



HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT

Beschluss

Geschäftszeichen:

13 U 211/09

301 O 32/05

In dem Rechtsstreit

1. **A** – 54. **Z**

- Kläger und Berufungsbeklagt,
Anschlussberufungskläger -

Prozessbevollmächtigter zu 1-54): Rechtsanwalt Joachim Blum ,
Poppenbütteler Bogen 62, 22399 Hamburg
(2004018x48 Bl./lo)

g e g e n

E.ON Hanse Vertrieb GmbH,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Roman Kaak und Otmar Cisler,
Kühnehöfe 1-5, 22761 Hamburg

- Beklagte und Berufungsklägerin,
Anschlussberufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Engels, Haese, Mathias, Regenhardt,
Hoffmann,
Kaiser-Wilhelm-Straße 115, 20355 Hamburg, GK 600
(80/09HA mt)

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg, **13. Zivilsenat**,
am 9. Dezember 2010 durch die Richter

Panten, zur Verth, Dr. Büßer:

- 1.) Der auf den 22.12.2010 anberaumte Verkündungstermin wird aufgehoben, die mündliche Verhandlung wird wiedereröffnet.
- 2.) Es soll durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis zu der Behauptung der Beklagten erhoben werden, die streitgegenständlichen Tarifierhöhungen seien durch gestiegene Bezugskosten gerechtfertigt.
- 3.) Der Senat beabsichtigt, einen noch zu bestimmenden Sachverständigen zunächst mit einer gutachtlichen Stellungnahme zu der Frage zu beauftragen, auf welcher Basis nach seiner sachverständigen Einschätzung eine Billigkeitskontrolle im Sinne des § 315 Abs. 3 BGB erfolgen muss und welche Unterlagen der Beklagten hierzu vorgelegt werden müssen.

S.2-4: Aufzählung der Kläger/innen

- 5 -

Ausgehend hiervon wird sodann ein -- soweit wie möglich -- detaillierter Beweisbeschluss gefasst werden.

Hinsichtlich der Auswahl eines Sachverständigen beabsichtigt der Senat, an die Hauptgeschäftsstelle der Wirtschaftsprüferkammer mit der Bitte um Benennung von fünf auf dem Gebiet der Energiewirtschaft besonders erfahrenen Wirtschaftsprüfern heranzutreten, wobei zugleich darum gebeten werden wird, keine Wirtschaftsprüfer zu benennen, die bereits in geschäftlichen Beziehungen zur Beklagten oder deren Konzernmutter stehen bzw. gestanden haben. Die benannten Wirtschaftsprüfer werden sodann gebeten werden, sich zur Übernahme des Gutachtenauftrages zu erklären und mögliche Kosten zu beziffern.

Den Parteien bleibt es unbenommen, ihrerseits Sachverständige vorzuschlagen.

- 4.) Der Senat weist darauf hin, dass der bislang von der Beklagten zumindest favorisierte Zeugenbeweis für das genannte Beweisthema ungeeignet sein und sie nach materiellem Recht verpflichtet sein dürfte, ihre Kalkulation vollständig offenzulegen, wobei die Anforderungen im Detail durch den Sachverständigen zu bestimmen sein dürften.

Der Auftrag an den Sachverständigen bzw. der noch detailliert zu fassende Beweisbeschluss werden sich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (insbesondere VIII ZR 36/06, Tz. 28 – 30 – zitiert nach juris) nicht auf die Angemessenheit des „Sockelpreises“ (hier mit Rücksicht auf die Widersprüche der Kläger per 01.10.2004) zum 30.09.2004, sondern ausschließlich die danach erfolgten Preisanhebungen beziehen.

Weiter wird darauf hingewiesen, dass aus der Durchführung der Beweisaufnahme ein ganz erhebliches Kostenrisiko auch für die Kläger resultieren dürfte; Kostenvorschüsse werden – von der Beklagten – auf Grundlage einer Kostenschätzung des Sachverständigen angefordert werden. Auf Grund der Erfahrungen des Senats im Zusammenhang mit Unternehmensbewertungen nach Maßgabe des IdW S1 erscheinen Kosten der Begutachtung im sechsstelligen Bereich nicht unrealistisch, da die hier durchzuführende Begutachtung nach dem bisherigen Vortrag der Beklagten zur Struktur ihrer Preisfindung kaum weniger komplex sein dürfte.

Gründe

- 1.) Hinsichtlich der Frage der Unbestimmtheit der von der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin verwandten Preisänderungsklausel und auch der Frage eines Rückgriffs auf das Verordnungsrecht hält der Senat an der mit Beschluss vom 12.10.2010 mitgeteilten vorläufigen Rechtsauffassung weiter fest, insofern haben sich auch aus der mündlichen Verhandlung vom 17.11.2010 keine wesentlichen neuen Aspekte ergeben.

- 2.) Nach nochmaliger Beratung und Bewertung insbesondere der Widerspruchsschreiben der Kläger sowie des Hinweises des Landgerichts in der ersten mündlichen Verhandlung vom 15.09.2005 gelangt der Senat nunmehr zu der Bewertung, dass für die Beklagte seinerzeit kein hinreichender Anlass für den Ausspruch von Kündigungen bestand.

Der Senat folgt insoweit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der für die Frage, ob die ergänzende Vertragsauslegung eröffnet oder durch eine Möglichkeit der Vertragsbeendigung ausgeschlossen wird, ausdrücklich darauf abstellt, ob für das Versorgungsunternehmen Anlass bestand, auch eine Kündigung der Lieferverträge in Betracht zu ziehen (BGH VIII ZR 246/08, Tz. 51 – zitiert nach juris).

Die als Anlagenkonvolut B 99 vorgelegten Widerspruchsschreiben der Kläger bringen sämtlich zum Ausdruck, dass die Kläger sehr wohl annahmen, dass der Beklagten ein Erhöhungsrecht zustehe, sie dieses aber nicht in einer § 315 BGB entsprechenden Weise ausgeübt habe. Teilweise wird eine Anhebung um 2% für billig erachtet, teilweise wird ausdrücklich der Nachweis der Billigkeit gefordert. Hieraus konnte die Beklagte nur den Schluss ziehen, dass die Kläger einen nachgewiesenen „billigen“ Preis auch künftig zahlen würden und ein entsprechendes Anhebungsrecht des Versorgers gerade nicht in Zweifel zogen.

Zudem ergibt sich aus dem Hinweis des Landgerichts Hamburg in der ersten mündlichen Verhandlung am 15.09.2005 – worauf die Beklagte in der mündlichen Verhandlung zu Recht hingewiesen hat – in der Tat, dass die Kammer zwar die Preisänderungsklausel als unwirksam ansah, hiernach jedoch gerade zur Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB gelangte und in eine Billigkeitsprüfung eintreten wollte.

Da die Beklagte nach ihrem Vortrag seinerzeit – wie auch jetzt – davon ausging, die Billigkeit ihrer Preisanhebungen nachweisen zu können, bestand für sie damit kein Anlass, die Lieferverträge mit den Klägern zu kündigen. Insoweit kann nach Auffassung des Senats auch nicht der – wohl unstrittige – Umstand ausgeblendet werden, dass seinerzeit die Kündigung der Lieferverträge gegenüber den Klägern oder allen widersprechenden Kunden oder sogar sämtlichen Kunden mit entsprechenden Verträge ein verheerendes Echo in der Öffentlichkeit ausgelöst hätte, zumal die Kläger seinerzeit – wiederum unstrittig – kaum eine andere Möglichkeit gehabt hätten, als erneut mit der Beklagten zu kontrahieren, was ohne Zweifel den Vorwurf der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung provoziert hätte.

Damit ist der Weg zu einer ergänzenden Vertragsauslegung – die dann wohl nur zu einem einseitigen Leistungsbestimmungsrecht der Beklagten nach Maßgabe des § 315 BGB führen könnte – eröffnet, sofern die Beklagte nachweisen kann, dass es ohne eine entsprechende Auslegung zu einer Verschiebung des Vertragsgefüges kommen würde, die den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trüge und vielmehr die Kunden völlig einseitig begünstigen würde (BGH VIII ZR 246/08, Tz. 50).

Dies wäre nach Auffassung des Senats jedenfalls dann der Fall, wenn die Beklagte ohne Preisänderungen – also bei fortdauerndem „Festpreis“ seit dem 01.10.2004 – zeitweise oder auch dauernd unter Einstandspreis hätte liefern müssen.

Insoweit ist die angeordnete Beweiserhebung geboten. Der von der Beklagten insoweit angebotene Zeugenbeweis ist – jedenfalls soweit die Kalkulation der Beklagten

nachzuvollziehen und zu bewerten ist, wenn auch möglicherweise nicht hinsichtlich einzelner Bewertungsparameter – ein ungeeignetes Beweismittel. Die Bewertung der Preiserhöhungen erfordert vielmehr betriebswirtschaftlichen Sachverstand und Spezialwissen im Bereich der Energiewirtschaft, das dem Senat nur durch das angeordnete Sachverständigengutachten vermittelt werden kann.

- 3.) Das angeordnete „zweistufige“ Verfahren, in dem zunächst durch den Sachverständigen das konkrete Feld der Untersuchung abgesteckt und insbesondere geklärt werden soll, welche Unterlagen von der Beklagten offen zu legen sein werden, erscheint im Hinblick auf die Komplexität des Untersuchungsgegenstandes dringend geboten. Der Senat ist offen für Vorschläge der Parteien zu einer sachgerechten Verfahrensgestaltung, insoweit besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Panten

zur Verth

Dr. Büßer