

**VI-3 U (Kart) 4/11**

13 O 179/08 Kart  
(LG Dortmund)



Verkündet am 21. Dezember 2011

## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Kartellberufungsverfahren

...

hat der 3. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf

durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht L., den Richter am Oberlandesgericht R. und die Richterin am Oberlandesgericht A.

auf die mündliche Verhandlung vom 07. Dezember 2011

für R e c h t erkannt

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 20. August 2009, Aktenzeichen 13 O 179/08 Kart, abgeändert; der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € mit Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 27. Januar 2009 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte darf die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des

aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Die Revision wird zugelassen.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Klägerin beliefert den Beklagten seit mehreren Jahren mit Erdgas. Der Beklagte bezahlte die Abschlags- und Jahresrechnungen zunächst ohne Beanstandungen. Mit Schreiben vom 17.12.2004 widersprach der Beklagte der von der Klägerin öffentlich bekannt gemachten Erhöhung der Arbeitspreise zum 01.01.2005 von Cent/kWh netto auf Cent/kWh netto (+ Cent/kWh netto) und forderte sie auf, ihm deren Erforderlichkeit und Angemessenheit durch eine Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen darzulegen. Mit Schreiben vom 23.05.2005 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er seinen Widerspruch aufrechterhalte und nur noch Zahlungen auf der Grundlage des bisherigen Preises zuzüglich eines Zuschlags von 2 % leisten werde. Die Klägerin erhöhte ihre Preise nach vorheriger öffentlicher Bekanntmachung weitere drei Mal und zwar zum 01.10.2005 auf Cent/kWh netto (+ Cent/kWh netto), zum 01.01.2006 auf Cent/kWh netto (+ Cent/kWh netto) und zum 01.10.2006 auf Cent/kWh netto (+ Cent/kWh netto). Zum 01.03.2007 senkte sie den Preis auf Cent/kWh netto (- Cent/kWh netto). Auf die Jahresabrechnungen der Klägerin vom 22.06.2005, 23.06.2006, 22.06.2007 und 23.06.2008 zahlte der Beklagte nur entsprechend seinem Schreiben vom 29.05.2005, so dass insgesamt ein rückständiger Betrag in Höhe von € (2005: EUR, 2006: EUR, 2007: EUR, 2008: EUR) auflief, den die Klägerin klageweise geltend macht.

Die Klägerin hat geltend gemacht, der Beklagte sei im Rahmen der allgemeinen Versorgung (Grundversorgung) mit Erdgas versorgt worden. Mit den Preiserhöhungen habe sie – nicht einmal in vollem Umfang – ausschließlich die gestiegenen Bezugskosten weitergegeben. Im Zeitraum vom 01.01.2004 bis zum

01.10.2006 sei der Gaseinkaufspreis um insgesamt                    Cent/kWh gestiegen, während der Gasverkaufspreis lediglich um                    Cent/kWh erhöht worden sei. Zusätzliche Gewinne habe sie nicht erwirtschaftet. Hinsichtlich der behaupteten Entwicklung der Einkaufspreise und Verkaufspreise wird auf die tabellarische Übersicht in der Klageschrift vom 22.12.2008 (Blatt                    GA) verwiesen. Hinsichtlich der behaupteten Entwicklung der übrigen Kosten des Gasvertriebs wird auf die tabellarische Übersicht im Schriftsatz vom 07.04.2009 (Blatt                    GA) verwiesen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, er sei im Rahmen eines Sondervertrags außerhalb der Grundversorgung mit Erdgas versorgt worden. Es sei aber kein Preisanpassungsrecht vereinbart worden. Die Vorschrift des §§ 5 Abs. 2 GasGVV sei überdies wegen eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. Die Klägerin habe die Billigkeit der Preiserhöhungen weder dargelegt noch nachgewiesen. Sie hätte ihre Preiskalkulation offen legen müssen. Der bloße Verweis auf gesteigerte Einkaufspreise sei nicht ausreichend. Die Erhöhung der Einkaufspreise werde ebenso bestritten wie die Behauptung, die Erhöhung sei nicht in vollem Umfang an die Kunden weitergegeben worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, es könne dahinstehen, ob es sich bei dem Gaslieferungsvertrag zwischen der Klägerin und dem Beklagten um einen Tarifikunden- oder um einen Normsonderkundenvertrag handele. Sowohl bei einem gesetzlich normierten als auch bei einem vertraglich vereinbarten einseitigen Leistungsbestimmungsrecht müsse die Bestimmung gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen erfolgen. Hierzu fehle eine substantiierte Darlegung der insoweit darlegungs- und beweisverpflichteten Klägerin. Soweit sie sich für die vorgenommenen Preiserhöhungen ausschließlich auf den Anstieg ihrer Beschaffungskosten und deren fehlende Kompensation durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen berufe, sei ihr Vortrag unzureichend. Insbesondere mangle es trotz eines entsprechenden rechtlichen Hinweises des Beklagten an Vortrag zum Bestehen und zur Ausschöpfung von Kostensenkungspotentialen. Eines richterlichen Hinweises habe es insoweit nicht bedurft. Die Billigkeit der Preiserhöhungen ergebe sich auch nicht aus einem Vergleich mit anderen Versorgungsunternehmen. Zur Vergleichbarkeit der anderen Versorger und der versorgten Gebiete habe sie ebenfalls nichts vorgetragen. Eine konkludente Vereinbarung der geänderten Preise

durch die Entnahme von Energie in Kenntnis der Preisänderungen und trotz Wechselmöglichkeit liege nicht vor.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 17.12.2009 Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin.

Zur Begründung beruft sich die Klägerin unter Ergänzung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens darauf, das Landgericht habe die Anforderungen an die schlüssige Darlegung der Billigkeit der Preiserhöhungen rechtfehlerhaft überspannt. Sie habe die die Preiserhöhungen übersteigenden Bezugskostensteigerungen schlüssig dargelegt und unter Beweis gestellt. Daher sei ihr Vortrag in der Berufungsinstanz auch nicht verspätet. Überdies sei ihr erstinstanzlich auch kein entsprechender richterlicher Hinweis erteilt worden. Die Kostensteigerungen seien nur zu 90% an die Kunden weitergegeben worden. Somit seien die Preiserhöhungen nicht unbillig gewesen. Sie habe nicht vortragen müssen, was sie unternommen habe, um günstigere Preise bei den Lieferanten zu erreichen. Zur Entwicklung der übrigen Kosten und der Marge habe sie ausreichend vorgetragen. Kostensenkungspotentiale seien nicht vorhanden gewesen. Ohnehin seien nur rund 1,5 % bis 2,0 % der Kosten beeinflussbar. Der Rechtsstreit sei auch nicht bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über eine entsprechende Vorlage des Bundesgerichtshofs auszusetzen. Überdies gehe auch der Bundesgerichtshof von einer Europarechtskonformität von § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise von § 5 Abs. 2 der GasGVV aus.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 20.8.2009, Az. 13 O 179/08 (Kart), abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin EUR mit Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Er ist der Auffassung, es liege ein Normsonderkundenvertrag vor. Es seien weder die GasGVV noch die Ergänzenden Bedingungen für die Versorgung mit Erdgas übersandt worden. Ein vertragliches Preisanpassungsrecht sei nicht vereinbart worden. Liege dagegen ein Tarifkundenverhältnis vor, ergebe sich aus § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise aus § 5 Abs. 2 der GasGVV kein Preisanpassungsrecht. Die Normen seien nicht europarechtskonform und könnten daher nicht angewendet werden. Der Rechtsstreit sei bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über eine entsprechende Vorlage des Bundesgerichtshofs auszusetzen. Hilfsweise müsse der Senat diese Rechtsfrage selbst dem Europäischen Gerichtshof vorlegen. Er beanstande überdies, dass die Klägerin in der Berufungsinstanz mit neuem Tatsachenvortrag gehört werde. Dieser Vortrag sei verspätet. Weiter beanstande er, dass der Senat nicht das beantragte Sachverständigengutachten einholen wolle. Die Vorschrift des §§ 287 ZPO Abs. 2 ZPO finde keine Anwendung. Die Klägerin habe in der Beweisaufnahme die Billigkeit der Gaspreiserhöhung auch nicht nachgewiesen.

Der Senat hat gemäß Beweisbeschluss vom 08.06.2011 Beweis durch die Vernehmung von Zeugen erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der Beweisaufnahme vor dem beauftragten Richter vom 03.08.2011 und 19.08.2011 verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Feststellungen des angefochtenen Urteils in Verbindung mit dem Berichtigungsbeschluss vom 17.12.2009 und die Schriftsätze der Parteien im Berufungsverfahren verwiesen.

## II.

Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch in der Sache erfolgreich.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten entgegen der Auffassung des Landgerichts einen Anspruch auf Zahlung ausstehender Rechnungsbeträge aus Gaslieferungen in Höhe von € gemäß § 433 Abs. 2 BGB, denn sie war gemäß § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV berechtigt, die Gasverkaufspreise zum 01.01.2005, 01.10.2005, 01.01.2006, 01.10.2006 und 01.03.2007 in der erfolgten Weise anzupassen. Damit hat der Beklagte die Jahresabrechnungen der Klägerin vom 22.06.2005, 23.06.2006, 22.06.2007 und 23.06.2008 unberechtigterweise nicht vollständig ausgeglichen.

### 1.

Der Beklagte ist jedenfalls in dem Zeitraum, in dem die streitgegenständlichen Preisanpassungen vorgenommen worden sind, als Tarifikunde im Sinne des § 1 Abs. 2 AVBGasV („Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden“, außer Kraft getreten gemäß Art. 4 der Verordnung zum Erlass von Regelungen des Netzanschlusses von Letztverbrauchern in Niederspannung und Niederdruck vom 01.11.2006, BGBl. I, S. 2477) beziehungsweise Haushaltskunde im Rahmen der Grundversorgung gemäß § 1 Abs. 1, Abs. 2 der danach geltenden GasGVV („Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz“ – Grundversorgungsverordnung) anzusehen und nicht als ein Normsonderkunde.

Für die Beurteilung, ob es sich bei öffentlich bekannt gemachten Vertragsmustern und Preisen um Tarif-, beziehungsweise Grundversorgungsverträge mit allgemeinen Tarifpreisen (§ 6 Abs. 1 EnWG 1935), Allgemeinen Tarifen (§ 10 Abs. 1 EnWG 1998) oder Allgemeinen Preisen im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG 2005 handelt, kommt es darauf an, ob das betreffende Versorgungsunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – im Rahmen seiner Versorgungspflicht nach den genannten Vorschriften oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet. Die Abgrenzung hat hierbei gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung der ausdrücklich oder konkludent abgegebenen Vertragserklärungen aus

der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers zu erfolgen (BGH, Urteil v. 9.2.2011, VIII ZR 295/09, Tz. 23, Urteil v. 14.7.2010, VIII ZR 246/08 Tz. 26; Urteil v. 15.7.2009, VIII ZR 225/07, Tz. 14 m.w.N., VIII ZR 56/08, Tz. 14 m.w.N.). Ein Tarifbeziehungsweise Grundversorgungsvertrag ist jedenfalls in dem im Streitfall maßgeblichen Zeitraum gegeben.

Es kann dahinstehen, ob die Klägerin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu einem von den Parteien nicht vorgetragenen Zeitpunkt vor dem Jahr 2004 die Versorgung des Beklagten mit Gas im Rahmen ihrer allgemeinen Versorgungspflicht vornehmen wollte. Spätestens ab dem 01.01.2005 belieferte die Klägerin den Beklagten für diesen erkennbar im Rahmen eines Tarifbeziehungsweise Grundversorgungsvertrags zu einem allgemeinen Tarif mit Gas, so dass der Beklagte spätestens ab diesem Zeitpunkt als Tarifikunde einzustufen ist. In dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Preisblatt vom 01.01.2005 – und auch in den früheren beziehungsweise in den späteren Preisblättern vom 01.07.2003, 01.10.2005, 01.01.2006, 01.10.2006 und 01.03.2007 – wurden von der Klägerin ausdrücklich vier Allgemeine Tarife beziehungsweise Grund-/Ersatzversorgungstarife angeboten und zwar der „Kleinverbrauchstarif“, der „Grundpreistarif“, der „Heizgas- und Vollversorgungstarif I“ und der „Heizgas- und Vollversorgungstarif II“. Die Klägerin gruppierte den Beklagten aufgrund einer kundenbegünstigenden, mengenabhängigen Bestabrechnung sowie einer Mindestpreisregelung in den so genannten „Heizgas- und Vollversorgungstarif II“ ein. Dass es sich bei dem „Heizgas- und Vollversorgungstarif II“ um einen Allgemeinen Tarif handelt, den die Klägerin innerhalb der Grundversorgung anbietet, ergibt sich schon aus der Einordnung unter die angebotenen „Allgemeinen Tarife für die Versorgung mit Erdgas“ beziehungsweise, ab dem 01.01.2007, aus der Einordnung unter die „Grund- und Ersatzversorgung/Allgemeine Tarife“. Auch aus der maßgeblichen Sicht des Beklagten erfolgte jedenfalls spätestens zum 01.01.2005 eine Einstufung in einen Allgemeinen Tarif und eine Fortsetzung des Lieferverhältnisses mit ihm als Abnehmer im Rahmen eines Tarifikundenvertrages. Dass es sich insoweit um einen Allgemeinen Tarif handelte, ergab sich für den Beklagten aus den Preisblättern, die er jederzeit hätte einsehen können und auf deren Preisangaben die Betragsermittlung ersichtlich basierte sowie aus den entsprechenden Presseveröffentlichungen der Klägerin im „ . . . Anzeiger“, aber auch aus den Rechnungen, denen kein Hinweis auf ein Sondervertragsverhältnis zu entnehmen war. Der Beklagte hat überdies weder erst-

noch zweitinstanzlich Tatsachen vorgetragen, welche den Schluss auf das Vorliegen eines Normsonderkundenvertrages zulassen könnten. Überdies bietet die Klägerin ohnehin erst seit dem 01.04.2007 eine Versorgung im Rahmen eines Normsonderkundenvertrages an und zwar – jedenfalls spätestens ab dem Jahr 2009 – unter der Bezeichnung „Fashion Erdgas“ zu den Tarifen „S“, „M“, „L“ und „XL“.

Soweit einzelne Gerichte in der Vergangenheit entschieden haben, dass es nur einen und nicht mehrere allgemeine Tarife geben könne, so dass nur der als „Kleinverbrauchstarif“ bezeichnete Grundtarif als Allgemein(st)er Tarif angesehen werden könne (so noch: OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2009, VI-2 U (Kart) 14/08, aufgeben mit Urteil vom 13.04.2011, VI-2 U (Kart) 3/09; OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2009, I-19 U 52/08, siehe nachgehend: BGH, Urteil vom 09.02.2011, VIII ZR 162/09, EuGH-Vorlage; KG, Urteil vom 28.10.2008, 21 U 160/06, siehe nachgehend: BGH, Urteil vom 13.10.2009, VIII ZR 312/08, Tz.5, alle zitiert nach juris), von höheren Bezugsmengen abhängige Tarife dagegen nicht, ist diese Rechtsprechung aufgrund der späteren und insoweit aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteile vom 15.07.2009, VIII ZR 225/07 u. VIII ZR 56/08) überholt. Dieser hat klargestellt, dass ein Gasversorgungsunternehmen grundsätzlich berechtigt ist, nicht nur einen, sondern mehrere Allgemeine Tarife sowie zusätzliche Sondertarife anzubieten (so ausdrücklich: Urteile vom 15.07.2009, VIII ZR 225/07 + VIII ZR 56/08, jew. Tz. 12ff, bes. Tz. 15f und Urteil vom 11.05.2011, VIII ZR 42/10, Tz. 32, alle zitiert nach juris). Soweit der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 13.10.2009, VIII ZR 312/08, die Revision des Gasversorgungsunternehmens gegen das Urteil des Kammergerichts (Urteil vom 28.10.2008, 21 U 160/06) zurückgewiesen hat, ist zu beachten, dass es sich insoweit um eine nicht verallgemeinerungsfähige Einzelfallentscheidung, beruhend auf der besonderen Ausgestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des dortigen Gasversorgungsunternehmens, handelt (siehe dazu: BGH, a.a.O., Tz. 5).

## 2.

a) Im Hinblick auf die streitgegenständlichen Preisanpassungen ergibt sich ein grundsätzlich wirksames Preisänderungsrecht der Klägerin schon daraus, dass sich die Belieferung nach der AVBGasV einschließlich des in § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV geregelten Preisänderungsrechts beziehungsweise nach der GasGVV einschließlich des in § 5 Abs. 2 GasGVV geregelten Preisänderungsrechts richtet. Es ist unerheb-



lich, ob die Klägerin den Beklagten auf die Geltung der AVBGasV beziehungsweise der GasGVV hingewiesen und ihm diese ausgehändigt hat, da sie im (Tarifkunden-) Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten aufgrund ihrer Rechtsnatur ohnehin unmittelbar galten beziehungsweise gelten. Ein Hinweis der Klägerin auf die Geltung der AVBGasV beziehungsweise die GasGVV hätte daher nur rein deklaratorischen Charakter gehabt.

b) Die Vorschriften des § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise des § 5 Abs. 2 GasGVV waren und sind auch anwendbar. Daran ändert die Vorlage des Bundesgerichtshofs an den Europäischen Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 267 S. 1 Buchst. b) AEUV nichts (BGH, EuGH-Vorlage vom 18.05.2011, VIII ZR 71/10; siehe für den Normsonderkundenbereich auch: BGH, EuGH-Vorlage vom 09.02.2011, VII ZR 162/09), mit der der Bundesgerichtshof klären möchte, ob die Vorschrift des § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV den europarechtlichen Transparenzanforderungen an Preisänderungsklauseln der Richtlinie 2005/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt (Gas-Richtlinie) genügt, wobei er mit Erwägungen, denen dieser Senat ausdrücklich beitrifft, davon ausgeht, dass eine Europarechtskonformität bestehen dürfte. Auch aus der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-Richtlinie) ergibt sich nichts anderes. Diese ist nach ihrem Art. 1 Abs. 2 schon nicht auf Rechtsvorschriften anwendbar. Die in Teilen der Literatur vertretene Auffassung, bei funktionaler Betrachtung müssten die durch Rechtsvorschrift geregelten Versorgungsbedingungen einer Klauselkontrolle unterzogen werden, ist abzulehnen (vergleiche die Nachweise bei: BGH, EuGH-Vorlage vom 09.02.2011, VIII ZR 162/09, Rn. 25). Wie aus Erwägungsgrund 13 zur Richtlinie eindeutig hervorgeht, sollen Rechtsvorschriften gerade nicht nach diesen Maßstäben überprüft werden (so auch: OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.04.2011, VI-2 U (Kart) 3/09).

Der Senat muss weder ebenfalls den Europäischen Gerichtshof anrufen, noch den Rechtsstreit im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO aussetzen. Eine Vorlagepflicht besteht nur für Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können (Art. 267 S. 3 AEUV). Für alle

übrigen Gerichte, wie das Oberlandesgericht, besteht insoweit Ermessen (Art. 267 S. 2 AEUV). Der Senat sieht jedoch sowohl aus prozessökonomischen Gründen – bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vergehen mitunter mehrere Jahre – als auch aufgrund des Umstandes, dass auch der Bundesgerichtshof die Vorschrift des §§ 4 Abs. 1, Abs. 2 für europarechtskonform hält, von einer eigenen Vorlage ab. Durch gleichliegende und nichts zu einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlagen beitragende Vorabentscheidungsersuchen würde zudem auch die Erfüllung der Aufgaben des Europäischen Gerichtshofs beeinträchtigt.

Selbst wenn der Europäische Gerichtshof die Europarechtskonformität des § 4 Abs. 1, S. 2 AVBGasV für das Tarifikundenverhältnis wider Erwarten nicht bestätigen würde, wären die Preisanpassungen der Klägerin auch nicht ohne weiteres unwirksam, denn dem Versorger müsste ein Preisanpassungsrecht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zugestanden werden. Ein Grundversorger kann nämlich den Grundversorgungsvertrag nicht wirksam kündigen, weil er gemäß § 36 Abs. 1 EnWG zur Aufrechterhaltung des Vertrages verpflichtet ist. Der Kontrahierungszwang ist ein Eingriff in die Privatautonomie und dem Versorger folglich nur mit einer Preisanpassungsberechtigung zumutbar (so auch: Zorn, Anmerk. zu BGH, EuGH-Vorlage vom 18.05.2011, VIII ZR 71/10, IR 2011, 181; Krtschil, Anmerk. zu BGH, EuGH-Vorlage vom 29.06.2011, VIII ZR 211/10, IR 2011, 228). Damit ist zumindest zweifelhaft, ob die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits überhaupt ganz oder teilweise von der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs über die Vorlage des Bundesgerichtshofs vom 18.05.2011 abhängig ist.

Die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 148 ZPO gebietet es aus den vorstehenden Gründen auch nicht, den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gegen den Willen der Klägerin auszusetzen (siehe dazu auch: BGH, Beschluss vom 30.03.2005, X ZB 26/04; zur Gegenansicht siehe: Markert, Anmerk. zu BGH, EuGH-Vorlage vom 29.06.2011, VIII ZR 211/10, ZNER 2011, 437 (438), ders., Anmerk. zu BGH, EuGH-Vorlage vom 18.05.2011, VIII ZR 71/10, ZMR 2011, 793 (794)).

**3.**

a) Die von der Klägerin gemäß § 4 Abs. 1, Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise § 5 Abs. 2 GasGVV vorgenommenen Preisanpassungen entsprechen der Billigkeit im Sinne von § 315 BGB. Die Klägerin hat nachgewiesen, dass die von ihr behaupteten Bezugskostenveränderungen tatsächlich im vorgetragenen Umfang erfolgt sind. Des Weiteren hat sie nachgewiesen, dass in anderen Kostenpositionen keine Einsparungen erfolgt sind, die zu zusätzlichen Gewinnen geführt haben, und keine weiteren Kostensenkungsmöglichkeiten vorhanden gewesen sind. Die Beweisaufnahme hat auch die Behauptung der Klägerin bestätigt, dass sie die Bezugskostensteigerungen nicht einmal vollumfänglich an ihre Gasversorgungskunden weitergegeben hat.

aa) Es kann offen bleiben, ob der erstinstanzliche Vortrag der Klägerin, insbesondere zum Bestehen und zur Ausschöpfung von Kostensenkungspotenzialen, aber auch zu den übrigen Kosten, hinreichend substantiiert gewesen ist. Sie war insoweit darlegungs- und beweisbelastet. Bei der Parteileistungsbestimmung nach § 315 BGB muss die bestimmende Partei die ihre Leistungsbestimmung tragenden und deren Billigkeit rechtfertigenden Umstände dartun und beweisen. Für die Billigkeit als solche gibt es keine Darlegungs- und Beweislast. Sie ist ein Rechtsbegriff. Die notwendige Abwägung hat das Gericht von Amts wegen vorzunehmen. Eine Darlegungs- und Beweislast gibt es nur für die der Abwägung zugrundeliegenden Tatsachen und Umstände (siehe zum Ganzen: Rieble in Staudinger, BGB, 2009, § 305, Rn. 393f). Jedenfalls hat das Landgericht aber, wie sich aus seinem Urteil ergibt, der Klägerin keinen diesbezüglichen Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 S. 2 ZPO gegeben. Es hat diesen nicht für notwendig erachtet, weil der Beklagte bereits auf diesen Umstand hingewiesen habe. Zutreffend ist, dass ein gerichtlicher Hinweis gegenüber einer rechtsanwaltlich vertretenen Partei grundsätzlich nicht notwendig ist, wenn die andere Partei bereits auf diesen Umstand hingewiesen hat. Dies gilt jedoch nicht, wenn die darlegungspflichtige Partei davon ausgegangen ist, in erforderlichem Umfang vorgetragen zu haben (siehe dazu: von Selle in Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Edition 2, Std. 01.10.2011, § 139, Rn. 17 u. 19; Musielak, ZPO, 8. A., 2011, § 139, Rn. 6f; Wagner in Münchner Kommentar zur ZPO, 3. A., 2008 § 139, Rn. 18f, jew. m.w.N.). Die Klägerin ist erstinstanzlich unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere die

Urteile des Bundesgerichtshofs vom 13.06.2007, VIII ZR 36/06 „Heilbronn“, und vom 19.11.2008, VIII ZR 138/07 „Dinslaken“, ersichtlich davon ausgegangen, ihrer Darlegungspflicht genügt zu haben. Es hätte daher ausnahmsweise eines zusätzlichen gerichtlichen Hinweises bedurft, um die Klägerin auf die möglicherweise nicht hinreichende Distanzierung ihres Vortrags hinzuweisen. Der ergänzende und hinreichend substantiierte zweitinstanzlichen Vortrag der Klägerin war daher gemäß §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO zuzulassen.

bb) Die Frage, ob bei mehreren beanstandeten Preisanpassungen jede einzelne für sich an § 315 BGB zu messen ist oder ob sich ihre Billigkeit nach einer Gesamtbetrachtung bestimmt, hat der Bundesgerichtshof bislang nicht ausdrücklich entschieden, auch wenn seine Ausführungen im Urteil vom 19.11.2008 (VIII ZR 138/07 „Dinslaken“, Tz. 35, zitiert nach juris) eher die Annahme einer Gesamtbetrachtung nahe legen. Ohne diesen Ansatz näher zu begründen, nehmen auch das Oberlandesgericht München im Urteil vom 01.10.2009, U (K) 3772/08, veröffentlicht in juris, und das Oberlandesgericht Koblenz im Urteil vom 12.04.2010, 12 U 18/08, veröffentlicht in juris, eine Gesamtbetrachtung vor.

Dagegen messen das Oberlandesgericht Celle im Urteil vom 19.08.2010, 13 U 82/07 (Kart), veröffentlicht in juris, und das Landgericht Köln in den Urteilen vom 14.08.2009, 90 O 41/07 und 90 O 50/07, veröffentlicht in juris, die Billigkeit jeder einzelnen Preiserhöhung gesondert an § 315 BGB. Nach dieser Betrachtungsweise ist eine Preiserhöhung, der nicht ein Bezugskostenanstieg in entsprechender Höhe zugrunde liegt, auch dann unbillig, wenn durch eine spätere Korrektur das angemessene Verhältnis zwischen Bezugskosten- und Tarifierhöhung wieder hergestellt wird.

Auch nach Auffassung des Senats, der sich insoweit der Rechtsprechung des 2. Kartellsenats anschließt (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.04.2011, VI-2 U (Kart) 3/09, veröffentlicht in juris), sprechen die überwiegenden Gründe gegen eine Gesamtbetrachtung. Maßgeblich ist, dass die sich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung stellende Frage, auf welchen Zeitraum für die Billigkeitsprüfung abzustellen ist, nicht befriedigend gelöst werden kann. Wird der Gesamtbetrachtung der Zeitraum zugrunde gelegt, in dem die jeweils streitgegenständlichen Preiserhöhungen stattgefunden haben, so kann sie bei Kunden, die sich gegen dieselbe Preiserhöhung wenden, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, abhängig davon, ob die Kunden sich aus-

schließlich gegen diese beziehungsweise diese und vorangegangene oder auch gegen die nachfolgenden Erhöhungen zur Wehr setzen. Ist die Tarifierhöhung zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht vollständig durch entsprechende Bezugskostensteigerungen bis zu diesem Zeitpunkt abgedeckt, müsste sie als unbillig bewertet werden. Würde aber bei der Billigkeitsprüfung derselben Preiserhöhung auch die nachfolgende Entwicklung der Bezugs- und Arbeitspreise im Rahmen einer Gesamtbetrachtung in den Blick genommen, weil auch die späteren Tarifänderungen Gegenstand der gerichtlichen Prüfung sind, kann die Prüfung zum gegenteiligen Ergebnis führen (so bereits: OLG Celle, Urteil vom 19.08.2010, 13 U 82/07 (Kart), Tz. 41).

Bestimmt sich die Billigkeitsprüfung nach einer derartigen Gesamtbetrachtung, sind widersprüchliche Ergebnisse unvermeidbar, weil der zugrunde liegende Zeitraum ausschließlich davon abhängt, ob die Kunden sich nur gegen eine oder gegen mehrere Tarifpreiserhöhungen wenden. Darüber hinaus stellt sich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung das weitere Problem, zu welchen Zeitpunkten und in welcher Höhe das Gericht das billige Entgelt konkret zu bemessen hat, wenn die angegriffenen Tarifpreiserhöhungen auch im Rahmen einer Gesamtbetrachtung nicht durch Bezugskostensteigerungen in gleicher Höhe kompensiert werden (OLG Celle, a.a.O.).

Allerdings wird nach Auffassung des Senats eine nur die einzelne Preiserhöhung in den Blick nehmende Billigkeitsprüfung den tatsächlichen Gegebenheiten der Gaswirtschaft ebenfalls nicht gerecht. Zwar betont das Oberlandesgericht Celle, auch dieser Ansatz ermögliche es den Gasversorgern, eine bei der letzten Tarifpreiserhöhung nicht ausgeschöpfte Bezugskostensteigerung bei der anstehenden Tarifpreisänderung weiterzugeben, wodurch den Unsicherheiten bei der Vornahme von Tarifierhöhungen hinreichend Rechnung getragen und vermieden werde, dass jede Erhöhung der Bezugskosten unverzüglich an die Kunden weitergereicht werde. Dabei wird aber nicht hinreichend berücksichtigt, dass der Gasversorger auch bei der anstehenden aktuellen Tarifänderung, in die er nach Auffassung des Oberlandesgerichts Celle den zu seinen Lasten noch bestehenden Differenzbetrag einspeisen kann, wiederum nicht absehen kann, ob sich der Bezugskostenpreis derart entwickelt, dass dadurch auch die bei der letzten Tarifänderung nicht weitergereichten Bezugskostensteigerungen abgedeckt werden. Bei der Kalkulation der Arbeitspreise können Überschreitungen der prognostizierten Bezugskostensteigerungen nicht sicher ausgeschlossen werden, weil den

Gasversorgern die Entwicklung der Bezugskosten nicht exakt bekannt ist, und sie keine Kenntnis von den im Geltungszeitraum der Preisanpassung an die einzelnen Kundengruppen tatsächlich abgesetzten Mengen haben. Das mit der Prognose, wie hoch der Anstieg der Bezugskosten ausfallen wird, verbundene Risiko, den Arbeitspreis letztlich in unbilliger Höhe festzusetzen, erhöht sich aber noch, wenn bislang unberücksichtigte zusätzlich zu den für die Zukunft erwarteten Preissteigerungen in den festzusetzenden Arbeitspreis einfließen sollen.

Um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das Versorgungsunternehmen im Zeitpunkt der Preisanpassung die Entwicklung der Bezugskosten nur prognostizieren aber nicht sicher vorhersehen kann und zur Vermeidung der mit einer rein kalkulationsperiodenbezogenen Betrachtungsweise verbundenen Risiken und Nachteile bei der Preiskalkulation hält der Senat eine kumulierte Betrachtung der jeweils in einem Gaswirtschaftsjahr (vom 01. Oktober 6:00 Uhr bis zum 01. Oktober 5:59 Uhr des Folgejahres) vorgenommenen Preisänderungen für angemessen. Eine auf das Gaswirtschaftsjahr beschränkte Gesamtbetrachtung entspricht auch dem bei einer Billigkeitsprüfung anzuwendenden Kontrollmaßstab. Danach ist die Entscheidung des Versorgers lediglich auf Unbilligkeit hin zu überprüfen, wobei ihm ein Entscheidungsspielraum zukommt (vergleiche: Grüneberg in Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 315, Rn. 10). Wird eine einzelne Erhöhung des Arbeitspreises durch den bei ihrer Festsetzung prognostizierten, aber tatsächlich nicht in dem erwarteten Ausmaß eingetretenen Anstieg der Bezugskosten nicht vollständig abgedeckt, ist sie danach dennoch nicht unbillig, wenn in dem Gaswirtschaftsjahr insgesamt ein angemessenes Verhältnis zwischen Tarif- und Bezugkostenerhöhungen erzielt wird.

Durch eine Gesamtbetrachtung des Gaswirtschaftsjahres wird weitgehende Kalkulationssicherheit für die Versorgungswirtschaft erreicht. Zugleich werden die mit einer Gesamtbetrachtung des Zeitraums, in dem die angegriffenen Preiserhöhungen vorgenommen wurden, verbundenen Nachteile und Unwägbarkeiten ausgeschlossen.

cc) Die Beweisaufnahme hat – wie schon ausgeführt – die Richtigkeit der klägerischen Behauptungen ergeben.

Der Zeuge X. hat unter Angabe der entsprechenden Zahlenwerte für die einzelnen Gaswirtschaftsjahre nachvollziehbar und glaubhaft erläutert, dass seine

Untersuchung der Entwicklung der Beschaffungskosten im Verhältnis zu den Verkaufspreisen im streitgegenständlichen Zeitraum ergeben habe, dass in keinem Gaswirtschaftsjahr eine vollständige Weitergabe der Beschaffungskostensteigerungen an die Letztverbraucher erfolgt sei. Im Gaswirtschaftsjahr 2004/2005 seien Beschaffungskosten in Höhe von Cent/kWh nicht weitergegeben worden. Im Gaswirtschaftsjahr 2005/2006 habe sich der Betrag bereits auf Cent/kWh erhöht. Im Gaswirtschaftsjahr 2006/2007 sei der Betrag auf Cent/kWh weiter angestiegen. Soweit der Zeuge auch Angaben zum Gaswirtschaftsjahr 2007/2008 gemacht hat, kam es hierauf nicht an, weil keine der streitgegenständlichen Preisanpassungen in dieses Gaswirtschaftsjahr fällt. Die Preisanpassungen seien stets gleichmäßig für alle Tarife erfolgt.

Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen X., der als Wirtschaftsprüfer für die Y. tätig ist, zu zweifeln. Er hat seine Erkenntnisse gewonnen, als er für die Klägerin die Entwicklung der Beschaffungskosten im Verhältnis zu den Verkaufspreisen überprüft hat, um festzustellen, ob eine Kostenüberdeckung oder Kostenunterdeckung bestand. Der Zeuge hat auch keinen Grund, unrichtige Angaben zum Beweisthema zu machen. Er hat weder ein privates noch ein berufliches Interesse an einer Begünstigung der Klägerin, insbesondere ist sein Arbeitgeber nicht mehr für die Klägerin tätig. Der Zeuge hat sich in seiner Vernehmung vielmehr durchgängig ersichtlich um zutreffende und genaue Angaben bemüht, wie sich insbesondere auch daraus ergibt, dass er Unterlagen – eine tabellarische Übersicht über die Kostenüberdeckung beziehungsweise Kostenunterdeckung unter Berücksichtigung der streitgegenständlichen Gaswirtschaftsjahre – für den Termin vorbereitet hat (siehe Blatt GA) und sich nach seiner Vernehmung sogar noch mit Schreiben vom 15.08.2011 (siehe Blatt GA) an das Gericht gewandt hat, um seine Aussage zu ergänzen und zu präzisieren.

Hinsichtlich des Gaswirtschaftsjahres 2006/2007 werden die Angaben des Zeugen X. durch die Aussage des Zeugen Z. gestützt. Der Beweiswert der Aussage des Zeugen Z. ist allerdings deutlich eingeschränkt, weil er bei seiner Prüfung nicht auf das Gaswirtschaftsjahr 2006/2007, sondern auf das Kalenderjahr 2007 abgestellt hat. Er hat für das Kalenderjahr 2007 unter Angabe der diesbezüglichen Zahlenwerte ebenfalls bestätigt, dass keine vollständige Weitergabe der Beschaffungskostensteigerungen an die Letztverbraucher erfolgt sei. Es habe sich eine negative Rohmarge von rund EUR ergeben, die unter anderem auf

rückläufige Mengen und eine Preissenkung zum 01.03.2007 zurückzuführen gewesen sei. Es besteht auch kein Anlass, an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen Z., der als Wirtschaftsprüfer für die B. tätig ist, zu zweifeln. Er hat seine Erkenntnisse gewonnen, als er für die Klägerin die gesetzlich vorgesehene Jahresabschlussprüfung für das Jahr 2007 durchgeführt hat. Auch er hat weder ein privates noch ein berufliches Interesse an einer Begünstigung der Klägerin.

Wie beide Zeugen bekundet haben, hat ihnen die Klägerin für ihre Prüfungen jeweils alle relevanten Unterlagen vollständig vorgelegt, so dass sie eine umfassende Begutachtung vornehmen konnten.

Die Feststellung des Zeugen X., dass in keinem Gaswirtschaftsjahr eine vollständige Weitergabe der Beschaffungskostensteigerungen an die Letztverbraucher erfolgt sei, wird auch durch die Aussagen weiterer Zeugen bestätigt. So hat der Zeuge C., der Leiter des Finanz- und Rechnungswesens der Klägerin angegeben, dass sich die Rohmarge in den Jahren 2004 bis 2008 immer weiter reduziert habe, so dass sich letztlich ein negatives Ergebnis ergeben habe. Auch der Zeuge D., Mitarbeiter der für die Klägerin tätigen Unternehmensberatung und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft F., hat ausgesagt, dass die Bezugskostensteigerungen nicht vollständig an die Letztverbraucher weitergegeben worden seien. In diesem Zusammenhang hat er insbesondere ausdrücklich die Richtigkeit der in der tabellarische Übersicht in der Klageschrift vom 22.12.2008 (Blatt GA) kumuliert dargestellten Entwicklung der Einkaufs- und Verkaufspreise der Klägerin, die vom Beklagten bestritten worden war, bestätigt.

Die Zeugen C. und E. haben übereinstimmend dargelegt, dass sich die Klägerin auch bemüht hat, günstigere Konditionen bei ihren Vorlieferanten zu erhalten. Zu diesem Zweck hat die Klägerin geprüft, ob eine Einkaufsgemeinschaft mit den umliegenden Kommunen im Rahmen der G. zu günstigeren Bezugsbedingungen führen würde. Beim Stromeinkauf war es der Klägerin nämlich gelungen, im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft günstigere Konditionen bei den Vorlieferanten zu halten. Die Prüfung ergab jedoch, dass dies beim Gaseinkauf nicht möglich war. Vielmehr stellte sich heraus, dass ein gemeinsamer Gaseinkauf sogar zu höheren Kosten geführt hätte. Dies beruhte auf der Unterschiedlichkeit der Marktgebiete und den unterschiedlichen Gasqualitäten sowie zusätzlichen Handling-Kosten. Es besteht kein Anlass, an der Richtigkeit dieser Aussagen der Zeugen C. und E. zu zweifeln. Deren Erklärung ist, insbesondere auch wegen der im Vergleich zum Strombereich



geringer ausgeprägten Konkurrenzsituation bei den Vorlieferanten, schlüssig. Im Übrigen wäre es auch unplausibel, wenn die Klägerin als Wirtschaftsunternehmen nicht bemüht gewesen wäre, möglichst günstige Einkaufspreise zu erhalten.

Die Zeugen X. und E. haben überdies Angaben zu den von den Vorlieferanten an die Klägerin gezahlten Marketingzuschüssen gemacht. Bei diesen war zwischen zweckgebundenen Zuschüssen für einzelne Großkunden und Zuschüssen für alle Kunden, den so genannten Kommunalgaskunden, zu unterscheiden. Beide Zeugen haben übereinstimmend und glaubhaft erklärt, dass die für die Kommunalgaskunden bestimmten Marketingzuschüsse diesen stets auch zugutegekommen seien, indem eine kostensenkende Berücksichtigung bei der Ermittlung der Verkaufspreise erfolgt sei. Der Zeuge X., der sich – wie bereits ausgeführt – in seiner Vernehmung am 03.08.2011 durchgängig ersichtlich um zutreffende und genaue Angaben bemüht hat, hat sich nach seiner Vernehmung sogar noch mit Schreiben vom 15.08.2011 (Blatt GA) an das Gericht gewandt, um seine diesbezügliche Aussage zu ergänzen und zu präzisieren. Er hat in diesem Schreiben angegeben, dass es weitere Marketingzuschüsse in Höhe von EUR und EUR für die Kommunalgaskunden gegeben habe, die diesen ebenfalls zugutegekommen seien. Dieses Verhalten des Zeugen spricht ebenfalls für die Glaubhaftigkeit der Angaben, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Zeuge von der diesbezüglichen Frage des beauftragten Richters im Termin vom 03.08.2011 überrascht gewesen ist, weil er seine Terminsvorbereitung anhand der ihm noch zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht auf diesen Punkt, bei dem es sich nur um einen Nebenaspekt gehandelt hat, ausgerichtet hatte. Soweit seine ergänzenden schriftlichen Angaben zu den weiteren Marketingzuschüssen in Höhe von EUR und EUR in Widerspruch zu den Angaben des Zeugen E. stehen, ist dieser Widerspruch letztlich zwar nicht vollständig aufgeklärt worden, schmälert aber gleichwohl nicht den Beweiswert seiner Aussage. Der Zeuge E. hat im zweiten Beweisaufnahmetermin vom 19.08.2011 angegeben, dass es sich bei den von dem Zeugen X. angegebenen weiteren Marketingzuschüssen nicht um Zuschüsse für Kommunalgaskunden, sondern um Zuschüsse für einzelne Großkunden beziehungsweise Projekte gehandelt habe und zwar in Höhe von € für die Firma I., in Höhe von € für die Firma H. und in Höhe von € für eine Erdgastankstelle. Darüber hinaus seien im Zusammenhang mit den für die Firma H. gezahlten EUR weitere – von Zeugen X. nicht erwähnte – EUR für die Kommunalgaskunden gezahlt worden, die diesen

aber auch zugutegekommen seien. Die präziseren und wohl zutreffenden Angaben des Zeugen E. im zweiten Beweisaufnahmetermin sind darauf zurückzuführen, dass dieser sich nach den entsprechenden Fragen im ersten Beweisaufnahmetermin auf die zu erwartende Frage nach den Marketingzuschüssen vorbereiten konnte und auch vorbereitet hatte, wie sich sowohl aus der Detailliertheit seiner Aussage als auch daraus ergibt, dass die Klägerin in diesem Termin vorbereitete Kopien von vier Schreiben der Vorlieferanten vorgelegt hat (siehe Blatt bis GA), aus denen sich zumindest teilweise die von dem Zeugen E. angegebene Zweckbestimmung der Marketingzuschüsse ergibt. Der Annahme, dass die Preisanpassungen der Klägerin billig im Sinne von § 315 BGB gewesen sind, stehen die Aussagen der beiden Zeugen ohnehin nicht entgegen. Sollte es sich um Zuschüsse für die Kommunalgaskunden gehandelt haben, sind diese nach den übereinstimmenden Angaben der beiden Zeugen den Kommunalgaskunden zugutegekommen. Sollte es sich dagegen teilweise nicht um Zuschüsse für die Kommunalgaskunden gehandelt haben, sind diese zu Recht nicht zu ihren Gunsten berücksichtigt worden. Soweit der Zeuge D. zu den Marketingzuschüssen befragt worden ist, waren seine Angaben unergiebig, weil er hierzu aus seiner Erinnerung keine konkreten Angaben machen konnte und die diesbezüglichen Unterlagen nicht zum Termin mitgenommen hatte.

Die Beweisaufnahme hat weiter ergeben, dass die Klägerin bei den so genannten übrigen Kosten über keine weiteren Einsparmöglichkeiten verfügt hat, die zur Senkung der Verkaufspreise hätten dienen können. Wie dem Senat aus seiner Zuständigkeit für Beschwerden gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur bekannt ist und wie sich auch aus den Jahresberichten der Bundesnetzagentur ergibt, ist der Anteil der beeinflussbaren übrigen Kosten der Netzbetreiber gering. Der Zeuge C. hat bekundet, die Verwaltungs- und Vertriebskosten seien in den Jahren 2004 bis 2008 konstant gewesen. Die Verwaltungs- und Vertriebskostenmarge habe im Jahr 2005 nur betragen. Im Jahr 2007 sei die Marge sogar negativ gewesen, weil die Einnahmen die Kosten nicht mehr gedeckt hätten. Spielraum zur weiteren Kostenreduzierung sei aber nicht vorhanden gewesen. In diesem Zusammenhang hat der Zeuge zutreffend weiter ausgeführt, selbst wenn es der Klägerin möglich gewesen wäre, diese Kosten um weitere 10 % zu reduzieren, hätte ein Letztverbraucher mit einem Verbrauch von 40.000 kWh im Jahr lediglich eine um vier Euro reduzierte Jahresrechnung erhalten. Dies belegt, dass die Reduzierung der beeinflussbaren übrigen Kosten auf die Bestimmung angemessener

Letztverbraucherpreise nur begrenzten Einfluss hat.

Soweit der Beklagte im Schriftsatz vom 24.11.2011 den Verdacht äußert, die Klägerin könnte Personalkosten der Strom- und der Wassersparte ihrer Gassparte zugeordnet haben, um höhere Kosten zu generieren, ist dies angesichts des Ergebnisses der Beweisaufnahme fernliegend. Die Zeugen X. und Z. haben übereinstimmend erklärt, dass sie im Hinblick auf die von der Klägerin für die Gassparte angesetzten Personalkosten eine Plausibilitäts- und Stetigkeitsprüfung durchgeführt haben, die zu keinen Beanstandungen Anlass gegeben hat. Es war nicht die Aufgabe der beiden als Wirtschaftsprüfer tätigen Zeugen und auch nicht die Aufgabe des Senats, die Personalkostenschlüsselung der Klägerin weiter zu hinterfragen, insbesondere weil jegliche Anhaltspunkte für eine „Manipulation“ durch die Klägerin fehlen. Eine Verschiebung von Personalkosten aus der Strom- oder der Wassersparte in die Gassparte wäre auch wirtschaftlich sinnlos, weil diese Kosten dann bei der Bemessung der Strom- und Wasserverkaufspreise nicht berücksichtigt werden könnten. Auch für die weitere Mutmaßung des Beklagten, die Klägerin könnte mit ihrer Gassparte die städtischen Bäder und den öffentlichen Personennahverkehr quersubventioniert haben, gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Solche hat der Beklagte auch weder erst- noch zweitinstanzlich vorgetragen.

Letztlich haben damit sämtliche Zeugen im Kern übereinstimmend bestätigt, dass die Klägerin die Bezugskostensteigerungen nicht in vollem Umfang an die Letztverbraucher weiter gegeben hat. Nach alledem besteht für den Senat daher kein Anlass, an der Billigkeit der von der Klägerin vorgenommenen streitgegenständlichen Preisanpassungen zu zweifeln.

dd) Von der Einholung des von dem Beklagten beantragten Sachverständigengutachtens hat der Senat gemäß § 287 Abs. 2 ZPO abgesehen, weil der damit verbundene zeitliche und finanzielle Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis zur Höhe der Klagesumme stünde. Wie dem Senat aus mehreren gleichliegenden Verfahren, in denen bereits erstinstanzlich ein Sachverständigengutachten eingeholt worden war, bekannt ist, verzögert dies den Abschluss des Rechtsstreits um mehrere Monate und verursacht zusätzliche Kosten in Höhe von mehreren tausend Euro. In der Regel wird das Sachverständigengutachten von einer Partei oder sogar von beiden Parteien,

angegriffen – meist mittels eines Parteigutachtens eines Ökonomen oder Wirtschaftsprüfers –, so dass schriftliche und mündliche Ergänzungen durch den Sachverständigen, auch noch in der Berufungsinstanz, notwendig sind, die weiteren erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursachen. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es im Rahmen einer Billigkeitsprüfung auch nicht erforderlich ist, die Preisbildung des Versorgers durch einen Sachverständigen mathematisch genau nachbilden zu lassen. Vielmehr reicht es aus, wenn sich das Gericht selbst, beispielsweise durch die Vernehmung von Zeugen, die Überzeugung verschafft, dass eine angemessene Preisbildung erfolgt ist. Diese Überzeugungsbildung war dem Senat im Rahmen der durchgeführten Beweisaufnahme, in der auch externe Wirtschaftsprüfer vernommen worden sind, möglich.

Dass sich der Senat unter Verstoß gegen das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit vom römischrechtlichen Grundsatz „*minima non curat lex*“ – ursprünglich wohl „*de minimis non curat praetor*“ – habe leiten lassen, wie der Beklagte im Schriftsatz vom 24.11.2011 behauptet, ist angesichts von vier Verhandlungs- beziehungsweise Beweisaufnahmeterminen in der Berufungsinstanz als eher fernliegend zu bezeichnen.

#### **4.**

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit war nicht feststellbar, weil keine Zustellungsurkunde vorliegt. Rechtshängigkeitszinsen konnten daher erst ab dem 27.01.2009, dem Zeitpunkt des Eingangs des Bestellungsschriftsatzes der Prozessbevollmächtigten des Beklagten, zugesprochen werden.

#### **5.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, 711 S.1 und S. 2 ZPO.

#### **6.**

Die Revision wird zugelassen, weil eine gesicherte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Europarechtskonformität von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBGasV beziehungsweise von § 5 Abs. 2 GasGVV sowie zum Maßstab der Billigkeitsüberprüfung noch nicht besteht (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO).

7.

Der Berufungstreitwert wird auf      EUR festgesetzt.

**L.**

**R.**

**A.**