

Geschäftsnummer:

7 U 194/04  
24 O 41/04  
Landgericht  
Mannheim

Verkündet am  
28. Juni 2006

## **Oberlandesgericht Karlsruhe**

7. Zivilsenat

**Im Namen des Volkes**

**Urteil**

In dem Rechtsstreit

\*.\* GmbH  
vertreten durch d. Geschäftsführer \*.\* , \*.\*  
- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: \*.\*

**gegen**

\*.\* GmbH  
vertreten durch d. Geschäftsführer \*.\* , \*.\*  
- Beklagte / Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte \*.\*

**wegen** Forderung

hat der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 05. April 2006 unter Mitwirkung von

Richter am Oberlandesgericht \*.\*

Richterin am Oberlandesgericht \*.\*

Richter am Oberlandesgericht \*.\*

für **Recht** erkannt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Mannheim vom 16.08.2004 - 24 O 41/04 - wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsrechtszugs.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

## **GRÜNDE**

### **I.**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restliche Bezahlung für die Lieferung von Gas in Höhe von \*.\* € zuzüglich Zinsen aus einem zum 31.10.2003 beendeten Vertrag. Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug sowie der getroffenen Feststellungen Bezug genommen wird, wurde die Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen, da die Klägerin ihre Preiskalkulation nicht of-

fen gelegt habe und sie damit ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen sei, weshalb dem Gericht die Überprüfung nicht möglich sei, ob die einseitig vorgegebenen Preise der Billigkeit im Sinne von § 315 Abs. 3 S. 1 BGB entsprechen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Sie vertritt die Auffassung, § 315 Abs. 3 BGB sei hier nicht anwendbar, da sie bei der Gaslieferung kein Monopol besitze und die Beklagte in ein bestehendes Vertragsverhältnis vorbehaltlos einschließlich der Preisregelung eingetreten sei, so dass es an einer einseitigen Preisbestimmung fehle. Bei der Beklagten handle es sich um ein Energiedienstleistungsunternehmen und damit um einen so genannten Sondervertragskunden, der seine Belieferungskonditionen frei aushandeln könne. Deshalb sei ihm auch ein günstigerer unter dem allgemeinen Tarif für Endkunden liegender Preis für die Gaslieferung eingeräumt worden. Zudem entsprächen die von der Klägerin verlangten Gaspreise der Billigkeit.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und begehrt die Zurückweisung der Berufung.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands im zweiten Rechtszug wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

1. Die von der Klägerin verlangten Preise für die Gaslieferung an die Beklagte unterliegen der Billigkeitskontrolle gemäß § 315 Abs. 1, 3 BGB, nachdem die Beklagte eingewandt hat, dass die Preisbestimmung durch die Klägerin unbillig ist.
  - a) Es ist anerkannt, dass Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfs-

fall angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind, jedenfalls wenn sie in ihrem Leistungsbereich eine tatsächliche oder rechtliche Monopolstellung besitzen (BGH NJW 1987, 1828, 1829; BGHZ 115, 311, 316 m. w. N.). Entgegen der Auffassung der Klägerin scheidet die Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB nicht daran, dass es an einer Monopolstellung fehlt. Die Klägerin hat erstinstanzlich unwidersprochen erklärt, dass sie in Bezug auf Gas bis 30.06.2004, also über den Ablauf des hier streitgegenständlichen Vertrags hinaus, eine Monopolstellung inne hatte. Soweit die Klägerin nunmehr vorbringt, diese Aussage beziehe sich nur auf das Leitungsnetz und nicht auf die Lieferung von Gas, handelt es sich um bestrittenes neues Vorbringen, welches nicht zuzulassen ist, da die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, dass die Liberalisierung des Energiemarktes gerichtsbekannt ist und aufgrund der Verbändevereinbarung zum Netzzugang bei Erdgas (VVErdgas II) vom 03.05.2002 i. V. m. §§ 33, 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ein Anspruch auf Nutzung des Netzes durch Dritte besteht. Wie die Beklagte durch auszugsweise Vorlage des Berichts des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarungen vom 31.08.2003 und das 15. Hauptgutachten der Monopolkommission 2002/2003 belegt hat, bestand jedenfalls bis zur Beendigung des vorliegenden Vertrages zum 31.10.2003 tatsächlich noch kein Wettbewerb auf dem Gasmarkt. Auch trägt die Klägerin nicht im Einzelnen vor, welche Unternehmen in ihrem Einzugsbereich zum damaligen Zeitpunkt bereits das Gasnetz genutzt haben.

- b) Die Klägerin kann ihre mangelnde Monopolstellung auch nicht damit begründen, dass die Gasversorgung auf dem Wärmemarkt in Konkurrenz zur Fernwärmeversorgung, zur Stromversorgung für Nachtspeicherheizungen und zur Mineralölwirtschaft steht (sog. Substitutionswettbewerb). Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass - abgesehen von dem hier nicht vorliegenden Fall der Erstbestückung eines Gebäudes mit einer Wärmeanlage - keine Ausweichmöglichkeit mehr auf

ein anderes Medium der Wärmeerzeugung besteht. Eine Gasheizung kann nun mal nicht mit Heizöl betrieben werden.

- c) Die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB scheidet entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht deshalb aus, weil die Preisvereinbarung individuell ausgehandelt wurde oder individuell hätte ausgehandelt werden können. Es mag zwar zutreffen, dass die Beklagte als Energiedienstleistungsunternehmen ein Sondervertragskunde war. Die Möglichkeit über die Preiskonditionen zu verhandeln bestanden aber weder für die Beklagte beim Vertragseintritt noch für die früheren Vertragspartner (\*.\* GmbH und \*.\* GmbH), wie sich aus den zwischenzeitlich vorgelegten Normsonderverträgen ergibt. Vielmehr gewährte die Klägerin Abnehmern mit einer jährlichen Liefermenge ab \*.\* kWh einen Rabatt von 5 % auf den allgemeinen Erdgasarif 2 (Anl. K9). Dieser Tarif wurde aber einseitig von der Klägerin festgesetzt und verändert wie ein Vergleich der Entgelte ab 01.05.2002 und ab 01.01.2003 (Anl. K 5 und K 6) belegt. Gegen die Verhandlungsbereitschaft der Klägerin spricht auch ihr erstinstanzliches Vorbringen. Dort räumt sie selbst ein, dass Leistung und Gegenleistung der Erstlieferungsverträge nicht individuell, sondern generell bestimmt waren und spricht von Preisvorgabe - allgemeiner Tarif abzüglich 5 % Rabatt - der nicht zur Disposition gestellt werden konnte. Etwas anderes folgt auch nicht daraus, dass die Beklagte freiwillig in die bestehenden Verträge eingetreten ist und bei Vertragseintritt keinen Vorbehalt hinsichtlich der Entgeltbestimmung erklärt hat (BGHZ 164, 336, 339 ff.). Für die Anwendbarkeit von § 315 Abs. 3 BGB kommt es nicht darauf an, ob der Vertragspartner des Monopolisten die Leistung erwerben muss, sondern ob er mit dem Anbieter kontrahieren muss, wenn er die Leistung erwerben will (vgl. BGH NJW 1987, 1828, 1829). Eines Vorbehalts oder Widerspruchs bedurfte es zum Erhalt der Möglichkeit, eine gerichtliche Billigkeitsüberprüfung nach § 315 Abs. 1, 3 BGB zu erreichen, nicht, da die Klägerin ersichtlich von ihren Preisvorgaben nicht abgewichen wäre, was durch das zitierte erstinstanzliche Vorbringen bestätigt wird (vgl. hierzu: BGH NJW 1987, 1828, 1829).

d) Nicht gefolgt werden kann schließlich der Auffassung der Klägerin, gegen die Anwendbarkeit von § 315 BGB spreche, dass nach Inkrafttreten von § 19 GWB, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbiete, keine Notwendigkeit für die Anwendung des § 315 BGB mehr bestehe, da überhöhte Preise im kartellrechtlichen Verfahren überprüft werden könnten. Mit dieser Auffassung nimmt die Klägerin Bezug auf die zum 01.01.1999 eingetretene Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wonach § 19 GWB in einen unmittelbar wirkenden Verbotstatbestand umgeformt wurde und dadurch grundsätzlich § 134 BGB anwendbar ist (vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., 2001, § 19 Rn. 248). Dies führt aber nicht zur Unanwendbarkeit von § 315 BGB. Die Grenzen des allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbots fallen nicht mit den Grenzen der Billigkeitsentscheidung nach § 315 BGB zusammen (vgl. BGH NJW 2003, 1449, 1450; BGH NJW-RR 1992, 183, 184 f.). Während die kartellrechtliche Bestimmung allein denjenigen Nachteil ausgleichen will, der sich aus dem fehlenden Wettbewerb ergibt, soll § 315 BGB im Unterschied dazu die der einen Vertragspartei übertragene Rechtsmacht, den Inhalt des Vertrages einseitig festzusetzen, begrenzen, wobei der das gesamte Energiewirtschaftsrecht beherrschende Grundsatz berücksichtigt werden muss, dass die Energieversorgung - unter Beachtung der Anforderungen an die Sicherheit der Versorgung - so preiswürdig wie möglich zu gestalten ist und abweichend von anderen Wirtschaftszweigen hier dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung nur eingeschränkte Bedeutung zukommt (vgl. BGH NJW-RR 1992, 183, 184 f.). Diese zur früheren Gesetzeslage beim GWB ergangene Rechtsprechung gilt auch weiterhin. Die Unterschiede zwischen der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und dem Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen unabhängig davon fort, dass nunmehr auch der Unternehmer oder Verbraucher sich auf § 19 GWB als Verbotsgesetz berufen kann.

2. Das Landgericht hat zutreffend entschieden, dass die Billigkeitskontrolle der Preisbestimmung der Klägerin nicht erfolgen konnte, da sie ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen ist. Es oblag der Klägerin im Einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche allgemeinen und besonderen Kosten, die ihr durch die Belieferung der Beklagten entstanden sind, abzudecken waren. Ferner hätte sie vortragen müssen, welchen Gewinn sie zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung des aufgenommenen Kapitals mit dem der Beklagten berechneten Preis erzielen wollte (vgl. BGH NJW-RR 1992, 183, 186). Diesen Anforderungen genügte die Darlegung der Klägerin, im Vergleich zu anderen Monopolunternehmen im Erdgasbereich unterdurchschnittliche Preise zu fordern, ersichtlich nicht, da es denkbar ist, dass sämtliche Preise nicht der Billigkeit entsprechen.
  
3. Bei der von der Klägerin im Berufungsrechtszug mit Schriftsatz vom 21.03.2006 erstmals vorgelegten Preiskalkulation für das Jahr 2003 (Anl. BK 11) sowie der ergänzenden Ausführungen hierzu im Schriftsatz vom 09.06.2006 handelt es sich um neue Angriffsmittel, welche nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen sind. Die Beklagte hat sich mit dem Zahlenwerk im Einzelnen befasst und den neuen Sachvortrag der Klägerin jeweils ausreichend bestritten. Da es sich bei der Preiskalkulation der Klägerin um interne Vorgänge handelt, über welche die Beklagte aus eigener Wahrnehmung keine Kenntnisse hat, genügt die Beklagte ihrer Erklärungspflicht nach § 138 Abs. 2 ZPO, indem sie die einzelnen Werte, welche in die Preiskalkulation der Klägerin angeblich eingeflossen sind, bestritten hat.

Die neuen Angriffsmittel der Klägerin sind nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen. Die Voraussetzungen für eine Zulassung nach § 531 Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO liegen ersichtlich nicht vor, auch behauptet die Klägerin nicht, dass ihr neuer Vortrag nach diesen Bestimmungen zuzulassen wäre. Die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO sind ebenfalls nicht erfüllt. Die unterbliebene Geltendmachung im ersten Rechtszug beruhte vielmehr auf Nachlässigkeit. Die Klägerin hat in Kenntnis der Rechtslage sowie der ergangenen Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Darlegung für die Beurteilung der Billigkeit der Preisbestimmung (vgl. BGH NJW-RR

1992, 184, 186) ausdrücklich unter Bezugnahme nicht näher spezifizierter Betriebsgeheimnisse erklärt, dass eine Offenlegung der Preiskalkulation nicht erfolgen wird. Bewusstes Zurückhalten von Vorbringen, dessen Entscheidungserheblichkeit bekannt war oder zumindest hätte erkannt werden können, ist nachlässig (vgl. Senat VersR 2005, 420, 422; Musielak/Ball, ZPO, 4. Aufl. § 531 Rn. 19). Deshalb kommt es auch nicht mehr darauf an, ob die Klägerin überhaupt hinreichend zu ihrer Preiskalkulation vorgetragen hat. Sie räumt selbst ein, dass das Zahlenwerk nicht in jeder Hinsicht den Anforderungen der Rechtsprechung an die Darlegung für die Beurteilung der Billigkeit der Preisbestimmung genügt. Die Beklagte weist zudem zu Recht darauf hin, dass sich das Zahlenwerk nur auf das Jahr 2003 bezieht und keine Kostenzuordnung zu der Kundengruppe der Beklagten erfolgt.

Der Senat ist auch nicht in der Lage, selbst die Billigkeitsprüfung der Preisbestimmung durch die Klägerin vorzunehmen, da es - wie ausgeführt - an ausreichendem und berücksichtigungsfähigem Vortrag der Klägerin zu ihrer Preiskalkulation fehlt.

4. Die im nicht nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 09.06.2006 enthaltene Erklärung („*Deshalbe Klägerin auch allenfalls beantragen, ....*“) versteht der Senat nicht als Antrag der Klägerin gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB, dass das Gericht die Preisbestimmung vornimmt, sondern lediglich als Vortrag, wie die Klägerin vorgehen könnte.

Selbst wenn die Erklärung als Antrag zu verstehen wäre, dass das Gericht die billige Preisbestimmung treffen soll, wäre dieser Sachantrag unzulässig. Zwar fallen neue Sachanträge nicht unter §§ 296 a, 531 ZPO, sie sind aber gleichwohl unzulässig, da sie, wie aus §§ 261 Abs. 2, 297 ZPO folgt, spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung zu stellen sind (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1085; Zöller, ZPO, 25. Aufl., § 296 a Rn. 2 a). Es besteht auch keine Veranlassung deshalb die mündliche Verhandlung nach § 156 ZPO wieder zu eröffnen. In der mündlichen Verhandlung vom 05.04.2006 wurde die Frage, ob es für die Bestimmung der Billigkeit der Preisbestimmung durch das Gericht gemäß § 315 Abs. 3 S. 2 BGB eines Antrags der an sich bestimmungsberechtigten Partei bedarf, erörtert. Die Klägerin

hat weder diesen Antrag gestellt noch ein Äußerungsrecht beantragt. Deshalb bedarf es auch keiner Nachfrage, ob der Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 09.06.2006 als Antrag gemeint ist (§ 139 Abs. 1 ZPO).

5. Die Berufung der Klägerin ist daher zurückzuweisen und es verbleibt bei der erstinstanzlichen Entscheidung, dass die Klage zur Zeit unbegründet ist.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

\*.  
\*.  
Richter am  
Oberlandesgericht

\*.  
\*.  
Richterin am  
Oberlandesgericht

\*.  
\*.  
Richter am  
Oberlandesgericht