

Abschrift



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

EnZR 27/09

vom

7. Dezember 2010

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 7. Dezember 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf, den Vorsitzenden Richter Dr. Bergmann, die Richter Dr. Strohn, Dr. Grüneberg und Dr. Löffler

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 7. Mai 2009 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 15. Juni 2009 wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die von der Klägerin im Rahmen der von ihr geltend gemachten Zulassungsgründe aufgeworfene Frage, ob das Gericht bei der Billigkeitsprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB den Vortrag des von der einseitigen Leistungsbestimmung Betroffenen zugrunde zu legen hat, wenn der Bestimmungsberechtigte der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der von ihm getroffenen Bestimmung nicht nachkommt, beantwortet sich zweifelsfrei aus § 315 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB. Danach hat das Gericht die Ersatzleistungsbestimmung auf der Grundlage des Vorbringens der Parteien zu treffen (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 39 ff., 51 – Stromnetznutzungsentgelt IV). Hiervon ist das Berufungsgericht ausgegangen und hat auf der Grundlage der von der Klägerin vorgelegten Ergebnisse der Netzentgeltregulierung eine Entgeltüberhöhung seitens der Beklagten von 15% angenommen. Einen Rechtsfehler dieser Ermessensentscheidung hat die Klägerin nicht aufgezeigt. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren beträgt  
31.306,41 €.

Tolksdorf

Bergmann

Strohn

Grüneberg

Löffler

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 02.09.2008 - 9 HKO 24034/07 -

OLG München, Entscheidung vom 07.05.2009 - U (K) 4742/08 -