom 2.10.2009 erfolgte Bestreiten des Klägers sei verspätet und deshalb zurückzuweisen. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Endurteils vom 23.10.2009 Bezug genommen.

Gegen dieses ihm am 02.11.2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 30.11.2009 Berufung eingelegt und sein Rechtsmittel mit Schriftsatz vom 04.03.2010 bei Gericht eingegangen am selben Tage begründet. Zuvor war die Frist zur Begründung der Berufung durch den Senat bis 04.03.2010 verlängert worden.

Der Kläger meint, die Annahme einer ergänzenden Vertragsauslegung durch das Erstgericht sei rechtsfehlerhaft. Die Beklagte habe die Möglichkeit gehabt, sich vom Vertrag zu lösen. Da der Vertrag nicht befristet gewesen sei, habe er jederzeit ordentlich gekündigt werden können. Zudem hätte § 314 BGB auch eine außerordentliche Kündigung zugelassen.

Der Preissockel und die Preiserhöhungen vor dem 25.1.2005 seien unzutreffend als vereinbarte Preise angesehen worden. Dies ergebe sich ohne weiteres aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17.7.2010 – Az. VIII ZR 246/08, das auf den Streitfall anwendbar sei. Zudem sei auch die sog. Monopolrechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 315 BGB einschlägig. Die Beklagte sei in ihrem Versorgungsbereich der alleinige Gasanbieter und deshalb marktbeherrschend. Ein Wechsel auf andere Energieträger sei für viele Marktteilnehmer aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich, sodass von einem wirksamen Substitutionswettbewerb nicht ausgegangen werden könne.

Hinsichtlich der behaupteten Billigkeit der vorgenommenen Preisänderungen habe er sich auf ein pauschales Bestreiten beschränken dürfen. Die Zurückweisung als verspätet sei rechtsfehlerhaft. Das bereits im Vorverfahren erfolgte Bestreiten eines wirksamen Preisanpassungsrechtes habe ein Bestreiten der Billigkeit seiner Ausübung impliziert. Im Übrigen wäre das Erstgericht gehalten gewesen, einen Hinweis zu erteilen, dass es ein Preisanpassungsrecht kraft ergänzender Vertragsauslegung für gegeben erachte und die Billigkeitskontrolle damit entscheidungsrelevant wird.

Mit Schriftsatz vom 25.6.2010 hat der Kläger neue Anträge angekündigt, die weitere Preiserhöhungen der Beklagten zum 1.1.2008, 1.8.2008, 1.12.2008, 1.2.2009 und 1.5.2009 sowie die in der Jahresrechnung vom 20.11.2009 enthaltene Neubestimmung des monatlichen Abschlags zum Gegenstand haben. Zur Rechtfertigung einer darin möglicherweise zu sehenden Klageerweiterung beruft er sich auf seinen schon in erster Instanz unter Ziffer 4 gestellten Antrag, der bereits alle Preiserhöhungen nach dem 4.4.2007 mit umfasst habe.

Im Weiteren trägt der Kläger vor, dass keine wirksame Kündigung des Sondervertrages durch die Beklagte vorliege. Die erklärte Kündigung sei offenkundig zurückgenommen worden, weil den nachfolgenden Abrechnungen der Beklagten vom 17.10.2008 und 20.11.2009 weiterhin der „Sonderpreis 2“ zugrunde gelegt worden sei.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz beantragt,

1. Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wird festgestellt, dass die seitens der Beklagten in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag mit der Kundennummer [REDACTED] zum 13.09.2003, 04.09.2004, 01.10.2004, 01.08.2005, 27.09.2005, 01.01.2006, 01.08.2006, 05.09.2006, 01.10.2006, 01.01.2007, 29.01.2007, 31.03.2007, 04.04.2007, 01.01.2008, 01.08.2008, 01.12.2008, 01.02.2009 und 01.05.2009 vorgenommenen Preisanpassungen unbillig und unwirksam sind.
2. Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wird festgestellt, dass die seitens der Beklagten ermittelten Teilbeträge anlässlich der Jahresrechnung vom 29.11.2009 in Höhe von 281,00 € brutto unbillig, unwirksam und nicht fällig sind.
3. Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wird festgestellt, dass die Endabrechnungen der Klägerin vom 13.10.2004, 13.10.2005, 13.10.2006, 16.11.2007, 17.10.2008 und 20.11.2009 auf den Gasverbrauch unbillig, unwirksam und nicht fällig sind.
4. Unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils wird festgestellt, dass der Kläger von der Beklagten für den Zeitraum seit dem 01.01.1998 die Versorgung zu dem im Vertrag mit der Kundennummer [REDACTED] vereinbarten Konditionen zu versorgen hat und sämtliche Preisanpassungen durch die Beklagte unwirksam sind.

Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil. In dem in der Berufungsinstanz wiederholten Klageantrag unter Ziffer 1 seien immer noch Termine angegeben, an denen keine Tarifänderungen stattgefunden haben. Der Klageerweiterung stimme sie nicht zu. Die nachträglich eingeführten Preisänderungen seien bereits im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts vollzogen gewesen und wurden dort nicht geltend gemacht. Würden sie zugelassen, wäre umfangreicher neuer Sachvortrag zu deren Billigkeit erforderlich.

Der Kläger sei zu keiner Zeit Sondervertragskunde gewesen. Besondere Haftungsregelungen oder spezielle Preisänderungsklauseln habe der im Jahr 1979 geschlossene Versorgungsvertrag nicht enthalten. Der Kläger habe daher zu keiner Zeit annehmen können, von der Beklagten außerhalb der allgemeinen Versorgungspflicht beliefert zu werden. Das Schreiben vom 9.11.1979 sei ein Standardschreiben, das jeder Gaskunde von der Beklagten erhalten habe.

Dessen ungeachtet sei das Vertragsverhältnis inzwischen beendet. Dies ergebe sich aus der Korrespondenz der Parteien im Anschluss an ihr Schreiben vom August 2007. Der Kläger habe dieses Schreiben als Änderungskündigung aufgefasst und mit Schreiben vom 22.9.2007 ausdrücklich widersprochen. Das ihr von dem Kläger unterbreitete eigene Vertragsangebot habe die Beklagte mit Schreiben vom 30.1.2008 zurückgewiesen und eine Weiterversorgung in der Grundversorgung angekündigt. Seitdem werde der Kläger als Tarifkunde versorgt. Spätestens seit der Einstufung in die Grundversorgung bestehe ein gesetzliches Preisänderungsrecht.

Auch die Preiserhöhungen vom 1.1.2008, 1.8.2008, 1.12.2008, 1.2.2009 und 1.5.2009 seien durch nicht kompensierbare Bezugskostensteigerungen gerechtfertigt und entsprächen daher der Billigkeit. Die in den Bezugsverträgen mit den Vorlieferanten im Jahr 1996 vereinbarte lange Laufzeit bis 2015 war marktüblich. Nach einer Intervention des Bundeskartellamts sei der mit der Ferngas Nordbayern GmbH im Jahr 1996 bis 2015 abgeschlossene Liefervertrag in seiner Laufzeit begrenzt und der Bezug in den Jahren 2008 und 2010 ausgeschrieben worden. Während der Vertragslaufzeit habe sie mehrfach Vergünstigungen erwirkt.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED]. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der öffentlichen Sitzung vom 07.12.2010 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Soweit der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Abrechnungen begehrt hat, war seine Klage bereits unzulässig. Mit den weiter gestellten Anträgen vermag der von der Beklagten bis zum 1.10.2007 als Sondervertragskunde mit Gas versorgte Kläger nicht durchzudringen, weil die bis zum 1.10.2004 von der Beklagten verlangten Preise als vereinbart zu gelten haben und der Klä-

ger sich danach einem einseitigen Preisänderungsrecht der Beklagten unterworfen hat. Dieses Preisänderungsrecht wurde von der Beklagten bis zum Vertragsende in billiger Weise ausgeübt. Seit dem 1.10.2007 befindet sich der Kläger in der Grundversorgung. Die von der Beklagten danach kraft ihres gesetzlichen Preisänderungsrechts vorgenommenen Tarifierhöhungen und die daran anknüpfende Abschlagsbestimmung für das Jahr 2009 entsprachen ebenfalls der Billigkeit. Im Einzelnen:

1. Zulässigkeit der Klage

a) Soweit der Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Jahresabrechnungen bis 20.11.2009 (Ziffer 3 seines Antrages) geltend macht, ist die Klage unzulässig. Nach § 256 ZPO kann nur auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses geklagt werden. Die rechtskräftige Feststellung von Vorfragen oder Elementen eines Rechtsverhältnisses, zu denen auch Berechnungsgrundlagen für einen geltend gemachten Anspruch zählen, ist nach allgemeiner Rechtsauffassung nicht möglich (BGH NJW 1977, 1288, 1289; NJW 1995, 1097; Zöller/Greger, ZPO 28. Aufl. § 256 Rn. 5 mwN.). Jahresabrechnungen sind Feststellungen eines Rechnungsergebnisses. In ihnen legt der Abrechnende offen, auf welchen tatsächlichen Grundlagen er seinen Anspruch ermittelt hat. Sie sind daher nur Elemente eines Rechtsverhältnisses und deshalb einer gesonderten gerichtlichen Feststellung nicht zugänglich.

b) Der Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einzelner Preisanpassungen in der Zeit vom 13.9.2003 bis 1.5.2009 (Ziffer 1) ist in dem Antrag auf Feststellung, dass die Beklagte den Kläger für den Zeitraum seit dem 1.1.1998 zu den im Vertrag vereinbarten Konditionen zu versorgen hat und alle nachfolgenden Preisanpassungen unwirksam sind (Ziffer 4), enthalten. In der Einbeziehung weiterer Preisänderungen in den Antrag unter Ziffer 1 liegt daher keine Klageänderung i.S.v. § 533 Nr. 1 ZPO, über deren Zulassung infolge des Widerspruchs der Beklagten zu entscheiden wäre. Das Rechtsschutzbegehren des Klägers war bereits in erster Instanz darauf gerichtet, die Unbilligkeit aller Tarifierhöhungen nach dem 1.1.1998 feststellen zu lassen. Es wird durch die Neufassung des Antrags unter Ziffer 1 weder quantitativ, noch qualitativ erweitert. Der Umstand, dass die Beklagte hierzu ergänzend vortragen musste, steht dem nicht entgegen.

Hinsichtlich der Anträge unter Ziffer 1 und 4 ist auch ein nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliches Feststellungsinteresse anzuerkennen. Die Unwirksamkeit der Erhöhung und deren Auswirkung auf das künftige Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten lässt sich nur so verbindlich gerichtlich klären. Der Kläger kann nicht darauf verwiesen wer-

den, die von ihm gezahlte Erhöhung zurückzuverlangen. Die Rechtskraft einer Entscheidung über eine derartige Leistungsklage erstreckt sich stets nur auf den geltend gemachten Zahlungsanspruch, sie entfaltet keine Wirkung darüber hinaus (BGH NJW-RR 2002, 1377, 1378). Das Ziel der leugnenden Feststellungsklage im fortbestehenden Dauerschuldverhältnis kann mit der Leistungsklage daher nicht erreicht werden (BGH NJW 2007, 2540).

c) Soweit der Kläger unter Ziffer 2 nunmehr die Feststellung begehrt, dass die in der Jahresrechnung vom 29.11.2009 vorgenommene Festsetzung des monatlichen Abschlags auf 281 Euro unbillig, unwirksam und nicht fällig sei, ist seine Klage ebenfalls nach § 256 Abs. 1 ZPO zulässig. Nach ständiger Rechtsprechung können Inhalt eines Feststellungsurteils auch einzelne Beziehungen oder Folgen eines Rechtsverhältnisses sein (BGH NJW 1995, 1097; NJW-RR 1986, 104, 105). Der selbstständig einklagbare Anspruch auf Zahlung eines Abschlags in bestimmter Höhe gem. § 13 Abs. 1 GasGVV (vgl. de Wyl/Eder/Hartmann, Netzanschluss- und Grundversorgungsordnungen, § 13 StromGVV/GasGVV Rn. 3) ist eine einzelne Beziehung aus dem Grundversorgungsverhältnis und damit einer gesonderten Feststellung zugänglich. Auch das erforderliche Feststellungsinteresse ist gegeben, weil der Kläger im fortbestehenden Dauerschuldverhältnis sein Rechtsschutzziel mit der Leistungsklage nicht erreichen kann und das Bezugsjahr noch nicht abgerechnet ist.

2. Begründetheit der Klage

a) Der Kläger wurde von der Beklagten in der Zeit vom 9.1.1979 bis zum 1.10.2007 als Sondervertragskunde mit Gas versorgt. Seitdem befindet er sich in der Grundversorgung.

aa) Sondervertragskunde ist jeder Kunde, der nicht nach dem EnWG zu Allgemeinen Tarifen und Allgemeinen Bedingungen versorgt wird (BerlK-EnR/Kermel § 2 KAV Rn. 14). Die Rechtsvorgängerin der Beklagten war im Jahr 1979 nach § 6 Abs. 1 EnWG 1935 (RGBl. I 1451; BGBl. III 752 – 1) dazu verpflichtet, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekannt zu geben und zu diesen Bedingungen und Tarifpreisen im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren (§ 6 Abs. 2 Nr. 1 EnWG 1935) jedermann an ihr Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen. Dieser für die sog. Grundversorgung öffentlich bekannt zu machende allgemeine Tarif muss schon wegen der Verpflichtung zur Versorgung in wirtschaftlich ungünstigen aber noch nicht unzumutbaren Fällen höher kalkuliert sein, als Tarife die bestimmten Abnehmern mit höheren Verbrauchsmengen, besonderen Abnahmebedingungen (Nachtspeicherheizungen) oder höherer Bonität im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit angeboten werden können (vgl. KG Urt. v. 28.10.2008 – 21 U 160/06). Ob ein Versorgungsverhältnis im Rahmen der Grundversorgung oder davon abgesetzt auf der

Grundlage eines Sondervertrages zustande gekommen ist, kann deshalb nur danach beurteilt werden, ob das Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen angeboten hat, die von ihr für die Erfüllung ihrer Versorgungspflicht festgesetzt worden sind oder ob die Belieferung mit Energie außerhalb dieser Verpflichtung im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit nach unter anderen Gesichtspunkten bestimmten Bedingungen und Preisen erfolgen soll. Dabei ist auf die Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers abzustellen (BGH NJW 2009, 2662, 2663).

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat im Jahr 1979 Versorgungsverträge zu ihren dafür ausgearbeiteten sog. Allgemeinen Tarifpreisen abgeschlossen. Diese sahen unter I.1. einen sog. Kleinstverbrauchs- und Grundpreistarif für den Haushaltsbedarf und unter I. 2. einen sog. Kleinstverbrauchs- und Grundpreistarif für Gewerbe und sonstigen Gasverbrauch vor. Unter I.1. und I.2. war jeweils angefügt, dass für größere Abnahmemengen Sonderbedingungen eingeräumt werden. Auf der Grundlage dieses Tarfsystems wurde der Kläger am 9.11.79 (Anlage K 4) in den Tarif Gewerbe 96 GV 2 der „Preisrichtlinien für Sondervertragskunden“ eingestuft. Ein durchschnittlicher Abnehmer in der Situation des Klägers musste bei dieser Sachlage davon ausgehen, nicht zu dem Tarif versorgt zu werden, der für die verpflichtende Versorgung von jedermann ohne Ansehung der Person und ohne Ansehung der Abnahmemenge kalkuliert worden war. Stattdessen konnte er annehmen, zu einem günstigeren Tarif abgeschlossen zu haben, der auf die von ihm zu erwartende Abnahmemenge zugeschnitten und nicht mit den durch die Risiken der Grundversorgung verbundenen Zuschlägen belastet ist.

Die als Auslegungshilfe heranzuziehende nachfolgende Vertragspraxis (vgl. BGH NJW 2007, 1981, 1982 f.) deutet nachdrücklich darauf hin, dass es auch der Beklagten darauf ankam, den Kläger als Sonderkunden zu beliefern. Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag des Klägers hat die Beklagte in Bezug auf ihn nur die nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 KAV für Sonderverträge vorgesehenen Konzessionsabgaben bezahlt, die unter denjenigen lagen, die bei einer Grundversorgung angefallen wären. Die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin hatten daher ein greifbares wirtschaftliches Interesse den Beklagten als Sonderkunden zu versorgen. Das Schreiben der Beklagten vom August 2007 (Anlage K 12), in dem sie dem Kläger für den Fall, dass er einer Einbeziehung der GasGVV nicht zustimmt, eine Umstufung in die Grundversorgung ankündigte, bestätigt diese Einschätzung. Es kann daher im Ergebnis kein Zweifel daran bestehen, dass der Kläger von der Rechtsvorgängerin der Beklagten ab dem 9.11.1979 auf der Grundlage eines Sondervertrages und damit außerhalb der Grundversorgung mit Gas beliefert worden ist.

Der Einwand der Beklagten, bei dem Schreiben vom 9.11.1979 habe es sich um ein Standardschreiben gehandelt, stellt dieses Ergebnis nicht in Frage. Entscheidend ist die von der Rechtsvorgängerin der Beklagten veranlasste Einstufung des Klägers in ihr Tarifsysteem und die davon ausgehende Indizwirkung. Ebenfalls ohne Bedeutung ist es, dass der am 9.11.1979 geschlossene Versorgungsvertrag keine besonderen Haftungsregelungen oder spezielle Preisänderungsklauseln enthielt. Das zu diesem Zeitpunkt geltende EnWG 1935 enthielt für Sonderverträge noch keine § 41 EnWG 2005 entsprechende Bestimmung, so dass dem Fehlen derartiger Regelungen keine Indizwirkung für die von den Parteien angestrebte Einstufung des Versorgungsverhältnisses zukommt.

bb) Das am 9.11.1979 begründete Sondervertragsverhältnis ist zum 1.10.2007 beendet worden. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die Beklagte zu einer Kündigung des Versorgungsvertrages vom 9.11.1979 berechtigt war. Dieses Kündigungsrecht hat sie mit ihrem Schreiben vom August 2007 mit Wirkung zum 1.10.2007 ausgeübt. Die Beklagte hat dem Kläger eine Änderung des Vertrages (Einbeziehung der GasGVV) angetragen und für den Fall der Nichtannahme dieses Angebots die Kündigung erklärt (sog. Änderungskündigung). Der Umstand, dass die Kündigung unter einer Bedingung erklärt worden ist, macht diese nicht unwirksam, weil der Eintritt der Bedingung allein im Einflussbereich des Klägers lag (sog. Potestativbedingung) und deshalb für ihn keine Ungewissheit darüber bestand, ob das Vertragsverhältnis fortgilt oder nicht (vgl. BGH NJW 2004, 284; BB 1973, 819; H. P. Westermann, in: MüKo-BGB 5. Aufl. § 158 Rn. 30, 31). Der Kläger hat das ihm gemachte Angebot nicht angenommen und damit die Kündigung wirksam gemacht. Die mit Änderungen versehene Rücksendung des Antragsformulars, stellte ein neues Vertragsangebot des Klägers an die Beklagte dar (§ 150 Abs. 2 BGB), das von ihr nicht angenommen worden ist.

Soweit die Beklagte den Gasverbrauch des Klägers am 17.10.2008 und 20.11.2009 nicht nach dem von ihr für die Grundversorgung vorgesehenen öffentlich bekannt gemachten Tarif abgerechnet, sondern einen von ihr als „Sonderpreis 2“ bezeichneten Tarif zugrunde gelegt hat, wurde dadurch weder ein neues Sondervertragsverhältnis begründet, noch das gekündigte Vertragsverhältnis fortgesetzt. Die Rechtsfolgen einer wirksamen Kündigung können entgegen der Auffassung des Klägers weder einseitig widerrufen, noch zurückgenommen werden (BGH NJW 1998, 2664, 2666). Dass zwischen den Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden wäre, wird von keiner Seite behauptet.

Der Kläger befindet sich daher seit der Beendigung des Sondervertragsverhältnisses zum 1.10.2007 in der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005.

b) Der Ausgangspreis und alle von der Beklagten bis zum 1.10.2004 in das Vertragsverhältnis eingeführten Preise sind der gerichtlichen Nachprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB entzogen, weil es sich jeweils um vereinbarte Preise handelt.

aa) Eine unmittelbare Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB setzt voraus, dass die Parteien vereinbart haben, dass eine von ihnen nach Abschluss des Vertrags eine der zu erbringenden Leistungen einseitig bestimmen soll. Dagegen liegt kein Fall des § 315 Abs. 3 BGB vor, wenn eine Partei einseitig einen neuen Preis für die von ihr erbrachte Leistung in ein Vertragsverhältnis einführt und der Geschäftsgegner anschließend ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten erklärt, diesen Preis als vertraglich geschuldete Gegenleistung anzuerkennen. Vorliegend hat der Kläger nicht nur unstreitig den bei Abschluss des Gasvollversorgungsvertrags im Jahr 1979 von der Beklagten geforderten Preis (vgl. BGH NJW 2007, 1672 Rn. 7; 2540 Rn. 32), sondern auch alle Preisänderungen der Beklagten vor der mit Schreiben vom 25.1.2005 erstmals beanstandeten Preisänderungen vom 1.10.2004 als Bestandteil der vertraglichen Einigung anerkannt. Dies ergibt sich aus seinem Bezugs- und Zahlungsverhalten bis zu diesem Zeitpunkt und dem Inhalt seines Schreibens vom 25.1.2005.

Ob und gegebenenfalls welcher Erklärungswert einem bestimmten Verhalten zukommt, ist nach § 133 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Hierzu ist das gesamte Verhalten des Erklärenden in den Blick zu nehmen, soweit darin Anhaltspunkte für eine Ermittlung des tatsächlichen Erklärungswillens gefunden werden können (vgl. BGH NJW 2007, 1581, 1582 f.; 2003, 2235, 2236; Busche, in: MüKo-BGB. 5. Aufl. § 133 Rn. 52 m.w.N.). Späteren Äußerungen eines Beteiligten kann dabei die Bedeutung einer Selbstinterpretation eigenen früheren rechtsgeschäftlichen Verhaltens zukommen (Busche, in: MüKo-BGB. 5. Aufl. § 133 Rn. 60; Jauernig, BGB 13. Aufl. § 133 Rn. 9 m.w.N.). Vorliegend hat der Kläger von 1979 an bis zu der im Schreiben vom 25.1.2005 erstmalig beanstandeten letzten Preiserhöhung zum 1.10.2004 über viele Jahre hinweg einseitige öffentlich bekannt gemachte Preisänderungen der Beklagten unbeanstandet gelassen und weiter Gas bezogen. Auch wenn davon auszugehen ist, dass in der widerspruchslosen Hinnahme von Rechnungen und deren Bezahlung in der Regel kein Anerkenntnis der Berechtigung des geforderten Betrages liegt (BGH NJW-RR 2007, 530; NJW 1979, 1306; Palandt/Sprau 69. Aufl. § 781 Rn. 8 m.w.N.), kann sich im Einzelfall aus weiteren Umständen ergeben, dass der Schuldner mit der Zahlung auch konkludent erklärt hat, die der Abrechnung zugrunde liegende Preisfestlegung durch den Geschäftsgegner für die Vergangenheit als für ihn verbindlich akzeptieren zu wollen (vgl. BGH NJW 1995, 3311, 3312). So liegt es hier. Der Kläger hat in seinem Schreiben vom 25.1.2005

die Beklagte darüber unterrichtet, dass er bis zum Nachweis der Billigkeit der letzten Preiserhöhung nur den um einen Sicherheitsaufschlag erhöhten „alten Preis“ bezahlen werde. Diese Erklärung kann nur dahingehend verstanden werden, dass für den Kläger die Verbindlichkeit des alten Preises zu diesem Zeitpunkt außer Frage stand. Sie rechtfertigt zugleich die Annahme, dass in dem bis dahin von dem Kläger über viele Jahre an den Tag gelegten Bezugs- und Zahlungsverhalten tatsächlich der Wille zum Ausdruck gekommen ist, die von der Beklagten in das Vertragsverhältnis eingeführten Preise als Bestandteil der gemeinsamen Vertragsbeziehung hinnehmen zu wollen.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14.7.2010 (Az. VIII ZR 246/08, MDR 2010, 1096, Tz. 57ff.) steht dieser Auslegung nicht entgegen. Danach kann die vorbehaltlose Begleichung einer auf erhöhten Preisen beruhenden Jahresrechnung eines Energieversorgers durch einen Letztverbraucher regelmäßig nicht als stillschweigende Zustimmung zu der in die Abrechnung eingestellten Preiserhöhung gedeutet werden, wenn es sich bei dem Verbraucher um einen Sonderkunden handelt und der zugrunde liegende Versorgungsvertrag keine wirksame Preisanpassungsklausel enthält. Dies hat der Bundesgerichtshof damit begründet, dass die Begleichung einer Rechnung lediglich eine Erfüllungshandlung ohne einen darüber hinausweisenden Aussagegehalt sei und der Übersendung einer Jahresabrechnung mit einseitig erhöhten Preisen nicht ohne weiteres der Wille des Versorgers entnommen werden könne, eine Änderung des Gaslieferungsvertrags herbeizuführen. Die Verhältnisse im vorliegenden Fall weichen hiervon in wesentlichen Punkten ab. So hat die Beklagte dem Kläger nicht nur Jahresabrechnungen mit erhöhten Preisen übersandt, sondern diese Preiserhöhungen zuvor auch öffentlich bekannt gemacht. Die Beklagte hat damit für ihre Tarifierhöhungen ein § 36 Abs. 1 EnWG 2005, § 10 Abs. 1 EnWG 1998, § 61 Abs. 1 EnWG 1935 entsprechendes Verfahren gewählt, dass in Grundversorgungsverhältnissen für die Bekanntmachung von Preiserhöhungen vorgesehen ist. Für den Kläger konnte unter diesen Umständen kein Zweifel daran bestehen, dass die Beklagte eine verbindliche Preisvereinbarung anstrebte. Dass in der vorbehaltlosen Begleichung der jeweiligen Jahresabrechnungen nicht nur eine Erfüllungshandlung lag, sondern auch der Geschäftswille des Klägers zum Ausdruck gekommen ist, die berechneten erhöhten Preise als Vertragspreise zu akzeptieren, wird durch das Schreiben des Klägers vom 25.1.2005, mit dem er ankündigt, den alten Preis weiter zu bezahlen, und den fortgesetzten Gasbezug hinreichend belegt.

bb) Für eine Billigkeitskontrolle der zwischen den Parteien vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB wegen einer Monopolstellung der Beklagten ist kein Raum.

Nach der Rechtsprechung des BGH sind 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 festzusetzen und deshalb einer Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterworfen (vgl. BGH NJW 1979, 597; 1992, 171; 2005, 2919; NJW-RR 2006, 133). Dies ist zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, gilt aber auch für den Fall des Anschluss- und Benutzungszwangs.

Zwar ist im Streitfall davon auszugehen, dass dem Kläger in dem maßgeblichen Zeitraum kein anderer Gasanbieter zur Verfügung stand, sodass die Beklagte auf dem für die kartellrechtliche Beurteilung sachlich und räumlich relevanten Gasversorgungsmarkt marktbeherrschend war (vgl. BGH NJW 2008, 2172 Tz. 12; 2002, 3779), doch liefe eine auf eine analoge Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB gestützte umfassende gerichtliche Kontrolle der von der Beklagten in das Vertragsverhältnis eingeführten allgemeinen Tarife der Intention des Gesetzgebers zuwider, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung derartiger Tarife wiederholt abgelehnt hat (BGH NJW 2009, 502 Tz. 19 ff.; 2009, 2894 Tz. 17).

So hat der Gesetzgeber schon bei Erlass der Verordnung über allgemeine Tarife für die Versorgung mit Gas vom 10.2.1959 (Bundestarifordnung Gas, BGBl I, 46, aufgehoben durch Art. 5 Abs. 2 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 24. 4. 1998, BGBl I, 730) bewusst die Entscheidung getroffen, die allgemeinen Tarife der Gasversorger – anders als diejenigen der Stromwirtschaft – keiner behördlichen Genehmigung mehr zu unterwerfen (BGH NJW 2007, 2540 Tz. 34), weil er die Aufrechterhaltung von Preisbindungsvorschriften für Gas in einer nach den Grundsätzen des Wettbewerbs ausgerichteten sozialen Marktwirtschaft für systemwidrig hielt (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Stand: Juni 2000, Präambel BTO Gas Anm. II 1). Dabei ist er davon ausgegangen, dass Gasversorger insofern in einem (Substitutions-)Wettbewerb stehen, als sie mit den Anbietern anderer Heizsysteme und Heizenergieträger um Neukunden konkurrieren, die erstmals oder im Rahmen einer Renovierungsmaßnahme vor der Entscheidung über die Art der Beheizung ihres Gebäudes stehen.

Bei der Deregulierung und Liberalisierung der Energiewirtschaft durch das Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts (EnWG 1998) hat der Gesetzgeber ausdrücklich an dieser Auffassung festgehalten und erneut die Überzeugung zum Ausdruck gebracht, dass zwischen Strom und Gas ein deutlicher Unterschied besteht, weil Strom regelmäßig nicht zu ersetzen sei, Gas dagegen überwiegend im Substitutionswettbewerb insbesondere zu Öl, aber auch zum Beispiel zu Fernwärme, Strom und Wärmepumpen stehe (BT-Dr 13/7274, S.

9 und 16). Seine Entscheidung, von einer staatlichen Regulierung der allgemeinen Tarife für Gas und (nach dem am 1.7.2007 erfolgten Außerkrafttreten der Bundestarifordnung Elektrizität durch das Zweite Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005, BGBl I, 1970, S. 2018) auch für Strom abzusehen, hat der Gesetzgeber danach bei Erlass des Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels vom 18.12.2007 (BGBl I, 2966) nochmals bestätigt. Zwar wurden von ihm Defizite bei der Entwicklung funktionierender Wettbewerbsmärkte insbesondere im Haushaltskundengeschäft mit Gas festgestellt (Begr. zum GE der BReg, BT-Dr 16/5847, S. 9), doch kam es in der Folge durch die Einführung von § 29 GWB lediglich zu einer Verschärfung des kartellrechtlichen Instrumentariums. Eine umfassende Preisregulierung wurde ausdrücklich abgelehnt.

Diese legislative Einschätzung kann bei der Frage, ob die allgemeinen Tarife (Preise) von Gasversorgungsunternehmen wegen einer Monopolstellung des Anbieters in entsprechender Anwendung von § 315 BGB einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen sind, nicht unberücksichtigt bleiben. Zudem hat der Gesetzgeber auch im Übrigen die Einbindung der Zivilgerichte in die Missbrauchskontrolle reduziert. Die in § 29 Nr. 1 GWB in der Fassung des Regierungsentwurfs (BT-Dr 16/5847, S. 5) vorgesehene Darlegungs- und Beweislast der Energieversorgungsunternehmen dafür, dass im Vergleich zu anderen Versorgungsunternehmen ungünstigere Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen sachlich gerechtfertigt sind, ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Verfahren vor den Kartellbehörden beschränkt worden, um eine von den Energieversorgern befürchtete Prozessflut bei den Zivilgerichten zu verhindern (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie v. 14.11.2007, BT-Dr 16/7156, S. 9 f.; BT-PlenProt. 16/126 v. 15.11.2007, S. 1316 f.). Der Anwendungsbereich der Vorschrift, die in ihrer ursprünglichen Fassung zu einer deutlichen Aufwertung der zivilrechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Kunden gegenüber der Preisgestaltung von Gasversorgungsunternehmen hätte führen können, ist dabei ausdrücklich so weit eingeschränkt worden, dass sie keine Grundlage für zivilrechtliche Auseinandersetzungen mehr bieten konnte (vgl. BT-PlenProt. 16/126, S. 13170). Angesichts der erklärten Absicht des Gesetzgebers, überhöhte Preise im Bereich der Versorgung mit Gas und Strom ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, sind die Zivilgerichte zu einer entsprechenden Anwendung von § 315 BGB und einer darauf gestützten umfassenden Billigkeitskontrolle allgemeiner Tarife von Gasversorgungsunternehmen nicht mehr legitimiert. Diese für die Grundversorgung aufgestellten Grundsätze müssen erst Recht für Sondervertragskunden gelten, da diesen kein höherer Schutz zukommen kann.

c) Die Preisänderungen der Beklagten ab dem 1.10.2004 waren gerechtfertigt, weil ihr jeweils ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zustand und die einzelnen Preiserhöhungen einer Billigkeitskontrolle standhalten.

aa) Der Rechtsgrund für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten ist bis zu der Beendigung des Sonderkundenverhältnisses zum 1.10.2007 nicht die AVBGasV, sondern eine konkludent geschlossene vertragliche Vereinbarung.

(1) Die Beklagte kann ihr einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht aus der AVBGasV herleiten.

Da der Kläger von der Beklagten als Sonderkunde und nicht im Rahmen der Grundversorgung beliefert worden ist, kommt eine unmittelbare Anwendung der AVBGasV aus Rechtsgründen nicht in Betracht (BGH NJW 2008, 2172 Tz. 29; OLG Oldenburg Urte.v.5.9.08 – 12 U 49/07 [S. 7]). Die Regelungen der AVBGasV sind auch nicht als Allgemeine Geschäftsbedingungen Inhalt des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien geworden. Allein der Umstand, dass unter Ziffer 5 der dem Kläger bei Vertragsschluss mitgeteilten Preisrichtlinien für Sondervertragskunden vom 1.10.1979 davon die Rede ist, dass auch die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz Gegenstand des Vertragsverhältnisses sein sollen, hat nicht zu einer wirksamen Einbeziehung der AVBGasV geführt. Will eine Partei von ihr verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen in ein Vertragsverhältnis einbeziehen, hat sie dem Vertragsgegner die Möglichkeit zu verschaffen, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Dafür reicht eine bloße Bezugnahme jedenfalls dann nicht aus, wenn die verwendeten Bedingungen – wie vorliegend die AVBGasV – komplex sind und der Vertragspartner geschäftlich unerfahren ist (vgl. BGH NJW-RR 1999, 1246; NJW 1990, 715, 716). In diesen Fällen ist es unerlässlich, dass der Verwender seinem Geschäftsgegner auch eine gedruckte Ausgabe der in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zuleitet (BGH NJW 2009, 1486 Tz. 12 ff.; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl. § 305 Rn. 35). Dies ist unstreitig nicht geschehen. Die Tatsache, dass in den Folgejahren auch in den Erläuterungen zu jeder Abrechnung Hinweise auf die AVBGasV enthalten waren, ändert daran nichts.

(2) Die Beklagte war jedoch zu einseitigen Preisänderungen berechtigt, weil zwischen den Parteien eine entsprechende konkludent getroffene vertragliche Vereinbarung bestand.

Wie jede andere nicht besonderen Formvorschriften unterliegende vertragliche Regelung kann auch ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht durch konkludente Erklärungen ver-

einbart werden. Voraussetzung dafür ist allein, dass zwischen den Parteien eine Einigung positiv festgestellt werden kann, nach der sich die eine Seite der Bestimmung einer Leistung durch die andere Seite unterwirft und sich dabei lediglich eine Billigkeitsüberprüfung vorbehält (Rieble, in: Staudinger, BGB Neubearb. 2009 § 315 Rn. 234). Dies ist hier der Fall.

Der Kläger hat der Beklagten in seinem Schreiben vom 25.1.2005 (Anlage K 5) mitgeteilt, dass er die von ihr zuletzt (zum 1.10.2004) verkündeten Erhöhung der Erdgaspreise für unbillig nach § 315 BGB hält und sie darum gebeten, ihre Berechtigung für einseitige Preiserhöhungen nachzuweisen. Im Weiteren heißt es wörtlich:

„Ich fordere Sie hiermit auf, mir die Erforderlichkeit und die Angemessenheit der Preiserhöhung durch nachvollziehbare und prüffähige Offenlegung ihrer Kalkulationsgrundlagen nachzuweisen, insbesondere die Steigerung ihrer Bezugs- und sonstigen Kosten und den Anteil dieser Kosten am Gesamtpreis. Bis sie ihren Nachweis erbracht haben, zahle ich nur den alten Preis zzgl. eines Sicherheitsaufschlags von 2 %.“

Aus dieser Erklärung ergibt sich unmissverständlich, dass der Kläger die Beklagte grundsätzlich für berechtigt gehalten hat, die vereinbarten Preise zu erhöhen, soweit dies aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich ist und sich der Erhöhungsbetrag im Bereich des Angemessenen bewegt. Dabei lässt die angekündigte Zahlung eines Sicherheitsaufschlags erkennen, dass der Kläger durchaus davon ausging, dass auch die beanstandete einseitige Preiserhöhung vom 1.10.2004 zumindest zum Teil durch unabwendbare Kostensteigerungen gedeckt und deshalb für ihn verbindlich ist. Schließlich ist auch die ausdrückliche Bezugnahme des Klägers auf die Vorschrift des § 315 BGB nur unter der Prämisse sinnvoll und verständlich, dass der Beklagten dem Grunde nach ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zusteht, dessen Ausübung im Einzelfall Billigkeitserfordernissen zu genügen hat. Soweit der Kläger darauf abhebt, in seinem Schreiben vom 25.1.2005 auch einen Nachweis der Berechtigung von Preiserhöhungen gefordert zu haben, ergibt sich daraus nicht, dass der Bestand eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts grundsätzlich in Frage gestellt werden sollte. Stattdessen lässt der dargestellte Kontext darauf schließen, dass an dieser Stelle nur der Nachweis eingefordert werden sollte, dass die beanstandete Preiserhöhung tatsächlich wirtschaftlich berechtigt war. Ein Wille des Klägers die streitige Tarifierhöhung – gleich aus welchem Grund – zu Fall bringen zu wollen, kann dem gerade nicht entnommen werden (vgl. OLG Köln Urt. v. 19.02.2010 - 19 U 143/09).

Die Beklagte hat auch in der Folgezeit weiter einseitig Preise erhöht, wobei sie – wie sich aus ihrem Schreiben vom August 2007 (Anlage K 12) ergibt – davon ausging, die Bestimmungen der AVBGasV als Allgemeine Geschäftsbedingungen zum Vertragsgegenstand ge-

macht zu haben und deshalb nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV hierzu befugt zu sein. Der Umstand, dass die Beklagte ihr einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nicht aus einer individualvertraglichen Vereinbarung, sondern aus vermeintlich zum Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hergeleitet hat, ändert nichts daran, dass zwischen den Parteien über die Vereinbarung eines solchen Rechtes eine Willenseinigung bestand, die auch in der Vertragspraxis einen übereinstimmenden Ausdruck gefunden hat (vgl. BGH NJW 1961, 1668, 1669). Dies reicht für die Annahme einer wirksamen rechtsgeschäftlichen Abrede aus.

Für eine bei langlaufenden Versorgungsverträgen ohne wirksame Preisanpassungsklausel grundsätzlich in Betracht zu ziehende ergänzende Vertragsauslegung (vgl. BGH Ur.v.14.7.2010 - Az. VIII ZR 246/08, Tz. 52) ist bei dieser Sachlage kein Raum, weil die vertragliche Regelung keine planwidrige Unvollständigkeit aufweist (vgl. BGH NJW 1997, 3284; NJW-RR 1991, 176, 177).

bb) Nach dem 1.10.2007 ergibt sich das einseitige Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten aus § 5 Abs. 2 GasGVV. Der Kläger wurde ab diesem Zeitpunkt von der Beklagten nur noch im Rahmen der Grundversorgung nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005 mit Gas beliefert, so dass die am 8.11.2006 an die Stelle der AVBGasV getretene GasGVV (Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz vom 26.10.2006, BGBl. I, 2396) unmittelbar Anwendung findet (§ 1 Abs. 1 GasGVV). Nach § 5 Abs. 2 GasGVV ist der Versorger berechtigt, die allgemeinen Tarife und Bedingungen zu ändern, zu denen er nach § 36 Abs. 1 EnWG 2005 EnWG jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und zu versorgen hat (vgl. BGH NJW 2008, 2172 Tz. 29).

cc) Alle beanstandeten Preisänderungen entsprechen der Billigkeit und sind deshalb nach § 315 Abs. 3 S. 1 BGB für den Kläger verbindlich.

(1) Die Beklagte hat sowohl das ihr bis zum 1.10.2007 aufgrund vertraglicher Vereinbarung zustehende Leistungsbestimmungsrecht, als auch das ihr danach durch § 5 Abs. 2 GasGVV eingeräumte Tarifänderungsrecht (vgl. BGH NJW 2009, 502 Tz. 26) nach billigem Ermessen ausgeübt (§ 315 Abs. 1 BGB).

Die Preiserhöhung eines Energieversorgers hält sich in den durch § 315 Abs. 1 BGB gezogenen Grenzen, wenn sie lediglich der Weitergabe von Bezugskostensteigerungen dient, die während der Vertragslaufzeit aufgetreten sind und nicht durch Kostensenkungen in anderen

Bereichen ausgeglichen werden konnten (BGH NJW 2009, 502 Tz. 30 ff.; NJW 2007, 2540 Tz. 22 m.w.N.). Dabei ist dem Versorger ein gewisser unternehmerischer Entscheidungsspielraum zuzubilligen, den er in den Grenzen der Billigkeit (§ 315 BGB) ausschöpfen darf (vgl. BGH in NJW 2007, 2540 ff. Tz. 25; Steenbuck MDR 2003, 122 ff.). Eine Preiserhöhung ist erst dann unbillig, wenn sie dazu genutzt wird, den Gewinn zu erhöhen und deshalb den Kunden unangemessen benachteiligt (OLG Koblenz Urt. v. 12.04.2010 - 12.U 18/08).

Werden von dem Versorger Tarifsenkungen vorgenommen, unterliegen auch diese der Billigkeitsüberprüfung. Auch in diesem Fall übt der Versorger sein Preisänderungsrecht nach Maßgabe von § 315 Abs. 1 BGB aus. Der Kunde hat einen Anspruch darauf, an Absenkungen der Bezugskosten in gleicher Weise zu partizipieren, wie er sich an Bezugskostensteigerungen zu beteiligen hat. Andernfalls wäre es dem Versorger möglich, seine Gewinnspanne in Phasen niedriger Bezugspreise zu erhöhen, indem Preissenkungen nicht weitergegeben werden, während bei eintretenden Bezugskostensteigerungen eine vollständige Entlastung zum Nachteil der Endverbraucher erfolgen kann.

(2) Die Beklagte hat vorgetragen, lediglich am 1.10.2004, 1.8.2005, 1.1.2006, 1.10.2006, 1.1.2008, 1.8.2008 und 1.12.2008, Preiserhöhungen vorgenommen zu haben. Am 1.1. und 1.4.2007 sowie am 1.2. und 1.5.2009 seien die Preise gesenkt worden. Im Einzelnen:

Preisanhebungen:

01.10.2004	0,20 ct/kWh,
01.08.2005	0,50 ct/kWh,
01.01.2006	0,40 ct/kWh,
01.10.2006	0,53 ct/kWh,
01.01.2008	0,30 ct/kWh,
01.08.2008	0,85 ct/kWh,
01.12.2008	0,60 ct/kWh.

Preissenkungen:

01.01.2007	0,17 ct/kWh,
01.04.2007	0,35 ct/kWh,
01.02.2009	0,70 ct/kWh,
01.05.2009	1,00 ct/kWh.

Soweit der Kläger weitere Preisänderungen behauptet hat, vermochte er dazu trotz bestehender Darlegungs- und Beweislast keinen tatsächengestützten Vortrag anzubringen. Auch wurde kein Beweis angeboten.

(3) Diese unstreitigen Preisänderungen waren jeweils aufgrund entsprechender Bezugskostensteigerungen gerechtfertigt.

Im fraglichen Zeitraum hat die Beklagte ihr Gas von der Ferngas Nordbayern GmbH und der Entega Vertriebs GmbH & Co. KG in Darmstadt bezogen. Mit beiden Unternehmen hatte sie am 27.12.1991 (Anlage B 16) und 2.9.1985 (Anlage B 17) Gasbezugsverträge abgeschlossen, die sog. Preisgleitklauseln enthielten. Diese Klauseln sahen vor, dass der von der Beklagten zu bezahlende Arbeitspreis unmittelbar durch die Entwicklung der Preise für leichtes und schweres Heizöl bestimmt wird. Diese Anbindung wurde durch eine mathematische Formel gewährleistet, nach der der jeweils zu zahlende Arbeitspreis zu errechnen war und in der die Referenz- und Basiswerte für schweres und leichtes Heizöl die maßgeblichen Indizes darstellten. Wie sich aus den vorgelegten Schreiben der Ferngas Nordbayern vom 19.11.2008 (Anlage B 20) sowie 27.8.2010 (Anlage BB 20) und ENTEGA Vertriebs GmbH vom 18.11.2008 (Anlage B 21) ergibt, veränderten sich die Bezugspreise für die Beklagte infolge der vertraglichen Bindungen wie folgt:

	FGN	Entega
IV. Quartal 2004 (ab 01.10.04)	+ 0,0763 ct/kWh	+ 0,0764 ct/kWh
I. Quartal 2005 (ab 01.01.05)	+ 0,2729 ct/kWh	+ 0,2912 ct/kWh
II. Quartal 2005 (ab 01.04.05)	+ 0,3006 ct/kWh	+ 0,3006 ct/kWh
III. Quartal 2005 (ab 01.07.05)	+ 0,0792 ct/kWh	+ 0,0792 ct/kWh
IV. Quartal 2005 (ab 01.10.05)	+ 0,1159 ct/kWh	+ 0,1158 ct/kWh
I. Quartal 2006 (ab 01.01.06)	+ 0,411 ct/kWh	+ 0,4107 ct/kWh
II. Quartal 2006 (ab 01.04.06)	+ 0,2838 ct/kWh	+ 0,2838 ct/kWh
III. Quartal 2006 (ab 01.07.06)	- 0,0258 ct/kWh	- 0,0258 ct/kWh
IV. Quartal 2006 (ab 01.10.06)	+ 0,2593 ct/kWh	+ 0,2593 ct/kWh
I. Quartal 2007 (ab 01.01.07)	- 0,1689 ct/kWh	- 0,1689 ct/kWh
II. Quartal 2007 (ab 01.04.07)	- 0,3622 ct/kWh	- 0,3622 ct/kWh

II. Quartal 2007 (ab 01.04.07)	- 0,3622 ct/kWh
III. Quartal 2007 (ab 01.07.07)	- 0,0773 ct/kWh

IV. Quartal 2007 (ab 01.10.07)	+ 0,1048 ct/kWh
I. Quartal 2008 (ab 01.01.08)	+ 0,3264 ct/kWh
II. Quartal 2008 (ab 01.04.08)	+ 0,3529 ct/kWh
III. Quartal 2008 (ab 01.07.08)	+ 0,4900 ct/kWh
IV. Quartal 2008 (ab 01.10.08)	+ 0,6434 ct/kWh
I. Quartal 2009 (ab 01.01.09)	- 0,3257 ct/kWh
II. Quartal 2009 (ab 01.04.09)	- 1,2525 ct/kWh

Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme und der vorgelegten Urkunden hat der Senat keinen Zweifel daran, dass die Beklagte den dargestellten Preisänderungen ausgesetzt war.

Der als Zeuge gehörte Wirtschaftsprüfer [REDACTED] hat angegeben, von der Beklagten beauftragt worden zu sein, für die Zeit vom 12.1.2004 bis 31.12.2006 zu überprüfen, ob in Rechnung gestellte Bezugspreise in vollem Umfang oder mit Zu- und Abschlägen an die Endkunden weitergegeben worden sind. Dabei habe er Einblick in die vorliegenden Rechnungen sowie die Verträge mit den Vorlieferanten genommen und die gültigen Bezugspreise nochmals errechnet. Diese Prüfung habe ergeben, dass die von den Vorlieferanten geforderten Arbeitspreise der Vertragslage entsprachen. Ein einmalig gewährter Nachlass in Höhe von 100.000,- Euro sei an die Einrichtung einer Erdgastankstelle gebunden gewesen und habe den Charakter einer Subvention gehabt. Anschließend habe er die fünf Tarifgruppen der Beklagten betrachtet und festgestellt, dass es jeweils zu gleichmäßigen Erhöhungen des Arbeitspreises gekommen sei. Die Summe der Erhöhungen bei den Tarifen für Endverbraucher sei jeweils niedriger gewesen, als die von den Lieferanten in Rechnung gestellten erhöhten Bezugspreise. Eine mengengewichtige Betrachtung habe dieses Ergebnis bestätigt.

Der Zeuge [REDACTED] hat berichtet, im Auftrag der Beklagten für die Jahre 2004 bis 2008 die Entwicklung der Bezugskosten und deren Weitergabe geprüft zu haben. Dabei hätten ihm alle Lieferverträge, Abrechnungen und Preisblätter zur Verfügung gestanden. Auch Dokumente über etwaige Rabatte habe er einsehen können. Auf dieser Grundlage habe er für jedes Wirtschaftsjahr die Gasbezugskosten ermittelt, wobei auch eine das unterschiedliche Verbrauchsverhalten in den einzelnen Quartalen berücksichtigende Betrachtung angestellt worden sei. Daraus habe sich ergeben, dass die von der Beklagten an ihre Vorlieferanten zu zahlenden Bezugskosten in dem Zeitraum von 2004 bis 2008 um 1,1224 ct/kWh erhöht worden seien und sie davon nur 0,9447 ct/kWh an ihre Abnehmer weitergegeben habe. Auch habe festgestellt werden können, dass die Preisweitergaben gleichförmig unterhalb der gestiegenen Einstandspreise geblieben seien.

Der Kläger hat die Richtigkeit der in den Schreiben der Vorlieferanten der Beklagten enthaltenen Angaben nicht in Frage gestellt. Der Senat ist davon überzeugt, dass sie den Tatsachen entsprechen. Die von den Zeugen vorgenommenen Überprüfungen haben bestätigt, dass die Vorlieferanten der Beklagten den Lieferverträgen entsprechend abgerechnet haben.

Die Beklagte vermochte auch darzulegen und zu beweisen, dass die gestiegenen Bezugskosten nicht in vollem Umfang an die Kunden weitergegeben wurden. Die Beklagte war in der Zeit vom 01.10.2004 bis 31.12.2006 Bezugskostensteigerungen in einer Gesamthöhe von 1,7833 ct/kWh (Ferngas Nordbayern) und 1,7912 ct/kWh (Entega Vertriebs GmbH) ausgesetzt. Im gleichen Zeitraum hat sie gegenüber dem Kläger den Arbeitspreis um insgesamt 1,63 ct/kWh erhöht. In der Zeit vom 1.1.2007 bis zum 30.9.2007 fiel der Bezugspreis im Verhältnis zur Ferngas Nordbayern um 0,4395 ct/kWh. Der von dem Kläger verlangte Arbeitspreis wurde von der Beklagten in dieser Periode um insgesamt 0,52 ct/kWh abgesenkt. Nachdem der Arbeitspreis im Vorlieferantenverhältnis zur Ferngas Nordbayern bis zum 31.12.2008 wieder um insgesamt 1,9175 ct/kWh gestiegen war, hat die Beklagte den Arbeitspreis gegenüber dem Kläger um insgesamt 1,75 ct/kWh erhöht. Schließlich stehen Preissenkungen im Vorlieferantenverhältnis von 1,5782 ct/kWh in der Zeit vom 1.1.2009 bis 30.6.2009 Preissenkungen im Verhältnis zum Kläger am 1.2. und 1.5.2009 in einer Gesamthöhe von 1,7 ct/kWh gegenüber. Allein eine vergleichende Betrachtung dieser Zahlen legt die Annahme nahe, dass die Beklagte bei ihren im Verhältnis zum Kläger vorgenommenen Preisänderungen lediglich auf Preisänderungen im Vorlieferantenverhältnis reagiert hat. Die Tatsache, dass die Beklagte für die Zeit ab dem dritten Quartal 2007 die im Verhältnis zu ihrem Lieferanten Entega GmbH bezahlten Arbeitspreise nicht mehr vorgelegt hat, ist dabei ohne Bedeutung. Die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, ihren Bedarf nur zu einem geringen Bruchteil über die Entega-GmbH zu decken. Zudem waren die von der Entega GmbH in der Zeit bis zum 30.6.2007 vorgenommenen Preisänderungen nahezu vollständig deckungsgleich mit denen der Ferngas Nordbayern GmbH.

Das Ergebnis der Einvernahme der Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] bestätigt diese Einschätzung. Beide Zeugen haben unabhängig voneinander die Entwicklung der Bezugskosten und die Tarifentwicklung bei den Endkunden überprüft, wobei ihre Untersuchungen teilweise identische Zeiträume betrafen. Dabei wurden nicht nur die Erhöhungsbeträge als solche zueinander in Beziehung gesetzt, sondern auch mengengewichtige Betrachtungen angestellt. Beide Zeugen gelangten zu dem Ergebnis, dass die Beklagte keine Preiserhöhungen vorgenommen hat, die nicht durch gestiegene Bezugskosten gedeckt waren. Der Senat hat an der Sachkunde der Zeugen keinen Zweifel. Der Umstand, dass sie jeweils von der Beklagten mit

ihren Untersuchungen beauftragt worden sind, stellt ihre persönliche Zuverlässigkeit nicht in Frage. Eines Sachverständigengutachtens – wie von der Beklagten angeboten – bedurfte es nicht mehr (vgl. BGH NJW 1993, 2382, 2383 m.w.N.).

(4) Die Beklagte hat auch den Beweis dafür erbracht, dass es ihr nicht möglich war, die Steigerungen der Gasbezugskosten durch anderweitige Kostensenkungen zu kompensieren.

Der Zeuge [REDACTED] Leiter des kaufmännischen Bereiches bei der Beklagten, führte bei seiner Einvernahme aus, dass die Kosten für Material, Personal, Abschreibung und sonstige betriebliche Aufwendungen in den Jahren 2004 bis 2009 um etwa 5 % gestiegen seien. Nennenswerte Einsparungspotentiale hätten sich nicht ergeben, weil die Veränderungen im Energiewirtschaftsrecht zu einem erhöhten Aufwand bei der Kundenbetreuung geführt haben. Die angeordneten Entflechtungen hätten ebenfalls zusätzliche Kosten geriert. Der Senat hat keine Zweifel an der Richtigkeit dieser in sich schlüssigen Aussage.

(5) Die Preiserhöhungen der Beklagten sind auch nicht aus anderen Gründen unbillig.

Eine Weitergabe von Kostensteigerungen kann im Verhältnis zum Abnehmer als unbillig anzusehen sein, wenn es dem Versorger möglich war, günstigere Beschaffungsalternativen zu wählen oder von ihm im Verhältnis zu seinen Vorlieferanten Preisanpassungsklauseln und Preissteigerungen akzeptiert worden sind, die über das hinausgehen, was zur Anpassung an den Markt erforderlich war (BGH NJW 2009, 502 Tz. 43). Hierfür bestehen jedoch im Streitfall keine Anhaltspunkte.

Wie sich aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] ergibt, hatte die Beklagte mit ihren Lieferanten langfristige Bezugsverträge abgeschlossen. Bei Nachverhandlungen vermochte sie einen Heizölhöchstpreis sowie diverse Rabatte durchzusetzen. Der Gas-Ölpreisbindung konnte sich die Beklagte nicht entziehen, weil im Zeitpunkt des Abschlusses des maßgeblichen Lieferantenvertrages mit der Ferngas Nordbayern kein alternativer Anbieter zur Verfügung stand. Nachdem die Rahmenbedingungen für Gasbezugsverträge durch das Bundeskartellamt neu geregelt worden waren, schrieb die Beklagte im Jahr 2008 sieben ihr bekannte Anbieter an und forderte sie auf, Angebote abzugeben. Es wurden jedoch nur zwei Angebote abgegeben. Zu einer weitergehenden Ausschreibung kam es nicht. Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Beklagte ihre Möglichkeiten am Markt günstiges Gas zu erhalten, ausgeschöpft hat. Für die Annahme, dass sie bei einer öffentlichen Ausschreibung mehr

und bessere Angebote erhalten hätte, als bei dem von ihr gewählten Verfahren, spricht nichts.

d) Die Neuberechnung des monatlich zu zahlenden Abschlags in der Jahresrechnung vom 20.11.2009 (Anlage K 3 zum Schriftsatz des Klägers vom 25.6.2010) findet ihre Rechtsgrundlage in § 13 Abs. 1 GasGVV. Sie ist nicht unbillig, weil sie auf einem nach § 5 Abs. 2 GasGVV i.V.m. § 315 Abs. 1 BGB verbindlich festgesetzten Tarif beruht.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 2 ZPO. Der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit liegen die §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO zugrunde.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) und weder die Fortbildung des Rechts, noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordern (§ 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die Auslegung des Widerspruchsschreibens des Klägers vom 25.1.2005 ist eine einzelfallbezogene tatrichterliche Entscheidung.



Präsident des
Oberlandesgericht

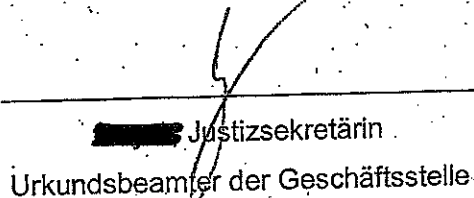


Richter am
Oberlandesgericht



Richter am
Oberlandesgericht

Verkündet am 21.12.2010



Justizsekretärin
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle