

Az.: 1 U 1480/11
4 HK O 9077/09 LG Nürnberg-Fürth



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

N-ERGIE AG, vertreten durch d. Vorstand, Am Plärrer 43, 90429 Nürnberg,
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

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

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin **Ahrens Cornelia**, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg. -

wegen Forderung

erlässt das Oberlandesgericht Nürnberg -1. Zivilsenat und Kartellsenat- durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Küspert, den Richter am Oberlandesgericht Koch und den Richter am Oberlandesgericht Hilzinger auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2011 folgendes

Endurteil

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.6.2011 wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das Endurteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.6.2011 ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann eine Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Beschluss:

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 2.373,87 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Zur Darstellung des Sachverhalts wird auf den Tatbestand im Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 29.6.2011 (Bl. 181/184 d.A.) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach Beweisaufnahme antragsgemäß zur Zahlung von 2.373,87 EUR verurteilt.

Zwischen den Parteien bestehe ein Sonderkundenvertrag. Es sei von einer konkludenten Vertragsumstellung auf den Tarif IDEAL M auszugehen.

Der Klägerin stehe kein Preisänderungsrecht nach § 4 AVBGasV zu. Aus der Sicht des durchschnittlichen Abnehmers sei der Tarif IDEAL M ein Sondertarif. Die Klägerin unterscheide selbst zwischen dem Tarif IDEAL S als allgemeinem Tarif und den Tarifen IDEAL M und L; mit dem Schreiben von März 2002 habe sie die Geltung der AVBGasV gesondert vereinbaren wollen.

Es stehe nicht fest, dass der Ehemann der Beklagten das Schreiben vom März 2002 mit Anlagen erhalten habe; der von der Klägerin für die Absendung angebotene Beweis sei nicht zu erheben, weil damit der Zugang nicht bewiesen werden könne.

Das Preisänderungsrecht der Klägerin ergebe sich aber aus einer konkludent geschlossenen vertraglichen Vereinbarung. Die Schreiben des Ehemannes der Beklagten vom 7.8.2005 und vom 17.12.2006 zeigten, dass er die Klägerin dem Grunde nach für berechtigt halte, die vereinbarten Preise zu ändern, und dass er die Verbindlichkeit des bis zum Widerspruch gültigen Preises nicht in Frage stellen wolle. Aus der öffentlichen Bekanntmachung der Preiserhöhungen durch die Klägerin ergebe sich deren Wille, die Preise zu ändern.

Auf die einseitigen Preisänderungen der Klägerin finde § 315 BGB Anwendung. Jedoch seien die bis August 2005 geltenden Preise zu vereinbarten Preisen geworden; sie unterlägen auch nicht wegen einer Monopolstellung der Klägerin der Billigkeitskontrolle.

Die übrigen Preisänderungen entsprächen der Billigkeit. Das Gericht halte die vernommenen Zeugen für glaubwürdig und lege daher die von den Zeugen [] und [] bestätigte und erläuterte Entwicklung der Ein- und Verkaufspreise der Klägerin ebenso zugrunde wie die Angaben des Zeugen [] zu der Entwicklung der sonstigen Kosten der Klägerin.

Insgesamt seien die Preisänderungen der Klägerin durch entsprechende Bezugskostenänderungen gedeckt. Bei der Preiserhöhung zum 1.9.2006 sei die vom Zeugen [] erläuterte Verlustkompensation zu berücksichtigen, weil die Erhöhung zum 1.9.2005 nicht den vollen Bezugskostenanstieg abgedeckt habe. Bei der Preisänderung zum 1.1.2007 führe die Erhöhung der Mehrwertsteuer dazu, dass die Bezugskosten stärker gestiegen seien als die Verkaufspreise der Klägerin.

Die Aussage des Zeugen [] belege ferner, dass die Klägerin die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung der Netzentgelte nicht zur Gewinnmehrung verwendet habe, weil die Klägerin nicht die beantragten Kosten, sondern die Entgelte nach der VV plus II angesetzt habe, die näherungsweise den genehmigten Kosten entsprochen hätten. Bei Abschluss des langfristigen Liefervertrages mit der Fa. Ruhrgas habe die Möglichkeit eines Gasbezugs ohne Ölpreisbindung nicht bestanden. Nach kartellrechtlicher Beanstandung der langfristigen Verträge habe die Klägerin jeweils Jahresverträge mit Ruhrgas geschlossen, sich um günstige Vertragsänderungen bemüht und Gas auch von weiteren Lieferanten bezogen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie Preise hingenommen habe, die über das zur Anpassung an den Markt Erforderliche hinausgingen. Nach den Zeugenaussagen stammten die Gewinnsteigerungen des Gesamtunternehmens nicht aus dem Gasbereich; Erlössteigerungen in anderen Bereichen brauche die Klägerin aber nicht an ihre Gaskunden weiterzugeben.

Der Erstellung eines Sachverständigengutachtens bedürfe es nicht, da einem Sachverständigen keine weiteren Anknüpfungspunkte zur Verfügung stünden als den Zeugen und der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, und deren Angaben eine Beurteilung auch ohne die Sachkunde eines Sach-

verständigen ermöglichten.

Hinsichtlich der Restforderung aus der Abrechnung vom 14.12.2005 sei keine Verjährung eingetreten, weil der Rechnungsbetrag erst zum 2.1.2006 fällig geworden sei.

Anhaltspunkte für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Klägerin bestünden nicht.

Eine Aussetzung sei nicht angezeigt, weil sich das Preisänderungsrecht der Klägerin aus einer konkludenten vertraglichen Vereinbarung ergebe.

Gegen das am 7.7.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt und begründet.

Sie erstrebt Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage.

Die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Preisänderungsrechts sei fehlerhaft. In der Vereinbarung eines Preisänderungsrechts könne keine Vereinbarung einer Preisbestimmungspflicht im Sinne des § 315 BGB gesehen werden. In AGB der Banken oder des Kfz-Handels werde eine Klausel, die ein Preisänderungsrecht nach § 315 BGB zulasse, als intransparent und damit unzulässig erachtet. Die Auffassung des Landgerichts unterlaufe auch den Verbraucherschutz. Sie lasse ferner außer Acht, dass der verstorbene Ehemann der Beklagten in Schreiben vom 27.11.2007, 24.10. und 22.12.2008, 11.2. und 4.5.2009 ein Recht der Klägerin zur Neufestlegung der Preise bestritten und sich nur noch hilfswiese auf den Einwand der Unbilligkeit berufen habe.

Das Verfahren sei auszusetzen, weil sich auch hier die Frage stelle, ob die bloße Bekanntgabe von Preisänderungen auf Basis der AVBGasV oder GasGVV den Anforderungen an die Transparenz im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2003/55/EG genüge.

Auch der Ausgangspreis unterliege der Billigkeitsprüfung. Es sei dogmatisch nicht zu erklären, weshalb anders als im sonstigen Kaufrecht oder bei der Annahme eines Anerkenntnisses der Kunde durch vorbehaltlose Zahlung den ihm berechneten Preis anerkennen sollte.

Die Aussage des Zeugen T. belege nicht die Veränderungen des ebenfalls als unbillig beanstandeten Grundpreises. Die Angaben zur Preisentwicklung krankten daran, dass sie die gesamte Gassparte ohne Unterscheidung in Privat- und Gewerbekunden erfassten; es komme aber darauf an, ob die Versorgung gerade der Haushaltskunden nur unter Anhebung der Endkundenpreise möglich sei. Die Gegenüberstellung der Bezugskosten und der Endkundenpreise habe dabei monatsgenau bezogen auf die jeweilige Tarifgruppe zu erfolgen. Der Vortrag der Klägerin sei daher nicht ausreichend (Beweis: Sachverständigengutachten).

Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil.

Zu Recht habe das Landgericht angenommen, dass sich der Rechtsvorgänger der Beklagten einem einseitigen Preisänderungsrecht der Klägerin unterworfen habe. Dies entspreche dessen eigenem, durch Auslegung zu ermittelnden Willen. Dass der Ehemann der Beklagten später seinen Willen geändert habe, lasse die eingetretene Vertragsänderung unberührt.

Aus diesem Grund sei auch eine Aussetzung des Verfahrens nicht angezeigt.

Die Beklagte zeige keine Fehler in der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des LG auf. Diese entspreche der Rechtsprechung des BGH. Die Preisänderungen seien von sachlichen Gründen getragen. Die Voraussetzungen für die Erholung eines Sachverständigengutachtens seien nicht gegeben. Die beweisbelastete Klägerin habe ein solches nicht angeboten; Anlass zur Erholung von Amts wegen bestehe nicht.

Eine Beweisaufnahme vor dem Senat hat nicht stattgefunden.

II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist unbegründet. Die Klägerin kann von der Beklagten Zahlung von 2.373,87 EUR an rückständigen Entgelten für die Belieferung mit Erdgas verlangen.

Der Anspruch ergibt sich aus dem Vertrag zur Versorgung mit Erdgas, der bis zum 1.2.2010 zwischen der Klägerin einerseits und dem verstorbenen Ehemann der Beklagten andererseits bestanden hat.

1. Die Beklagte ist unstreitig als Alleinerbin ihres Ehemannes passiv legitimiert (§ 1922 Abs. 1 BGB). Eine Unterbrechung des Verfahrens ist nicht eingetreten, weil der Ehemann der Beklagten zum Zeitpunkt seines Todes anwaltlich vertreten war (§ 239 Abs. 1, § 246 Abs. 1 ZPO); ein Antrag auf Aussetzung des Verfahrens (§ 246 Abs. 1 ZPO) wurde nicht gestellt.

2. Der Klägerin stand ein Recht zur einseitigen Änderung der Gaspreise zu.

a) Die Bestimmungen der § 4 AVBGasV, § 5 GasGVV, die dem Versorgungsunternehmen ein Preisänderungsrecht zubilligen, sind nicht anwendbar, weil sie nur in Versorgungsverhältnissen der Grundversorgung gelten (§ 1 AVBGasV, § 1 Abs. 1 und 2 GasGVV).

Zwischen den Partelen ist der Tarif IDEAL M der Klägerin vereinbart. Das gilt unabhängig davon, ob der Ehemann der Beklagten das Schreiben der Klägerin vom März 2002, mit dem sie ihre Kunden von der Einführung des Tarifmodells IDEAL unterrichtete (Anl. K 7), erhalten hat oder nicht. Auch im letzteren Fall war dem Ehemann der Beklagten aus den ab 2003 übermittelten Abrechnungen der Klägerin erkennbar, dass diese nunmehr einen anderen Tarif zugrunde legte. Indem der Ehemann der Beklagten das Versorgungsverhältnis über mehrere Jahre fortsetzte, ohne dem zu widersprechen, hat er schlüssig zu erkennen gegeben, dass er mit der Umstellung auf den neuen Tarif einverstanden war.

Der Tarif IDEAL M der Klägerin ist kein Grundversorgungstarif. Dass ihn die Klägerin nicht als solchen betrachtet, zeigen das ab 1.4.2002 geltende Preisblatt (Anl. K 7), in dem nur dem Tarif IDEAL S der Zusatz „Allgemeiner Tarif“ beigefügt ist, und ihre Pressemitteilung vom 16.2.2007 (Anl. B

3), wo es heißt, dass der neue Grundversorgungstarif den Tarif IDEAL S ablöse, „der bisher der Allgemeine Preis für die Grundversorgung war“. Im Gutachten der Fa. Deloitte&Touche wird ebenfalls durchgängig zwischen dem Allgemeinen Preis IDEAL S und den Tarifen IDEAL M und L unterschieden (Anl. K 21 S. IV/VI, 4, 6); die ausgewiesene Konzessionsabgabe entspricht dem nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV) höchstzulässigen Betrag bei Sondervertragskunden.

b) Eine Vereinbarung der AVBGasV als Allgemeine Geschäftsbedingungen im März 2002 hat die Klägerin nicht nachgewiesen. Ihre Einbeziehung erfordert nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, dass der Verwender dem Vertragspartner bei Vertragsschluss in zumutbarer Weise die Möglichkeit verschafft, von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Die Beklagte bestreitet den Erhalt des Formschreibens vom März 2002 (Anl. K 7). Konkrete Anhaltspunkte, die einen Schluss auf den Zugang des Schreibens erlauben würden, liegen nicht vor. Die von der Klägerin behauptete Absendung des Schreibens wäre selbst im Fall ihres Nachweises unerheblich; selbst wenn es keinen „Rückläufer“ gegeben hätte, kann daraus nicht mit Sicherheit geschlossen werden, dass der Ehemann der Beklagten das Schreiben erhalten haben muss.

Die Berufung der Beklagten auf den fehlenden Zugang ist auch nicht treuwidrig. Die Bedeutung des Schreibens und seines Zugangs ergab sich erst aus dem Schriftsatz der Klägerin vom 20.12.2009; zuvor gab es für die Beklagtenseite keinen Anlass, den Erhalt des Schreibens zu überprüfen und gegebenenfalls zu bestreiten. Auf den Vortrag der Klägerin hat sie in ihrer Erwiderung dann bestritten, das Musterschreiben erhalten zu haben.

c) Zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Beklagten ist aber ein Recht der Klägerin zur einseitigen Preisfestlegung individuell vereinbart worden.

Voraussetzung eines Leistungsbestimmungsrechts ist eine entsprechende Einigung der Parteien, die aber auch konkludent erfolgen kann (Rieble, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2009, § 315 Rn. 234).

Der Ehemann der Beklagten hat in seinem Schreiben vom 7.8.2005 (Anl. K 1) ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin nicht grundsätzlich in Abrede gestellt, sondern die konkrete

Preiserhöhung für unbillig gehalten; er hat sogar erklärt, eine Erhöhung von 2% zu akzeptieren. In seinem Schreiben vom 17.12.2006 (Anl. K 24) führt er aus: „...akzeptiere ich Ihre Preiserhöhungen nicht, da Sie eine Offenlegung Ihrer Kalkulation verweigern, wozu Sie meiner Meinung nach gemäß § 315 BGB verpflichtet sind“, erstellt eine Abrechnung für den Zeitraum 28.11.2005 bis 21.11.2006 auf der Grundlage der von ihm akzeptierten Preisänderung von 2% und kündigt dann an, 2007 eine Abschlagszahlung von 153 EUR monatlich zu leisten. Aus der Abrechnung der Klägerin vom 17.12.2007 (Anl. K 5) geht hervor, dass er in der Folgezeit diese Abschlagszahlungen auch bezahlt hat. Die Klägerin hat diese Abschlagszahlungen in ihrer Abrechnung akzeptiert, obwohl der Verbrauch einen höheren Abschlag gerechtfertigt hätte.

Die Vertragsparteien haben damit übereinstimmend zu erkennen gegeben, dass der Klägerin ein Recht zur einseitigen Änderung der Preise zustehen soll, die Preisänderungen aber einer Überprüfung nach § 315 BGB unterliegen sollen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, ihnen habe ein Rechtsbindungswille gefehlt, weil sie die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Unterscheidung von Grundversorgungs- und Sonderkundenverhältnissen mit ihren Folgen für die Wirksamkeit von Preisänderungsklauseln in Sonderkundenverträgen - die mit den Entscheidungen vom 29.4.2008 Az. KZR 2/07 und 17.12.2008 Az. VIII ZR 274/06 einsetzte - noch gar nicht kennen und daher in ihre Überlegungen einbeziehen konnten. Das Verhalten der Vertragsparteien beschränkt sich im vorliegenden Fall nicht auf den Austausch von Musterschreiben wie dem Schreiben des Ehemannes der Beklagten vom 7.8.2005, das sich offensichtlich an einem Musterschreiben der Verbraucherzentrale Bayern (Anl. B 21) orientiert. Aus dem übereinstimmenden Verhalten beider Parteien, insbesondere dem Schreiben des Ehemannes der Beklagten vom 17.12.2006 und der Handhabung in der Zeit danach, geht vielmehr hervor, dass der Klägerin ein Preisanpassungsrecht als Vertragsinhalt zustehen sollte, in dessen Vollzug die Parteien konkrete Regelungen getroffen haben.

Das Schreiben des Ehemannes der Beklagten vom 27.11.2007 und seine späteren Schreiben, in denen er ausdrücklich das Bestehen eines Preisänderungsrechts bestreitet, ändern an der einmalgetroffenen Vereinbarung dagegen nichts (mehr).

d) Selbst wenn man eine Vereinbarung der Parteien verneinen würde, ergäbe sich ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt eine ergänzende Vertragsauslegung auch zur Lückenschließung bei unwirksamen Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht, wegen § 306 Abs. 2 BGB aber nur, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschiebt (st. Rspr., z.B. BGH NJW 2008, 2172; NJW 2010, 993). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, wenn sich das Versorgungsunternehmen kurzfristig durch Kündigung vom Vertrag lösen kann (z.B. BGH NJW 2008, 2172; NJW 2010, 993). Da im Vertrag zwischen den Parteien mangels Einbeziehung der AVB GasV keine Kündigungsmöglichkeit geregelt ist, könnte die Klägerin - anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen - nur nach § 314 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kündigen mit der Folge, dass der Beklagte in der teureren Grundversorgung weiterversorgt würde. Ob ein reguläres Kündigungsrecht der Klägerin im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen werden könnte, ist jedenfalls nicht eindeutig und damit für die Anpassung der Preise in den zahlreichen Versorgungsverhältnissen der Klägerin keine tragfähige rechtliche Grundlage.

Dass die Klägerin grundsätzlich angemessene Kostensteigerungen weitergeben darf, stellt die Beklagte nicht in Frage. Die vertraglichen Vereinbarungen über die Gasversorgung mit der Klägerin sind jedoch lückenhaft, weil sie keine Regelung über Preisänderungen enthalten, obwohl es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, in dem absehbar ist, dass die für den Ausgangspreis maßgeblichen Kostenbestandteile nicht unverändert bleiben werden.

Der Bundesgerichtshof hat für den vergleichbaren Fall der Unwirksamkeit einer Preisänderungsklausel in einem zehnjährigen Mietvertrag über eine Telekommunikationsanlage eine vervollständigungsbedürftige Lücke bejaht (BGH NJW 1990, 116). Dies ergebe sich aus der Natur des Vertrages, bei dem zu den Vermieterpflichten die regelmäßig kostenaufwendige Wartung und Instandhaltung technischer Geräte gehöre, und komme ferner in dem in der unwirksamen Klausel niedergelegten Regelungsziel zum Ausdruck, wonach sich die Parteien bewußt waren und in ih-

ren Willen aufgenommen hatten, daß der zunächst vereinbarte Mietzins nicht während der gesamten zehnjährigen Vertragsdauer gelten, sondern sich zum Zwecke eines angemessenen Wertausgleiches ändern sollte, wenn die Kostenentwicklung es erforderte; nur dies entspreche bei langfristigen Mietverträgen auch der Interessenlage. In einem Fall, in dem die Parteien eines Netznutzungsvertrages nach Auslaufen des Vertrages die beiderseitigen Leistungen fortsetzten, ohne sich über eine neue Vergütungsregelung geeinigt zu haben, hat der Bundesgerichtshof die Lücke durch Anwendung der §§ 315, 316 BGB geschlossen (BGH NJW-RR 1992, 183). Auch bei der Vereinbarung variabler Zinsen und Unwirksamkeit der Zinsänderungsklausel ist er davon ausgegangen, dass die Lücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen sei (BGH NJW 2008, 3422). Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Möglichkeit der Ergänzung bei einer unwirksamen Vergütungsvereinbarung in einem Mietvertrag bejaht (NJW-RR 1987, 49).

Bei Umstellung des Versorgungsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem Ehemann der Beklagten zum 1.4.2002 war für beide Parteien absehbar, dass die den Preisen zum 1.4.2002 zugrunde liegenden Kostenbestandteile sich künftig ändern konnten, so dass sich in dem auf unbestimmte Dauer angelegten Vertragsverhältnis früher oder später die Frage einer Preisanpassung stellen mußte. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Preisänderung ausgeschlossen sein sollte. Vielmehr lag es im Interesse beider Parteien, dass gegebenenfalls eine Preisanpassung stattfinden konnte. Für die Klägerin war es wichtig, etwaige Kostensteigerungen weitergeben zu können, damit ihre Preise kostendeckend sein und sie eine angemessene Gewinnspanne erhalten konnte, ohne jedes Mal die zahlreichen Versorgungsverträge kündigen zu müssen. Der Ehemann der Beklagten war daran interessiert, dass Kostensenkungen ohne Kündigung an ihn weitergegeben werden konnten und die Klägerin ihre Preise nicht schon von Beginn an so kalkulierte, dass sie künftige Preissteigerungen auffangen konnte. Dass dies auch den Vorstellungen des Ehemannes der Beklagten entsprach, wird aus seinem Schreiben vom 7.8.2005 (Anl. K 1) deutlich.

Es entspricht - jedenfalls im vorliegenden Fall - dem hypothetischen Parteiwillen, die Lücke durch ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin zu schließen, das ihr jedenfalls in angemessenem Rahmen die Weitergabe eingetretener Kostensteigerungen ermöglichte. Aus dem Verhalten der Klägerin und des Ehemannes der Beklagten wird deutlich, dass sie bei Kenntnis der Tatsache, dass eine Einbeziehung der AVB GasV als Allgemeine Geschäftsbedingungen in ihren Versorgungsvertrag im Jahr 2002 gescheitert war, ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin vereinbart hätten. Mit der Möglichkeit zum Abschluss eines neuen Vertrages oder einem An-

spruch auf Verhandlungen über eine Preisänderung ist eine angemessene Anpassung der Preise bei Kostenänderungen nicht gesichert. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof im Fall des langjährigen Mietvertrages eine Regelung als interessengerecht angesehen, die eine Erhöhung der üblichen listenmäßigen Miete aufgrund und im Rahmen einer tatsächlichen Kostensteigerung zuließ (BGH NJW 1990, 116). Im Fall der fehlenden Einigung zwischen Netzbetreiber und Versorgungsunternehmen hat er die Bestimmungen der §§ 315, 316 BGB für anwendbar gehalten (BGH NJW-RR 1992, 183), ebenso wie das Oberlandesgericht Düsseldorf im Fall der unwirksamen Vereinbarung zur Miethöhe (OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 49).

Eine entsprechende Auslegung scheidet auch nicht daran, dass eine solche vertragliche Vereinbarung nicht zulässig wäre. Unabhängig davon, dass eine Preisanpassungsklausel, die das gesetzliche Preisänderungsrecht nach § 4 AVBGasV/§ 5 Abs. 2 GasGVV unverändert in einen formularmäßigen Erdgassondervertrag übernimmt, also nicht zum Nachteil des Kunden von der gesetzlichen Regelung des Preisänderungsrechts für den Grundversorger abweicht, keine unangemessene Benachteiligung des Sonderkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 oder 2 BGB darstellt (BGH NJW 2009, 2667; WM 2010, 1038), handelt es sich nicht um eine formularmäßige, sondern um eine einzelvertragliche Vereinbarung.

e) Damit stellt sich die Frage einer Aussetzung des Rechtsstreits wegen der Frage, ob § 4 AVB-GasV, § 5 GasGVV oder entsprechende Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Vorschriften des europäischen Rechts unvereinbar sind (BGH MDR 2011, 907; NJW 2011, 1392; OLG Oldenburg ZNER 2011, 76), im vorliegenden Verfahren nicht. Da sich das Preisänderungsrecht der Klägerin durch Auslegung der individuellen Vereinbarungen ergibt, kommt es auf die dem Europäischen Gerichtshof vorgelegten Fragen für die Entscheidung nicht an.

3. Die Änderungen des Gaspreises durch die Klägerin im Zeitraum vom 1.9.2005 bis 1.1.2009 entsprachen billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB) und waren damit wirksam.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes entspricht jedenfalls die Weitergabe von gestiegenen Bezugskosten an die Kunden im Grundsatz der Billigkeit, wenn und soweit der Anstieg nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird (BGH NJW 2007, 1540; NJW 2009, 502).

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

Dabei steht der Klägerin ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum zu (vgl. BGH NJW 2009, 502). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist sie nicht verpflichtet, die Preise in kurzen, etwa monatlichen Zeiträumen der Kostenentwicklung anzupassen. Ein solches Vorgehen scheidet schon daran, dass die Klägerin Entscheidungen über Preisänderungen mit einer Vorlaufzeit von mehreren Monaten treffen muß, die sich daraus ergibt, dass die Klägerin ihre Kunden angemessene Zeit - seit 8.11.2006 sechs Wochen (§ 5 Abs. 2 GasGVV) - vor dem Wirksamwerden einer Preisänderung unterrichten muß und die Kalkulationsgrundlagen für die zugrunde liegende Entscheidung noch zuvor erarbeitet werden müssen. Das hat der Zeuge nachvollziehbar und überzeugend geschildert. Die Klägerin muß zudem bei der Festlegung von Zeitpunkt und Umfang von Preiserhöhungen die erwartete weitere Entwicklung der Bezugspreise und sonstigen Kosten berücksichtigen. Die Entscheidung über Preisänderungen enthält damit zwangsläufig Prognoseelemente. Der Klägerin ist auch zuzubilligen, dass sie bestrebt ist, Preise über längere Zeit stabil zu halten und damit ihren Kunden Kalkulationssicherheit zu bieten.

b) Die zu Beginn des Vertragsverhältnisses geltenden Preise und die nachfolgenden Preisänderungen bis einschließlich der Preiserhöhung zum 1.10.2004 unterliegen nicht mehr der Kontrolle nach § 315 BGB.

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

2007, 2540). Er kann deshalb im Rahmen einer weiteren Preiserhöhung nicht mehr gemäß § 315 Abs. 3 BGB auf seine Billigkeit überprüft werden.

Der Senat folgt dieser ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Der Vortrag in der Berufungsbegründung gibt keinen Anlass, davon abzuweichen.

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

Der Ehemann der Beklagten hat mit Schreiben vom 7.8.2005 (Anl. K 1) erstmals der Preiserhöhung zum 1.9.2005 widersprochen, so dass die bis dahin erfolgten Preisänderungen zu vereinbarten Preisen geworden sind.

c) Das Landgericht kommt zu dem Ergebnis, dass die streitigen Preisänderungen auf entsprechenden Änderungen der Bezugspreise und der sonstigen Kosten in der jeweiligen Zeit davor beruhen und die Kostensteigerungen nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wurden. Diese Beweiswürdigung, die in der Berufung nur darauf überprüft werden kann, ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachenfeststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), ist zutreffend.

aa) Die Preiserhöhungen zum 1.9.2005 und zum 1.9.2006 waren durch Kostensteigerungen der Beklagten für den Gasbezug gerechtfertigt.

(1) Der Zeuge [Name] vergleicht den unter Berücksichtigung der zu den jeweiligen Preisen eingekauften Mengen ermittelten Durchschnittseinkaufspreis der Beklagten für den Zeitraum von der Preiserhöhung zum 1.10.2004 bis zum 1.9.2005 mit dem in gleicher Weise ermittelten Durchschnittspreis für den Zeitraum vom 1.9.2005 bis zur nächsten Preiserhöhung zum 1.9.2006 und errechnet dabei eine Preissteigerung um 0,831 ct/KWh. Die von den Zeugen [Name] und [Name] erstellte, in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vorgelegte Aufstellung (zu Bl. 207

d.A.) weist nach Angaben der Zeugen den um einen Rechenfehler berichtigten zutreffenden Betrag aus (Bl. 202, 205 d.A.). Die Zunahme der Bezugskosten ist damit höher als die zum 1.9.2005 vorgenommene Preiserhöhung um 0,7 ct/KWh.

Das Vorgehen der Klägerin bei der Berechnung der Gasbezugspreise ist sachgerecht. Der Vergleich der Durchschnittspreise in beiden Zeiträumen belegt, in welchem Umfang die Bezugskosten der Klägerin für den Gasbezug seit der letzten Preisänderung gestiegen sind. Die mengengewichtete Betrachtungsweise, die neben der absoluten Höhe der Preise auch die zu dem jeweiligen Preis bezogene Gasmenge berücksichtigt, trägt dem Umstand Rechnung, dass sich der Gasabsatz und damit auch der Gasbezug der Klägerin nicht gleichmäßig über das Jahr verteilt, sondern vor allem im Herbst und Winter erfolgt. Die Preishöhe in diesem Zeitraum wirkt sich wegen der erheblich größeren Bezugsmenge deutlich mehr auf die Kosten der Klägerin aus als die Preishöhe im übrigen Jahr. Nicht zu beanstanden ist auch die Berücksichtigung des Leistungspreises bei der Bestimmung des Bezugspreises; denn es handelt sich dabei um eine von der Klägerin zu bezahlende, die Bezugskosten mitbestimmende Position.

Beim Vergleich der folgenden Zeiträume 1.9.2005 bis 31.8.2006 (Preiserhöhung zum 1.9.2006) und 1.9.2006 bis 31.12.2006 (Preissenkung zum 1.1.2007) errechnet der Zeuge einen um 0,6 ct/KWh höheren Durchschnittspreis; die Preiserhöhung zum 1.9.2006 um 0,75 ct/KWh ergebe sich aber, weil die Beklagte einen Teil des Verlustes von 3,426 Mio. EUR weitergegeben habe, der eingetreten sei, da die Preiserhöhung zum 1.9.2005 nicht den vollen Preisanstieg abgedeckt habe. Die am 1.9.2006 nicht weitergegebene Bezugskostenerhöhung beläuft sich für den gesamten Zeitraum auf 0,13 ct/kWh, bei Umrechnung auf den Gasabsatz im Zeitraum 1.9. bis 31.12.2006 auf 0,32 ct/kWh.

Damit ist auch die Preiserhöhung zum 1.9.2006 durch höhere Kosten gedeckt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH NJW 2009, 502) ist der Klägerin das Recht zuzubilligen, ihre Gewinnspanne konstant zu halten. Die durch § 315 BGB angeordnete Überprüfung der Billigkeit einer einseitigen Preiserhöhung durch eine Vertragspartei im laufenden Vertragsverhältnis dient - anders als die hier ausgeschlossene Billigkeitskontrolle des Anfangspreises in entsprechender Anwendung von § 315 BGB - nicht dazu, die Kalkulation der zuvor mit der anderen Partei vereinbarten Preise daraufhin zu kontrollieren, welche Gewinnspanne darin enthalten ist und ob diese billigem Ermessen entspricht. Die Billigkeitskontrolle einer Preiserhöhung darf nicht dazu

benutzt werden, in das bisher bestehende Preisgefüge einzugreifen. Die Preisanpassung muss das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahren, das heißt, der Lieferant darf sie nicht vornehmen, um einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen; sie widerspricht aber nicht schon deshalb billigem Ermessen, weil sie dazu dient, eine Minderung des Gewinns zu vermeiden (BGH NJW 2009, 502). Es ist ferner nicht zu beanstanden und für die Abnehmer letztlich vorteilhaft, wenn die Klägerin Kostensteigerungen nicht stets sofort in vollem Umfang weitergibt, sondern zunächst Preisstabilität bieten will.

Die Preiserhöhung zum 1.9.2006 ist auch dann gerechtfertigt, wenn man berücksichtigt, dass ab dem 4.Quartal 2006 die Netznutzungskosten um 0,07 ct/kWh sanken (Anl. K 21). Selbst wenn man unterstellt, dass diese Entwicklung bei der Entscheidung über die Höhe der Preisänderung schon vorhersehbar war, verbleibt von der nicht weitergegebenen Erhöhung von 0,32 ct/kWh ein Betrag von 0,25 ct/kWh, der zusammen mit der Bezugspreiserhöhung von 0,6 ct/kWh die Preisänderung deckt. Dass die Klägerin bei der Umlage der nicht weitergegebenen Bezugskostenerhöhung nicht den Zeitraum eines vollen Jahres (Betrag 0,13 ct/kWh) zugrunde legte, sondern einen etwas kürzeren Zeitraum, war angesichts der weiter steigenden Bezugspreise und der deswegen zu erwartenden Notwendigkeit weiterer Preiserhöhungen nicht ermessensfehlerhaft.

(2) Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts sind die sonstigen Kosten der Klägerin von 2004 auf 2006 gestiegen, so dass ein Ausgleich durch geringere Kosten in anderen Bereichen nicht eingetreten ist. Dem entspricht es auch, dass - wie der Zeuge dargelegt hat - die Klägerin im Zeitraum 2004 bis 2009 im gaswirtschaftlichen Bereich ein negatives Ergebnis gewöhnlicher Geschäftstätigkeit erzielte, mithin Verlust machte. Damit steht fest, dass die Einnahmen die Kosten nicht deckten. Der Verlust stieg von 2004 bis 2006 und lag 2007 - trotz der mehrfach erhöhten Preise - noch über dem Wert von 2004. Die gestiegenen Einkaufspreise können daher auch nicht durch gesunkene sonstige Preise ausgeglichen worden sein.

bb) Auch die Preisänderungen im Zeitraum 1.1.2007 bis 1.1.2009 entsprachen billigem Ermessen.

Bei den Preissenkungen zum 1.1.2007 und 1.4.2007 hat die Klägerin allerdings nur einen Teil der eingetretenen Bezugskostensenkung an ihre Kunden weitergegeben. Nach der von den Zeugen und erstellten Aufstellung hat die Klägerin von gewichteten Bezugskostensenkun-

gen im Umfang von 0,746 ct/kWh im Jahr 2007 nur 0,22 ct/kWh weitergegeben; es verbleibt eine Differenz von 0,39 ct/kWh.

Dass der Anfang 2007 beginnende Rückgang bei den Bezugspreisen die Kunden nur mit Verzögerung in Form von Preissenkungen zum 1.1.2007 und zum 1.4.2007 erreichte, ist angesichts der notwendigen Vorbereitungen - die nach Angaben des Zeugen gut vier Monate in Anspruch nehmen können (Bl. 178 d.A.) - und der von der Klägerin zu wählenden Sechswöchigen-Frist vor einer Preisänderung hinzunehmen. In dem Zeitraum, in dem die Vorbereitung der Preisänderung und ihre Bekanntmachung fielen, stiegen die Bezugspreise; erst Anfang 2007 setzte ein Rückgang ein, auf den die Klägerin dann reagieren mußte.

Eine Preissenkung im Umfang der nicht von der Klägerin weitergegebenen Differenz war außerdem jedem Kunden des Tarifs IDEAL zugänglich, weil die Klägerin zum 1.4.2007 den neuen, um 0,4 ct/kWh billigeren Tarif SMART als allgemeines Tarifmodell einführte, der gleichartig aufgebaut war und den sie jedem IDEAL-Kunden anbot.

Auf die vom Landgericht herangezogene Erhöhung der Mehrwertsteuer von 16% auf 19% kommt es dagegen nicht an; diesen Betrag wollte die Klägerin nach Aussage des Zeugen gerade nicht an die Kunden weitergeben.

Die Preiserhöhung zum 1.1.2008 blieb mit 0,55 ct/kWh hinter dem Anstieg der Bezugskosten von 0,672 ct/kWh im Zeitraum Januar bis Dezember 2008 zurück.

Die Preiserhöhung zum 1.1.2009 um 1,43 ct/kWh lag über dem Bezugspreisanstieg von 0,225 ct/kWh, wurde aber am 1.2.2009 und 1.4.2009 mit Preissenkungen von zusammen 1,6 ct/kWh wieder zurückgenommen. Im Hinblick auf die notwendige Vorbereitungszeit für die Durchführung der Preisänderungen, die nach Aussage des Zeugen die Erarbeitung der Kalkulationsgrundlagen, Bekanntmachung der Preisänderung und Einhaltung der sechswöchigen Wartezeit umfasste und schon im September 2008 begann, sowie die Entwicklung der Gasbezugskosten bis Ende 2008 - während des gesamten Jahres 2008 waren die Bezugspreise der Klägerin gestiegen - , war eine Preiserhöhung nicht ermessensfehlerhaft. Das gilt insbesondere, da im gleichen Zeitraum nach den Feststellungen des Landgerichts auch die sonstigen Kosten der Klägerin anstiegen. Die dann eingetretene Absenkung der Bezugspreise ab Anfang 2009

konnte die Klägerin - wie der Zeuge erläutern hat - nicht mehr zum 1.1.2009 berücksichtigen. Sie hat sie durch die drei Preissenkungen zum 1.2., 1.4. und 1.10.2009 weitergegeben. Diese erreichen einen Umfang von 2,16 ct/kWh und übersteigen damit den Rückgang der Bezugspreise. Zum 1.10.2009 wurde ferner trotz inzwischen um 1,487 ct/kWh wieder gestiegener Bezugskosten der Arbeitspreis um 0,56 ct/kWh gesenkt. Auf die Änderung der sonstigen Kosten der Klägerin kommt es nicht an; es kann daher dahinstehen, inwieweit sie durch die ebenfalls zum 1.1.2009 vorgenommene Erhöhung des Grundpreises abgedeckt wurden.

Die sonstigen Kosten der Klägerin sind nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landgerichts im Zeitraum vom 1.1.2007 bis 1.1.2009 ebenfalls gestiegen. Dass die Klägerin keine zusätzlichen Gewinne erzielt hat, zeigt auch die Tatsache, dass der gaswirtschaftliche Bereich der Klägerin auch in den Jahren 2007 bis 2009 mit Verlust gearbeitet hat. Ob und in welchem Umfang die Kostenänderungen in anderen Bereichen in die Erhöhung des Grundpreises zum 1.1.2007 und zum 1.1.2009 eingeflossen sind, kann dabei dahinstehen; denn die Preisänderungen sind unabhängig von diesen Kosten berechtigt.

cc) Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Kürzung der Netznutzungsentgelte, die der Klägerin in Rechnung gestellt wurden, um 10,6% führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Denn sie ändert einerseits nichts daran, dass die entsprechenden Kosten bei der Klägerin angefallen sind. Überzahlungen der Klägerin führen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht zu Rückzahlungsansprüchen der Klägerin für das betreffende Jahr, sondern sind erst bei der Bildung der Netznutzungsentgelte für den nächstfolgenden Genehmigungszeitraum zu berücksichtigen; dort führen sie zu entsprechend niedrigeren Netznutzungsentgelten in den Folgejahren (BGH v. 14.8.2008 KVR 27/07 und 39/07). Die Beweisaufnahme hat andererseits ergeben, dass die den Haushaltskunden berechneten Netznutzungsentgelte nicht überhöht waren. Nach der Aussage des Zeugen , der seit 2002 bei der Klägerin und seit 1.1.2007 bei der Netzgesellschaft für die Kalkulation der Netznutzungsentgelte zuständig ist, und den von ihm übergebenen Unterlagen ist die Größenordnung der Netznutzungsentgelte fast gleich geblieben. Insbesondere hat sich beim Übergang von den nach der Verbändevereinbarung II kalkulierten zu den nach §§ 21, 23a EnWG genehmigten Entgelten nur eine geringfügige Veränderung von -0,44% ergeben. Die Kürzung von 10,6% bezog sich damit auf die zur Genehmigung beantragten Kosten, nicht auf die vorher erhobenen Entgelte. Das erklärt, warum die vor diesem Zeitpunkt berechneten Entgelte fast die gleiche Höhe hatten wie die zum 9.10.2006 genehmigten.

dd) Das Landgericht hat die Angaben und Berechnungen der Zeugen als glaubwürdig und nachvollziehbar angesehen. Die Berufung stellt dies nicht in Frage. Die Zeugen [Name], [Name] und [Name] sind aufgrund ihrer Positionen bei der Klägerin oder der Netzgesellschaft für die jeweiligen Beweisthemen sachkundig. Der Senat schließt sich im übrigen den überzeugenden Ausführungen des Landgerichts zur Glaubwürdigkeit der Zeugen und zur Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen an.

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

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

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

lich ist (BGH NJW 2009, 502).

(2) Das Bestehen einer Bindung der Bezugspreise an die Entwicklung der Preise für leichtes und schweres Heizöl in den Verträgen der Klägerin mit ihren Gaslieferanten geht aus den Schreiben der E.On Ruhrgas AG vom 21.12.2005 (Anl. K 18) und vom 15.8.2006 (Anl. K 19) hervor und wurde von der Zeugin . . . bestätigt. Den von der Beklagten vorgelegten Schreiben der Beklagten vom 25.3.2002 (Anl. B 1) und vom 11.10.2004 (Anl. B 10) ist nichts anderes zu entnehmen. Die Klägerin führt darin aus, dass die Preise ihrer IDEAL-Tarife nicht an die Ölnotierungen gekoppelt seien. Diese Aussage bezieht sich aber darauf, dass die Entwicklung der Arbeitspreise in den Verträgen der Beklagten mit den Endkunden nicht an den Ölpreis gebunden ist (wie das in früheren, dem Senat aus anderen Verfahren bekannten Tarifen der Klägerin der Fall war, z.B. dem Erdgassondertarif 704).

Aus der von der Klägerin auszugsweise vorgelegten Bundestags-Drucksache 15(9) 1362 (Anl. K 25) ergibt sich, dass die Bindung der Gas- an die Ölpreise auf allen Handelsstufen üblich ist (S. 1/2); das bestreitet die Beklagte auch nicht. Die Zeugin . . . hat erklärt, dass bei allen vier Lieferanten, die die Klägerin ab 2006 in Anspruch genommen habe, die Bezugspreise formelmäßig an die Heizölpreise gebunden gewesen seien. Wenn sich die Klägerin aber der Ölpreisbindung nicht entziehen konnte, weil es sich dabei um eine internationale Branchenvereinbarung handelt, die sowohl in den Importverträgen zwischen den Erdgasproduzenten und den deutschen Importeuren als auch in den Lieferverträgen zwischen den Importeuren und den regionalen Gasversorgern wie der Klägerin enthalten ist und auf die ein regionales Gasversorgungsunternehmen wegen geringer Nachfragemacht wenig Einfluss nehmen kann, scheidet die Möglichkeit eines Gasbezugs ohne eine solche Preisbindung als günstigere Beschaffungsalternative aus.

(3) Der Klägerin kann auch nicht vorgeworfen werden, sie habe die Möglichkeit zum Gasbezug bei anderen Anbietern nicht genutzt oder unnötige Preiserhöhungen ihrer Lieferanten hingenommen. Die Zeugin . . . und der Zeuge . . . beide im fraglichen Zeitraum im Bereich Beschaffung und Vertragsmanagement der Beklagten tätig - haben geschildert, dass die Klägerin ab 2001 und zunehmend ab 2005 Angebote anderer Lieferanten eingeholt und diese mit dem bestehenden Vertrag mit der E.On Ruhrgas AG verglichen habe. Mit dem Konkurrenten . . . sei im Jahr 2002 ein Rahmenvertrag geschlossen worden, doch habe es bis 2006 keine eindeutigen Hinweise auf die Unwirksamkeit des langfristigen Vertrages zur Gesamtdeckung des Bedarfes

mit der E.On Ruhrgas AG gegeben, und die E.On Ruhrgas AG habe an dem Vertrag auch nicht rütteln lassen. Die Klägerin habe aber die Ergebnisse der Verhandlungen mit Konkurrenten dazu genutzt, Nachtragsverhandlungen mit der E.On Ruhrgas AG wegen günstigerer Bedingungen und Preise zu führen, womit sie auch mehrfach Erfolg gehabt habe. Nachdem der Vertrag mit der E.On Ruhrgas AG zum 1.10.2006 wegen rechtlicher Bedenken des Bundeskartellamtes gegen die Zulässigkeit langfristiger Vollversorgungsverträge vorzeitig beendet worden sei, habe sie sich nach Bewertung der Angebote verschiedener Lieferanten entschlossen, zunächst mit der E.On Ruhrgas AG zwei Verträge mit jeweils einjähriger Laufzeit zu schließen, mit denen sie weiterhin den Großteil ihres Bedarfs bei der E.On Ruhrgas AG bezogen habe, aber auch andere Lieferanten in Anspruch zu nehmen. Ab 2008 habe sie dann Gas von vier Lieferanten bezogen. Auch mit anderen Lieferanten seien Gespräche geführt worden; diese hätten aber entweder nicht die von der Klägerin benötigten Gasmengen zuverlässig liefern können oder seien teurer gewesen, so dass die vier ausgewählten Lieferanten das günstigste Portfolio gebildet hätten. Die Aussagen der beiden Zeugen sind glaubwürdig. Beide Zeugen waren im Zeitraum 2001 bis 2009 im Bereich der Energiebeschaffung bei der Beklagten tätig und sind damit sachkundig. Ihre Schilderungen waren überzeugend und sachlich, ohne dass sie dabei versucht hätten, die Beklagte - ihre Arbeitgeberin - zu begünstigen oder ihr eigenes Verhalten zu rechtfertigen. Sie werden auch durch die Schreiben der Ruhrgas AG vom 14.3.2001 und 30.4.2002 (Anl. K 26, K 27) gestützt. Die Klägerin war damit während des streitigen Zeitraums bemüht, andere Bezugsmöglichkeiten zu überprüfen und diese zumindest als Argument zu Nachverhandlungen mit ihrem damals einzigen Lieferanten einzusetzen. Sie hat die Möglichkeit genutzt, den bestehenden Alleinbelieferungsvertrag mit der E.On Ruhrgas AG vorzeitig zu beenden, als sich eine rechtlich aussichtsreiche Möglichkeit dazu bot, und Lieferverträge auch mit anderen Lieferanten abzuschließen, so dass sie unabhängig von der Preisgestaltung der einzelnen Lieferanten wurde.

(4) Es kann dahinstehen, welche Preisänderungsklauseln die Klägerin mit ihren Vorlieferanten genau vereinbart hatte und ob diese wegen Verstoßes gegen § 307 BGB unwirksam waren. Denn entscheidend ist allein, ob es als unbillig angesehen werden kann, dass die Klägerin die jeweiligen Preisänderungen hingenommen hat. Dass Preisgleitklauseln mit Anknüpfung an den Ölpreis branchenüblich waren, so dass die Klägerin sich dem nicht entziehen konnte, zeigen die Lieferverträge der Beklagten mit der E.On Ruhrgas AG und ist von den Zeugen bestätigt worden. Die maßgebliche Rechtsprechung, die derartige Preisänderungsbestimmungen an § 307 BGB misst, ist erst nach dem hier streitigen Zeitraum ergangen. Die Entscheidung, auf die sich die Beklagte

bezieht, stammt vom 24.3.2010; ihre Übertragbarkeit auf vorgelagerte Lieferantenverträge ist noch ungeklärt. Der Klägerin kann daher nicht zum Vorwurf gemacht werden, eine branchenübliche und damals nur vereinzelt in Frage gestellte Regelung akzeptiert zu haben.

ff)) Die Klägerin war nicht verpflichtet, über die erfolgten Darlegungen zur Änderung ihrer Bezugspreise hinaus weitere Einzelheiten ihrer Preiskalkulation offenzulegen. Denn die Entwicklung der absoluten Bezugspreise in Verbindung mit dem Vergleich zwischen den durchschnittlichen Preisen im Zeitraum vor und nach einer Preiserhöhung erlaubt einen nachvollziehbaren Schluss auf die Kostenentwicklung bei der Klägerin.

Das Landgericht hat auch zu Recht die Erholung eines Sachverständigengutachtens abgelehnt. Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen auf Seite 17 des angefochtenen Urteils an. Einem Sachverständigen würden keine zusätzlichen Anknüpfungstatsachen zur Verfügung stehen. Die vorliegenden Anknüpfungspunkte sind als Tatsachengrundlage aussagekräftig genug, um eine Beurteilung ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen zu ermöglichen.

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

Ebenso kann aus der Entwicklung der Gasimportpreise und deren Abstand zu den Endkundenpreisen nicht geschlossen werden, dass die Tarife der Klägerin überhöht sein müssten. Dabei bleibt nämlich außer Betracht, dass zwischen dem Gasimport und dem Verkauf des Gases an die Klägerin noch mindestens ein weiteres Unternehmen (der Importeur), möglicherweise auch mehrere, tätig ist, das der Beklagten seine Preise in Rechnung stellt. Auch die Beklagte selbst wirft den Lieferanten der Klägerin vor, ihren Gewinnanteil unbillig erhöht zu haben.

4. Die Restforderung der Klägerin aus der Abrechnung vom 14.12.2005 (Anl. K 3) ist nicht verjährt.

Für den Anspruch gilt die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt hat (§ 199 Abs. 1 BGB). Entstanden ist ein Anspruch dabei, wenn er fällig ist (Palandt-Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 199 Rn. 3).

Der Nachzahlungsanspruch aus der Abrechnung ist erst mit Ablauf des 2.1.2006 fällig geworden, so dass die Verjährungsfrist mit dem 31.12.2009 endete und durch die am 14.8.2009 erfolgte Zustellung des Mahnbescheides gehemmt wurde (§ 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB).

Nachdem davon auszugehen ist, dass der Ehemann der Beklagten das Schreiben der Klägerin vom März 2002 nicht erhalten hat, ergibt sich der Zeitpunkt der Fälligkeit nicht aus § 27 AVBGasV, sondern aus § 271 Abs. 1 BGB. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Klauseln, die ein Zahlungsziel einräumen, grundsätzlich als eine Leistungszeitbestimmung im Sinne von § 271 Abs. 2 BGB anzusehen und nicht lediglich als ein Verzicht auf die Durchsetzung eines schon früher fälligen Anspruchs oder als die Bestimmung des Verzugsbeginns (BGH NJW 2007, 1581); bei Einräumung eines Zahlungsziels tritt Fälligkeit erst mit Fristablauf ein (Palandt-Grüneberg, aaO, § 271 Rn. 4). Die Bestimmung einer Zahlungsfrist in der Abrechnung hat damit die Fälligkeit bis zum 2.1.2006 hinausgeschoben.

5. Die Beklagte stellt die rechnerische Richtigkeit der streitigen Abrechnungen abgesehen von den angesetzten Preisen nicht in Frage. Es ergibt sich damit ein offener Betrag von 2.373,87 EUR, den das Landgericht zugesprochen hat.

Der Zinsanspruch beruht auf § 286 Abs. 1, § 288 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10 nF, § 711 ZPO.

V.

Gründe für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung beruht auf der Anwendung von Rechtsgrundsätzen, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geklärt sind und zu denen sich der Senat nicht in Widerspruch setzt. Die Annahme eines einseitigen Preisänderungsrechts der Klägerin und die Beurteilung der Billigkeit der Preiserhöhungen ergeben sich aus der Anwendung solcher Rechtssätze auf die Umstände des vorliegenden Einzelfalles.

gez.

Küspert
Präsident
des Oberlandesgerichts

Koch
Richter
am Oberlandesgericht

Hilzinger
Richter
am Oberlandesgericht

Verkündet am 06.12.2011

gez.
Trost, JAng
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle