

Ausfertigung

Aktenzeichen:
10 O 23/04 KfH

Eingegangen am:
13. APR. 2005



Landgericht Ulm (Donau)
- 1. Kammer für Handelssachen -

Im Namen des Volkes

Urteil

in der Rechtssache

vertreten durch die Geschäftsführer }

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Dr.

gegen

vertreten durch die Geschäftsführer Dipl.-Kfm. }

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte }

wegen Forderung.

Die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Ulm (Donau) hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 2005 durch

Vorsitzenden Richter am Landgericht Helferich

- als Vorsitzender -

für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 62.172,67 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.01.2004 zu bezahlen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Verkündet am:
08. April 2005

Briske, Justizangestellte
stv. Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, einem bundesweit tätigen Energieleistungsunternehmen, welches sich auf die Energieversorgung von Unternehmen der Contracting-Branche spezialisiert hat, die restliche Vergütung für die Belieferung mit Fernwärme in Höhe von 62.172,67 EUR.

Die Klägerin, ein in U ansässiges Versorgungsunternehmen mit einem Fernwärmeanteil in Höhe von ca. 80 %, bezogen auf U , belieferte die zunächst von der Firma [REDACTED] [REDACTED] verwalteten Wohnungseigentümergeinschaften [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] mit Fernwärme.

Diese Verträge übernahm die Beklagte mit Wirkung vom 01.09.2002 (vgl. Schreiben der Beklagten vom 26.07.2002, K 2 = Bl. 19 d.A.). Nach erfolgter Vertragsübernahme versuchte die Beklagte, mit der Klägerin für ihre Abnahmestellen Preisreduzierungen zu vereinbaren (vgl. Schreiben der Beklagten vom 24.10.2002, B 1 = Bl. 91 d.A.) und stellte die Zahlung auf Rechnungen bzw. Abschlagszahlungen unter den Vorbehalt der zu verhandelnden Energiebezugskosten. Am 25.06.2003 unterzeichnete die Beklagte den von der Klägerin übersandten Vertrag über die Versorgung mit Fernwärme betreffend das Wohn- und Geschäftshaus [REDACTED] (vgl. K 3 = Bl. 20 - 25 d.A.).

In diesem Vertrag ist u.a. bestimmt:

§ 4

Preise und Zahlungsbedingungen

- (1) Für die Berechnung der gelieferten Wärme gelten die beigegeführten Fernwärmepreise

Fernwärmepreise Dampf

- (2) Abweichend von der in den beigegeführten Fernwärmepreisen festgelegten Abrechnungsmethode kann auf eine monatliche Abschlagszahlung mit jährlicher Abrechnung übergegangen werden.
- (3) Das für die Fernwärmeversorgung zu entrichtende Entgelt wird 2 Wochen nach Zugang der Rechnung fällig, soweit nicht bei Erhebung von Abschlagszahlungen die Zahlungstermine im voraus datumsmäßig schon festgesetzt sind.

§ 10

Ergänzende Bestimmungen

Außer den vorgenannten Bestimmungen sind Bestandteil des Fernwärmeversorgungsvertrages:

- (1) Die "Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980" (BGBl. I S. 742) - AVBFernwärmeV - in der jeweils gültigen Fassung. Der Kunde im Sinne dieses Vertrages ist auch Anschlußnehmer im Sinne der AVBFernwärmeV (Anlage).
- (2) Die vereinbarten Fernwärmepreise (Anlage).
- (3) Die beigegeführten Technischen Anschlußbedingungen (TAB).

§ 11

Anpassung bei Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

- (1) Sollten sich die wirtschaftlichen oder die technisch-wirtschaftlichen Verhältnisse, auf denen die Preise und Bestimmungen dieses Vertrages beruhen, gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wesentlich ändern, so ist der Vertrag den geänderten Verhältnissen anzupassen. Eine wesentliche Änderung im Sinne dieser Bestimmung liegt z.B. vor, wenn die Kosten der Wärme sich derart ändern, dass die Wärme mittels Preisgleitklausel mögliche Anpassung der Wärmepreise nicht mehr Rechnung trägt.
Eine Anpassung ist schriftlich zu verlangen. Sie wirkt nicht über den Zeitpunkt zurück, zu dem das Verlangen gestellt worden ist.

- (2) *Sollten nach Vertragsabschluß Steuern oder sonstige Abgaben eingeführt oder geändert werden, die sich auf die Kosten des Fernwärmeversorgungsunternehmens oder die Verhältnisse am Wärmemarkt auswirken, so ist das Unternehmen berechtigt, die Preise entsprechend anzupassen oder dem Kunden die Steuern oder Abgaben unmittelbar in Rechnung zu stellen."*

In den beigelegten Fernwärmepreisen sind die Grund- bzw. Leistungspreise am 01.01.1995 und ab 01.10.2000 angegeben (vgl. Bl. 25 und Bl. 30 d.A.).

Mit Schreiben vom 16.06.2003 forderte die Beklagte die Klägerin auf, die vertragsgegenständliche Preisgleitklausel sachlich zu rechtfertigen, bat um Erläuterung der einzelnen preisbildenden Faktoren und stellte die Preisgleitklausel sowie die gesamte Preisstellung der Klägerin unter den Vorbehalt der angemessen und üblichen Gestaltung. Zugleich teilte sie der Klägerin mit, dass sie die bereits übersandten Verträge unter diesen Vorbehalten annehme und die gegengezeichneten Ausfertigungen in der Anlage beigelegt seien (B 2 = Bl. 93-95 d.A.).

Nachdem die Klägerin hierauf nicht reagierte, rügte die Beklagte erneut die Unbilligkeit der Preisstellung. Außerdem forderte die Beklagte die Klägerin unter Fristsetzung bis 05.10.2003 auf, ihre Preiskalkulation in geeigneter Form offen zu legen. Die Beklagte kündigte zudem an, ausstehende Rechnungen bis zur Offenlegung der Preise nicht zu begleichen. Darüber hinaus erklärte sie die Aufrechnung mit Rückforderungsansprüchen. In diesem Schreiben vom 03.12.2003 bedankte sich die Beklagte für die Bestätigung der Beendigung der Verträge zum 01.11.2003 und die erhaltenen Endabrechnungen (K 17 = Bl. 67-68 d.A.). Die Klägerin antwortete hierauf mit Schreiben vom 22.12.2003 (K 18 = Bl. 69 d.A.). Sie wies den Vorwurf, ihre Fernwärmepreise seien um mindestens 20 % zu hoch, zurück. Zugleich berief sich die Klägerin auf einen aktuellen Fernwärmepreisvergleich der , aus dem sich ergebe, dass ihre Preise im Quervergleich dieser Umfrage um 6,2 % unter dem Bundesdurchschnitt liege.

Die Beklagte wies mit Schreiben vom 21.01.2004 den vorgelegten Preisvergleich zurück. Sie wies u.a. darauf hin, dass für die Billigkeit der Preisstellung nicht der allgemeine Vergleich mit der Preisstellung anderer Fernwärmeversorgungsunternehmen maßgebend sei, sondern allein die Preiskalkulation für die konkreten Abnahmestellen (K 22 = Bl. 76 d.A.). Die geltend gemachten Forderungen seien daher nicht fällig. Ihr stünde bis auf weiteres auch ein Zurückbehaltungsrecht zu.

Der offene Betrag aus der Belieferung der Wohnungseigentümergeinschaften Fernwärme beläuft sich auf insgesamt EUR 62.172,67.

Eine Preiserhöhung nach der Preisgleitklausel hat im Vertragszeitraum nicht stattgefunden.

Wegen der Einzelheiten der Zusammensetzung der Forderungen wird auf die von der Klägerin vorgelegten Abrechnungen (K 5 - K 16 d.A.) Bezug genommen.

Die Klägerin mahnte die Zahlung des offen stehenden Betrages zuletzt mit Anwaltschreiben vom 16.01.2004 unter Fristsetzung zum 23.01.2004 an. (K 19 = Bl. 70/71 d.A.).

Die Beklagte vereinnahmte die von der Klägerin in Rechnung gestellten Fernwärmepreise von den jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaften. Im Vertrag über die Fernwärmeversorgung mit den Wohnungseigentümergeinschaften ist vereinbart, dass ab dem zweiten Jahr der Versorgung die erzielten Einkaufsvorteile bei den Energielieferanten nach Abzug des hierfür angefallenen betrieblichen Aufwandes zu gleichen Teilen zwischen der Beklagten und dem Kunden aufgeteilt und im Rahmen der Jahresendabrechnung für die Energielieferung als individueller Rabatt für die jeweils betreffende Abnahmestelle an den Kunden weitergegeben wird (B 26 = Bl. 493-496 d.A., insbesondere Bl. 494 d.A.).

Die Klägerin ist der Auffassung,

die Beklagte sei zur Zahlung der offen stehenden Rechnungsbeträge für die Fernwärmeversorgung in vollem Umfang verpflichtet. Eine gerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB scheidet aus, da die Preise individuell vereinbart worden seien, sie keine faktische Monopolstellung inne habe und die Beklagte keine Endverbraucherin sei. Die Primärentscheidung für einen Energieträger stehe jedem Verbraucher offen. Insoweit konkurriere sie mit Wettbewerbern anderer Energieformen. Auch nach der getroffenen Primärentscheidung des Verbrauchers sei sie in der Preisbildung nicht frei. Denn sie sei darauf angewiesen, weitere Kunden für die von ihr betriebene Energieform zu finden. Das sei ihr nicht möglich, wenn sie nicht preismäßig mit den Mitbewerbern anderer Energien konkurrieren könnte. Das Verhalten der Beklagten sei auch rechtsmissbräuchlich. Sie erhebe zur Erzielung eigenen Gewinnes die Einrede der Unbilligkeit. Der Endverbraucher werde dadurch im Ergebnis nicht geschützt. Die Beklagte könne sich auf § 315 BGB in diesem Verfahren überdies wegen der vorrangigen und abschließenden Regelung des § 30 AVBFernwärmeV nicht berufen. Dies sei der Beklagten allenfalls in einem Rückforderungsprozess möglich. Der Anwendungsbereich des § 315 BGB sei vorliegend auch deshalb nicht gegeben, weil die Missbrauchsregelungen des GWB vorrangig seien. Die von ihr in Ansatz gebrachten Preise seien bereits bei Eintritt der Beklagten in die Verträge dieser mitgeteilt worden, inklusive der Preiserhöhung ab 01.10.2000. Auch ihre Preisanpassungsklausel sei inhaltlich nicht zu beanstanden. Ihre Preise entsprächen der Billigkeit. Ihr sei eine angemessene Verzinsung ihres Kapitals und eine angemessene Rückstellung für Investitionen zuzubilligen. Der Jahresüberschuss im Geschäftsjahr vom 01. Oktober 2002 bis 30. September 2003 habe insgesamt 1.119.999,48 EUR betragen. Davon sei eine Dividende in Höhe von EUR 1.033.000,00 an die Gesellschafter ausgeschüttet worden. Bei einem Stammkapital von EUR 18.407.000,00 entspreche dies einer Kapitalsverzinsung von ca. 5,6 %. Die von ihr in Ansatz gebrachten Preise seien daher sachgerecht und lägen innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bei der Bestimmung des billigen Preises. Es sei ihr nicht zumutbar, ihre Kosten auf die unterschiedlichen Kundengruppen umzulegen. Sie be-

rechne sämtlichen Abnehmern die gleichen Preise mit Ausnahme von zwei Sonderkunden, nämlich der [REDACTED] und der Firma [REDACTED]. Die Sonderkonditionen gegenüber diesen zwei Abnehmern seien gerechtfertigt, weil dadurch eine stärkere Auslastung auch im Sommer gewährleistet sei. Der Grundpreis sei ab einer Abnahmemenge von 701 kW niedriger. Dies komme allerdings allen Abnehmern zugute, auch wenn ihre Kunden überwiegend, nämlich nahezu bis ca. 95 %, weniger als 701 kW abnehmen.

Es sei ihr nicht zumutbar, sämtliche Kostenpositionen im Einzelnen aufzuschlüsseln, diese Kostenpositionen sachlich und nach ihrer tatsächlichen Notwendigkeit zu belegen. Die einzelnen Kostenpositionen seien in ihren Jahresabschlüssen dokumentiert. Die Beklagte bestreite jede einzelne Kostenposition. Das könne und dürfe aber nicht dazu führen, dass sie bis ins Detail gehend und ausufernd alle Kostenpositionen darzulegen und zu belegen habe. Das könne nicht Sinn einer Billigkeitskontrolle sein. Es müsse ausreichen, dass sie nach einer betriebswirtschaftlich in Betracht kommenden Bewertungsmethode darlege, dass ihre Preise sachlich gerechtfertigt seien und wie hoch ihre Gewinnspanne sei. Eine entsprechende Darlegung liege innerhalb ihres Ermessens bei der Preisbestimmung und könne nicht beanstandet werden. Bei der Preisbestimmung sei zwar der Endverbraucher vor überhöhten Preisen zu schützen, zu berücksichtigen seien jedoch auch ihre Interessen an einer kostendeckenden Produktion. Dazu zählten auch, dass ihr durch Rechtsstreitigkeiten nicht uferlose Kosten durch überzogene Darlegungslasten aufgebürdet werden, die letztlich gegebenenfalls wieder in die Preiskalkulation einfließen, in dem sie zur Erfüllung dieser überzogenen Darlegungslasten hierfür die entsprechenden Vorarbeiten durchzuführen habe.

Mit der Zahlung der offen stehenden Beträge, deren Berechnung die zum Vertragszeitpunkt gültigen Verträge zugrunde lägen und die der Beklagten bereits bei Eintritt in die Verträge bekannt gewesen seien, befinde sich die Beklagte seit dem 25.01.2004 in Verzug.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin EUR 62.172,67 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.01.2004 zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Ansicht,

dass die Klagforderung nicht fällig sei. Ein Wettbewerb finde auf dem Fernwärmeversorgungsmarkt nach der Primärentscheidung des Verbrauchers nicht statt. Die Klägerin diktiere die Preise einseitig. Die Klägerin habe Preisverhandlungen kategorisch abgelehnt. Dadurch habe die Klägerin ihre Stellung als Monopolistin auf dem örtlichen Fernwärmemarkt ausgenutzt. Eine individuelle Preisvereinbarung habe nicht stattgefunden. Anders könne die kategorische Ablehnung von Preisverhandlungen durch die Klägerin nicht verstanden werden. Die von der Klägerin einseitig festgelegten Preise für die Fernwärme und das Heizungswasser seien nicht Vertragsinhalt geworden. Die bloße Kenntnis von den Preisen der Klägerin bedeute nicht, dass der Abnehmer mit diesen Preisen einverstanden sei. Den Preisen der Klägerin habe sie weder ausdrücklich noch stillschweigend zugestimmt. Selbst dann, wenn kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin vereinbart worden sei, seien die von der Klägerin einseitig festgelegten Preise aufgrund ihrer Monopolstellung der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterworfen. Maßgebend hierfür sei nur, dass es hinsichtlich der Preisfestsetzung an einem freien Wettbewerb, der angemessene Preise sicherstelle, mangle und die Klägerin die "Macht" habe, die Preise einseitig festzulegen.

Die Klägerin verkenne die Rechtslage, wenn sie sich darauf berufe, § 315 BGB sei auf "Weiterverteiler" nicht anzuwenden. Die Billigkeitskontrolle scheidet nicht aus, weil sie nicht "Endverbraucher" sei, sondern gewerbsmäßig handle und selbst nicht "unmittelbar" auf den Leistungsbezug der Klägerin angewiesen sei. Die Klägerin verkenne, dass die Billigkeitskontrolle hiervon unabhängig sei und mit ihr das Ziel verfolgt werde, generell angemessene Preise sicherzustellen. Die Billigkeitskontrolle könne nicht davon abhängig sein, wer im Verhältnis zur Klägerin deren Vertragspartner sei. Die Klägerin verkenne die Rechtslage, soweit sie sich darauf berufe, dass § 30 AVBFernwärmeV bzw. die Bestimmungen des GWV vorrangig seien. Das Gegenteil sei der Fall.

Die Klägerin sei ihrer Verpflichtung zur Offenlegung ihrer Kalkulation in keinster Weise nachgekommen. Auch insoweit verkenne die Klägerin die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung. Die Billigkeitskontrolle beziehe sich nicht auf einen Vergleich mit Preisen anderer "Monopolisten", sondern auf die konkrete Kostenstruktur der Klägerin. Bei der Darlegung ihrer Kostenstruktur habe die Klägerin nach ihren jeweiligen Kundengruppen zu differenzieren. Dass die Klägerin verschiedene Kundengruppen bediene, habe sie selbst zugestanden. Sie habe daher ihre Kosten getrennt für ihre Sonderabnehmer und für die übrigen Kunden bis zu 700 kW bzw. über 700 kW darzulegen. Die von der Klägerin gewählte Methode sei hierfür bereits dem Grunde nach nicht geeignet.

Auch die von der Klägerin verwandte Preisanpassungsklausel sei sachlich nicht gerechtfertigt und daher fehlerhaft. In der Preisanpassungsklausel seien die Kosten für leichtes Heizöl mit 45 % gewichtet. Bei dieser Gewichtung trage die Preisänderungsklausel in keinster Weise der Kostenentwicklung Rechnung, die bei der Klägerin durch Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme bestehe.

Die Forderungen der Klägerin seien daher nicht gerechtfertigt. Der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedürfe es nicht, da die Darlegungen der Klägerin zu ihrer Kostenstruktur nicht der geforderten Einzelfallgerechtigkeit entsprechen. Die von der

Klägerin vorgelegten und zitierten erstinstanzlichen und obergerichtlichen Urteile seien verfehlt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die von den Parteien zu den Akten gereichten Unterlagen ergänzend Bezug genommen, insbesondere auf die beiderseits vorgelegten Gutachten zur Billigkeit der Preise, nämlich auf das Gutachten der Wirtschaftsberatung vom 20.12.2004 (K 36 = Bl. 328 d.A.), das Gutachten der vom 27.10.2004 (B 24 = Bl. 273-290 d.A.) und das Gutachten von vom 10.02.2005 (Bl. 497 d.A.).

Die Parteien haben jeweils eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen und auch Rechtsgutachten vorgelegt. Auch insoweit wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Die Parteien haben sich mit einer Entscheidung durch den Vorsitzenden gemäß § 349 Abs. 3 ZPO einverstanden erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist begründet.

I.

Die Beklagte ist gemäß § 433 Abs. 2 BGB zur Bezahlung der bereits von ihr von den Wohnungseigentümergeinschaften vereinnahmten, der berechneten Höhe nach unstreitigen, streitgegenständlichen Fernwärmerechnungen verpflichtet, da die Einrede der Unbilligkeit im vorliegenden Fall nicht greift.

Nachdem beide Parteien sich auf jeweils von ihnen vorgelegte Gerichtsentscheidungen berufen können, ist es notwendig, sich mit der dogmatischen Struktur des § 315 BGB zu befassen, insbesondere nachdem beide Parteien durch Vorlage von Rechtsgutachten ihre gegenseitigen Ausführungen untermauert haben.

II.

1. Der direkte Anwendungsbereich des § 315 BGB betrifft die Fälle, in denen die Parteien keine Einigung über die Höhe des Preises bzw. über den Rahmen erzielt haben, in dem sich die Leistungsbestimmung zu halten hat. Diese Vertragslücke soll durch § 315 BGB geschlossen werden. Der Anwendungsbereich des § 315 BGB ist daher nicht gegeben, wenn die Tarife individuell ausgehandelt wurden (BGH NJW-RR 1990, 1204), wenn also die Parteien weder ausdrücklich noch stillschweigend ein Leistungsbestimmungsrecht der Klägerin vereinbart haben. Wenn die Leistung im Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt ist, ist der Anwendungsbereich des § 315 BGB nicht eröffnet (vgl. OLG Stuttgart, Urteil

vom 17.02.2005, 2 U 83/04 und OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.10.2004, 6 U 64/02, beide Urteile sind nicht rechtskräftig).

2. Im zu beurteilenden Fall hat die Beklagte mit Schreiben vom 26.07.2002 den Eintritt in die bestehenden Verträge mit Wirkung vom 01.09.2002 erklärt. Sie hat am 25.06.2003 den Vertrag über die Versorgung von Fernwärme für das [REDACTED] [REDACTED] unterzeichnet. Damit hat sie die Preise der Klägerin akzeptiert, die sich aus den beigegeführten Preisblättern ergaben. Die von der Klägerin berechneten Preise waren der Beklagten auch bereits bei Vertragseintritt bekannt, was sich u.a. daraus ergibt, dass die Beklagte nach Eintritt in die Verträge mit Schreiben vom 24.10.2002 die Klägerin um ein Angebot zur Reduzierung der Energiebezugskosten bat (B 1 = Bl. 91 d.A.). Gleichzeitig stellte sie bereits erfolgte und künftige Abschlagszahlungen oder Zahlungen auf Rechnungen unter den Vorbehalt der zu verhandelnden Energiebezugskosten. Auch in ihrem Schreiben vom 16.06.2003 beanstandete die Beklagte nicht die Preise der Klägerin, sondern nur die sachliche Rechtfertigung der Preisgleitklausel, die sie unter den Vorbehalt der angemessenen und üblichen Gestaltung stellte. Unter diesem Vorbehalt nahm sie die Verträge an (B 2 = Bl. 93 d.A.). Erst mit Schreiben vom 03.12.2003 - nachdem die Vertragsbeziehungen zum 01.11.2003 beendet worden waren - beanstandete die Beklagte die Angemessenheit und Üblichkeit der Preisstellung und forderte zur Darlegung der Preiskalkulation auf (K 17 = Bl. 67/68 d.A.).

3. Aus den tatsächlichen Gegebenheiten zum Vertragseintritt ergibt sich:
 - Die Preise der Klägerin waren der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragseintritts mit Wirkung zum 01.09.2002 der Höhe nach spezifiziert bekannt.

- Die Parteien haben **nach** Vertragseintritt über die Preise verhandelt, ungeachtet dessen, dass die Klägerin mit einer Preisreduzierung nicht einverstanden war.
- Die Beklagte hat die Preise der Klägerin durch Unterzeichnung des Vertrages über die Versorgung des [REDACTED] mit Fernwärme akzeptiert.
- Die Beklagte hat mit Schreiben vom 16.09.2003 auch die Preisbedingungen für die übrigen Objekte angenommen, in dem der zuvor mit Schreiben vom 24.10.2002 erklärte Vorbehalt nicht mehr zum Ausdruck kommt.

Die dem Energiebezug zugrunde liegenden Preise der Klägerin, die sich ab Vertragseintritt der Beklagten bis zur Beendigung der Vertragsverhältnisse nicht änderten, sind damit Vertragsinhalt geworden. Die Preise lagen spezifiziert fest und wurden von der Beklagten akzeptiert. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht durch die Klägerin haben die Parteien gerade nicht vereinbart.

Anders verhält es sich zwar mit der Preisanpassungsklausel. Die Preisanpassungsklausel ist aber im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung, da im Vertragszeitraum eine Vertragsanpassung nicht stattfand.

III.

§ 315 BGB findet auch keine entsprechende Anwendung. Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt, dass die Tarife von Unternehmen, die - im Rahmen eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses - Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall

angewiesen ist, grundsätzlich der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind (BGH NJW 1992, 171, 173, ablehnend aber Rieble, in Staudinger, BGB (2001), § 315 Rn. 48). Diese Grundsätze, die auf die besondere Situation des für sein Dasein auf bestimmte Leistungen und Waren angewiesenen Einzelnen Bedacht nehmen, sind wegen der nicht vergleichbaren Interessenlage nicht auf den Streit von zwei Handelsgesellschaften über die Angemessenheit der zwischen ihnen jedenfalls im Ansatz ausgehandelten Preise übertragbar (vgl. die oben zitierten Urteile der Oberlandesgerichte Stuttgart und Karlsruhe; a.A. Schwintowski in der von der Beklagten vorgelegten Rechtsgutachten, B 29, dort Seite 17; s. auch BGH NJW-RR 1992, 183).

Hinzu kommt, dass die Beklagte es planmäßig darauf anlegt - wie die Vielzahl ihrer Rechtsstreitigkeiten zeigt - nach Eintritt in die Versorgungsverträge die Energieversorgungsunternehmen durch die Einrede der Unbilligkeit zur Offenlegung ihrer Preiskalkulation zu bewegen und der hieraus gewerblich erzielte Gewinn im ersten Vertragsjahr ausschließlich ihr zufließt und sie in den darauf folgenden Jahren nach Abzug ihrer Unkosten nur die Hälfte an den Endverbraucher auskehrt. Der Endverbraucher partizipiert dadurch allenfalls geringfügig am "Erfolg" der Beklagten. Die Beklagte hat die Vertragsbeziehungen, die zum 01.09.2002 begannen, bereits zum 01.11.2003 beendet. Damit fließt im Ergebnis den Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft kein Vorteil zu. Das zeigt, dass es der Beklagten nicht in erster Linie um den Schutz der Endverbraucher geht, sondern (zumindest auch) um ihren eigenen Gewinn. Die Tätigkeit der Beklagten ist zwar deshalb nicht zu beanstanden. Das Schutzbedürfnis, das nach der Rechtsprechung die analoge Anwendung des § 315 BGB bei einer faktischen Monopolstellung rechtfertigt, ist aber insoweit nicht gegeben (vgl. LG Frankenthal, Urteil vom 25.11.2004, 2 HK O 86/04, K 35 = Bl. 308-312 d.A.).

Es kann im vorliegenden Fall deshalb dahingestellt bleiben, ob der Rechtsprechung, die § 315 BGB analog anwendet, zu folgen ist oder ob es an einer planwidrigen Regelungslücke und damit an den Voraussetzungen für eine Analogie infolge einer abschließenden

Regelung der Thematik der sachwidrigen Ausnutzung einer Monopolstellung im Kartellrecht fehlt (vgl. hierzu das von der Klägerin vorgelegte Rechtsgutachten, K 59 d.A.).

Zweifelhaft ist auch, ob der Klägerin die für die analoge Anwendung des § 315 BGB erforderliche Marktmacht zukommt. Die Fernwärmeversorgung steht in umfassender Konkurrenz zur Gasversorgung und zur Mineralölwirtschaft. Diese Wettbewerbssituation entfällt nicht nach der Primärentscheidung des Verbrauchers für die Energieform Fernwärme. Denn das Fernwärmeversorgungsunternehmen ist wegen ihrer erheblichen Festkosten ebenso wie alle anderen leistungsgebundenen Energieversorger auf eine hohe Auslastung ihrer Investitionen und damit auf die Gewinnung neuer Kunden angewiesen. Würde die Klägerin eine Preispolitik zu Lasten von Altkunden machen, würde sie kaum noch Neukunden gewinnen. Da die Klägerin jedoch auf die Gewinnung von Neukunden angewiesen ist, besteht die Wettbewerbskonkurrenz mit Anbietern anderer Energieformen auch nach der getroffenen Primärentscheidung des Verbrauchers fort. Die Klägerin ist also nicht frei in ihrer Preisbestimmung, sondern muss den Preis "neukundenorientiert" und damit im Wettbewerb mit anderen Wettbewerbern ausrichten. Diese wirtschaftlichen Gegebenheiten verbieten die Annahme eines "faktischen" Leistungsbestimmungsrechts der Preise.

IV.

Die Preise der Klägerin sind auch nicht unbillig. Die Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass nach der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW-RR 1992, 183 ff) die Klägerin im Einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen hat, welche allgemeinen und besonderen Kosten, die ihr durch die Belieferung der Beklagten mit Fernwärme entstehen, abzudecken waren, ferner, welchen Gewinn sie zur Bildung von Rücklagen, zur Finanzierung von Investitionen oder zur Verzinsung des aufgenommenen Kapitals bzw. der Einlagen ihrer Aktionäre mit dem der Beklagten berechneten Preis erzielt.

Die Klägerin hat ihre Preiskalkulation im Schriftsatz vom 30.09.2004 (vgl. Bl. 221 ff d.A.) dargelegt, sie hat eine Aufstellung über ihre Jahresergebnisse ab 1973 bis 2002/2003 (vgl. K 28 = Bl. 236 d.A.) sowie ein Gutachten der vom 20.12.2004 (K 36 = Bl. 328 d.A.) vorgelegt. Die Wirtschaftsberatungs hat die Angemessenheit der Fernwärmepreise anhand einer Kalkulation nach dem Prinzip der Nettosubstanzerhaltung beurteilt und im Wege einer annuitätischen Wirtschaftsrechnung ein nachhaltiges kalkulatorisches Jahresergebnis der ausschließlich auf die Fernwärme bezogenen Geschäftstätigkeit der Klägerin ermittelt. Den bei der Fernwärmeerzeugung als Koppelprodukt anfallenden Strom - soweit er von der Klägerin selbst verbraucht wurde - bewertete die zu Marktpreisen. Die Berechnung durch die führte zu einer Verzinsung des gezeichneten Kapitals (nominal) von 5,96 % /a (vgl. Anlage 10 zum Gutachten der Wirtschaftsberatung vom 20.12.2004, K 36 = Bl. 328 d.A.). Diese ermittelte Verzinsung ist angemessen. Die Einwendungen der Beklagten gegen die Bewertungsmethode sind nicht durchgreiflich. Das von der Wirtschaftsberatung angewandte Verfahren trennt zwar die verschiedenen Produkte (Wärme, Kälte, Strom) nicht voneinander ab und differenziert auch inhaltlich nicht zwischen den einzelnen Kundengruppen (Wohnungswirtschaft, Gewerbe, Industrie, Sonstige). Es unterstellt, dass sämtliche Aufwendungen für die Erzeugung und Verteilung der Fernwärme sowie für die Vorhaltung und Werterhaltung der dazu notwendigen technischen Einrichtungen inklusive Personal und Kosten der zentralen Verwaltung und des Vertriebes, **gleichermaßen** von allen angeschlossenen Kunden und unabhängig von örtlichen Gegebenheiten der Erzeugung und Verteilung, verschiedenen Abnahmestrukturen und Verbräuchen sowie individuellen Sondereinflüssen verursacht werden. Bei Beachtung der Kundenstruktur der Klägerin ist jedoch eine konkrete Zuordnung der Kosten und Erlöse speziell zu den jeweiligen Kundengruppen entbehrlich. Die Klägerin hat zwar zwei Sonderkunden, nämlich die [REDACTED] und die Firma [REDACTED]. Der Arbeitspreis der übrigen Kunden ist jedoch gleich, nur der Grundpreis ist degressiv. Die Degression beginnt ab 701 kW. Der überwiegende Kundenanteil, nämlich ca. 95 %, bezieht jedoch weniger als 700 kW. Aufgrund dieser Kundenstruktur der Klägerin ist

zur Beurteilung der Angemessenheit der Preise eine Aufgliederung zu den jeweiligen Kundengruppen nicht erforderlich. Die pauschale Berechnung der Klägerin liegt innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums und erlaubt eine Billigkeitskontrolle. Die von ihr angewandte Methode ist damit im vorliegenden Fall geeignet, den Nachweis zu erbringen, dass sie ihre Marktmacht nicht missbraucht und ihre Preise billig sind. Die Klägerin steht mit Mitbewerbern anderer Energieformen in einem Wettbewerb. Ihre Kunden sind zwar nach der Primärentscheidung für die Energieform Fernwärme an sie gebunden. Die Klägerin ist jedoch - worauf bereits hingewiesen wurde -, darauf angewiesen, neue Kunden zu gewinnen und mit Anbietern anderer Energieformen auch nach der getroffenen Primärentscheidung von Verbrauchern zu konkurrieren. Hieraus folgt, dass die Klägerin ihre Preise nicht unabhängig vom Markt bilden kann. Ihre Preise liegen zwar bei einem Preisvergleich mit anderen Anbietern von Fernwärme in der BRD nicht im unteren Bereich, sondern etwa im mittleren bis oberen Bereich. Nach der von der Beklagten vorgelegten Hitliste - VEA-Fernwärmepreisvergleich: Stand 01.10.2001 - lag die Klägerin mit ihren Preisen auf Platz 55 von insgesamt 70 überprüften Unternehmen und ca. 5,84 - 8,9 % über dem Mittelwert aller FVU (vgl. Bl. 290). Demgegenüber ergibt sich aus dem von der Klägerin vorgelegten Fernwärme-Preisvergleich, Kurzumfrage: 01.10.2003, bei einem Vergleich von 179 Unternehmen, dass die Klägerin Platz 64 einnimmt und ihre Preise unter dem Durchschnittspreis aller 179 Unternehmen bzw. der 117 Unternehmen in den alten Ländern liegt (vgl. K 25 = Bl. 154/157 d.A.). Auch dies macht deutlich, dass die Preise der Klägerin letztlich nicht zu beanstanden sind. Ein Missbrauch ihrer Marktmacht - falls die Klägerin als Monopolistin anzusehen wäre - liegt damit nicht vor. Ihre Preise liegen somit innerhalb des ihr zuzubilligenden Spielraums. Auch aus diesem Grunde haben die Einwendungen der Beklagten keinen Erfolg.

V.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 2 BGB.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 709 ZPO.

Helferich



Ausgefertigt
Ulm, 12. April 2005
Urkundsbeamtin der Geschäfts-
stelle des Landgerichts
Walter JHSin