



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 342/09

Verkündet am:
13. Juli 2011
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

ZPO § 301, § 529, § 538, § 557; BGB § 315

- a) Betrifft der Zurückverweisungsgrund nur einen abtrennbaren Teil des Rechtsstreits oder ist nur hinsichtlich eines solchen Teils eine erneute oder weitere Verhandlung in der ersten Instanz erforderlich, ist die teilweise Zurückverweisung der Sache durch das Berufungsgericht an das erstinstanzliche Gericht nur unter der Voraussetzung zulässig, dass über den zurückverwiesenen Teil des Rechtsstreits in zulässiger Weise auch durch Teilurteil gemäß § 301 ZPO hätte entschieden werden können.
- b) Entscheidet das Berufungsgericht über einen Teil der Ansprüche abschließend und verweist es den Rest an das erstinstanzliche Gericht zurück, ohne die Anforderungen des § 301 ZPO zu beachten, stellt dies ebenso wie der Erlass eines unzulässigen Teilurteils einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen ist (Fortführung des Senatsurteils vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Hessel, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 12. Februar 2009 aufgehoben, soweit unter Ziffer 1 der Urteilsformel über die Klage und die Widerklage entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte bezieht von der Klägerin, einem Energieversorgungsunternehmen, für sein Grundstück in V. seit Oktober 1996 aufgrund eines Gasvollversorgungs-Sondervertrages (im Folgenden: Versorgungsvertrag) leitungsgebunden Erdgas nach einem Tarif E. -Komfort. Zur Frage einer Preisänderung heißt es in § 2 des Versorgungsvertrages:

"Die ... Gaspreise ändern sich, wenn eine Änderung der Allgemeinen Tarifpreise für Gas eintritt."

§ 5 des Versorgungsvertrages lautet:

"Soweit in diesem Sondervertrag nichts anderes vereinbart ist, gelten die jeweils gültige "Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden" (AVBGasV) und die Anlagen hierzu ..."

- 2 Die Klägerin versorgt ferner im Auftrag und für Rechnung der für die Wasserversorgung des Grundstücks zuständigen V. W. M. GmbH das Grundstück des Beklagten mit Wasser und rechnet ihm gegenüber den Wasserbezug zusammen mit dem Gasbezug im eigenen Namen ab. Hinsichtlich des Wasserbezuges sind besondere Vereinbarungen nicht getroffen.
- 3 Die Klägerin änderte die Arbeitspreise für den Erdgasbezug im Zeitraum vom 11. Oktober 2002 bis 1. Oktober 2007 insgesamt fünfzehnmal, nämlich zum 11. Oktober 2002, 1. Januar 2003, 1. Juli 2003, 11. Oktober 2003, 1. Januar 2004, 1. Dezember 2004, 1. Juli 2005, 1. Januar 2006, 1. Mai 2006, 15. Oktober 2006, 18. Dezember 2006, 1. Januar 2007, 5. April 2007, 1. Mai 2007 und 1. Oktober 2007. Die Arbeitspreise für das gelieferte Wasser änderte die Klägerin seit 2001 zweimal, und zwar zum 1. Januar 2001 durch Absenkung des Preises von 1,41 € je Kubikmeter auf 1,35 € je Kubikmeter und zum 1. Januar 2007 durch Erhöhung des Preises auf 1,45 € je Kubikmeter. Den Gas- und Wasserverbrauch der vorausgegangenen zwölf Monate rechnete die Klägerin dabei im November eines jeden Jahres ab, wobei sie in den Abrechnungen auch jeweils die monatlich zu leistenden Abschläge für die kommende Abrechnungsperiode festsetzte.
- 4 Der Beklagte beanstandete die ihm erteilten Abrechnungen bis einschließlich derjenigen vom 18. November 2005 nicht. Ebenso ließ er die von der Klägerin hinsichtlich der sich daraus ergebenden Nachzahlungsbeträge und Vorauszahlungen veranlassten Abbuchungen von seinem Konto bis einschließ-

lich derjenigen zum 1. Januar 2006 unbeanstandet. Mit Schreiben vom 11. Januar 2006 rügte er erstmals die Unbilligkeit der Gas- und Wasserpreise und leistet seither jedenfalls für das bezogene Wasser keine Abschläge oder Nachzahlungen mehr.

5 Die Klägerin macht mit ihrer Klage die festgesetzten Abschläge betreffend das gelieferte Wasser für die Monate Februar bis Oktober 2006 in Höhe von jeweils 29 €, insgesamt also 261 € nebst Zinsen, geltend. Der Beklagte begehrt widerklagend festzustellen, dass die

1. von der Klägerin in der Zeit vom 11. Oktober 2002 bis 1. Oktober 2007 vorgenommenen fünfzehn Preisbestimmungen der Gastarife unbillig und unwirksam sind,
2. von der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich ihrer Jahresendabrechnungen vom 16. November 2006 in Höhe von jeweils 187 € und vom 19. November 2007 in Höhe von jeweils 147 € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind,
3. Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19. November 2003, 18. November 2004, 18. November 2005, 16. November 2006 und 19. November 2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen vom 1. Januar 2002 bis 4. Oktober 2007 unbillig und unwirksam sind,
4. vorgenannten fünf Jahresendabrechnungen der Klägerin bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen vom 11. Oktober 2002 bis 4. Oktober 2007 unbillig und unwirksam sind,
5. von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresendabrechnungen vom 16. November 2006 in Höhe

von jeweils 29 € und vom 19. November 2007 in Höhe von jeweils 30 € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

6 Das Landgericht hat durch Teilurteil den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung von 261 € nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen, soweit der Beklagte beantragt hat festzustellen, dass die

1. von der Klägerin im Zeitraum vom 11. Oktober 2002 bis 15. Oktober 2006 vorgenommenen zehn Preisänderungen der Gstarife unbillig und unwirksam sind,
2. von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich ihrer Jahresendabrechnung vom 16. November 2006 in Höhe von jeweils 187 € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind,
3. vier Jahresendabrechnungen der Klägerin im Zeitraum vom 19. November 2003 bis 16. November 2006 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen vom 1. Januar 2002 bis 25. September 2006 unbillig und unwirksam sind,
4. fünf Jahresendabrechnungen der Klägerin im Zeitraum vom 19. November 2003 bis 19. November 2007 bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen vom 11. November 2002 bis 4. Oktober 2007 unbillig und unwirksam sind,
5. von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresendabrechnungen vom 16. November 2006 in Höhe von jeweils 29 € und vom 19. November 2007 in Höhe von jeweils 30 € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

7 Bei dem Landgericht anhängig geblieben ist das widerklagend erhobene Feststellungsbegehren des Beklagten, soweit es bei dem Widerklageantrag zu 1 um die fünf Preisänderungen hinsichtlich der Gatarife im Zeitraum vom 18. Dezember 2006 bis 1. Oktober 2007, bei dem Widerklageantrag zu 2 um die Abschlagszahlungen anlässlich der Jahresendabrechnung vom 19. November 2007 für den Erdgasbezug und bei dem Widerklageantrag zu 3 um die Jahresendabrechnung der Klägerin vom 19. November 2007 bezogen auf den Erdgasverbrauch geht.

8 Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, soweit er auf die Klage zur Zahlung von 261 € nebst Zinsen verurteilt worden ist (Ziff. 1 a der Urteilsformel) und soweit seine auf Feststellung gerichtete Widerklage dahin abgewiesen worden ist (Ziff. 1 c der Urteilsformel), dass die

1. von der Klägerin in der Zeit vom 11. Oktober 2002 bis 1. Juli 2005 vorgenommenen sieben Preisänderungen der Gatarife unbillig und unwirksam sind,
2. Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19. November 2003, vom 18. November 2004 und vom 18. November 2005 bezogen auf den Erdgasverbrauch in den Zeiträumen vom 1. Januar 2002 bis 22. September 2005 unbillig und unwirksam sind,
3. Jahresendabrechnungen der Klägerin vom 19. November 2003, vom 18. November 2004, vom 18. November 2005 und vom 16. November 2006 bezogen auf den Wasserverbrauch in den Zeiträumen vom 11. Oktober 2002 bis 25. September 2006 unbillig und unwirksam sind,

4. von Seiten der Klägerin ermittelten Abschlagszahlungen anlässlich der Jahresendabrechnung vom 16. November 2006 in Höhe von jeweils 29 € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind.

9 Weiter hat das Berufungsgericht auf die Berufung des Beklagten unter Abänderung des erstinstanzlichen Teilurteils hinsichtlich der Widerklage festgestellt (Ziff. 1 b der Urteilsformel), dass die

1. von der Klägerin zum 1. Januar 2006, 1. Mai 2006 und 15. Oktober 2006 vorgenommenen Preisänderungen der Gastarife unwirksam sind,
2. von Seiten der Klägerin ermittelten Abschlagszahlungen anlässlich der Jahresendabrechnung vom 16. November 2006 in Höhe von jeweils 187 € für den Bezug von Erdgas unbillig und unwirksam sind,
3. Jahresendabrechnung der Klägerin vom 16. November 2006 bezogen auf den Erdgasverbrauch im Zeitraum vom 23. September 2005 bis 25. September 2006 unwirksam ist.

10 Unter (teilweiser) Aufhebung des angefochtenen Teilurteils hat das Berufungsgericht ferner (Ziff. 2 der Urteilsformel) die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, soweit der auf Feststellung gerichtete Widerklageantrag zurückgewiesen worden ist, dass die von Seiten der Klägerin ermittelten Teilbeträge (Abschlagszahlungen) anlässlich der Jahresendabrechnung vom 19. November 2007 in Höhe von jeweils 30 € für den Zuwasserbezug unbillig und unwirksam sind. Zugleich hat das Berufungsgericht, ohne dem in der Urteilsformel Ausdruck zu geben, in den Gründen seiner Entscheidung ausgeführt, dass das erstinstanzliche Urteil auch insoweit aufzuheben sei, als das Landgericht die im Rahmen des Widerklageantrags zu 4 begehrte Feststellung des Beklagten abgewiesen habe, dass die

Jahresendabrechnung der Klägerin vom 19. November 2007 bezogen auf den Wasserverbrauch vom 26. September 2006 bis 4. Oktober 2007 unbillig und unwirksam sei.

11 Hiergegen wenden sich beide Parteien mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen, und zwar die Klägerin, soweit unter Ziffer 1 a - c der Urteilsformel zu ihrem Nachteil entschieden worden ist, und der Beklagte, soweit unter Ziffer 1 a der Urteilsformel der Klage stattgegeben und unter Ziffer 1 c der Urteilsformel die Widerklage abgewiesen worden ist.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revisionen haben Erfolg.

I.

13 1. Das Berufungsgericht (OLG Koblenz, RdE 2009, 187) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

14 Hinsichtlich des Wasserbezugs stehe der Klägerin die beanspruchte Zahlung zu. Dem stehe nicht entgegen, dass die zu Grunde liegenden Beträge ursprünglich als Abschlagszahlungen geltend gemacht worden seien und mittlerweile Abrechnungsreife eingetreten sei. Das Klagebegehren sei nämlich dahin auszulegen, dass die Klägerin die Beträge hilfsweise als Teilbeträge der Nachforderung geltend mache, die sie in ihrer Jahresendabrechnung vom 16. November 2006 errechnet habe und bei der sie die offenen Abschlagszahlungen bereits zu Gunsten der Beklagten als gezahlt berücksichtigt habe.

15 Auch der Höhe nach könne die Klägerin diese Beträge beanspruchen. Der zugrunde liegende Wasserpreis unterliege weder in unmittelbarer noch in

entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle, da er als vereinbarter Preis anzusehen und im Übrigen ein Nachprüfungsrecht des Beklagten auch verwirkt sei. Die Klägerin habe nämlich für den Wasserbezug von Anfang 2001 bis Ende 2006 unverändert den in Rechnung gestellten Arbeitspreis von 1,35 € je Kubikmeter berechnet, und der Beklagte habe die auf dieser Grundlage erstellten Jahresabrechnungen jeweils vorbehaltlos akzeptiert sowie darin festgesetzte Nachzahlungen und Vorauszahlungen von seinem Konto abbuchen lassen. Eine gerichtliche Nachprüfungsmöglichkeit folge auch nicht daraus, dass die Klägerin während des gesamten Zeitraums im Bereich der Wasserversorgung der einzige Anbieter für den Wohnort des Beklagten gewesen sei. Der Beklagte habe vielmehr dadurch, dass er vor dem 11. Januar 2006 über viele Jahre hinweg von der Klägerin Wasser bezogen habe, ohne jemals die Höhe der verlangten Preise zu beanstanden, sein Recht verwirkt, eine gerichtliche Nachprüfung des geforderten Arbeitspreises zu verlangen. Auch sein Einwand, der zum 1. Januar 2001 festgesetzte und über Jahre hinweg unbeanstandet hingenommene und bezahlte Preis sei mittlerweile unbillig geworden, weil der Tarif der Klägerin und der Marktpreis sich auseinander entwickelt hätten und deshalb der verlangte Arbeitspreis inzwischen nicht mehr der Billigkeit entspreche, greife nicht, weil der Beklagte ein solches, seit der letzten Preisfestsetzung eingetretenes Auseinanderfallen der Preise nicht schlüssig dargetan habe. Sein Hinweis auf die niedrigeren Preise in einer anderen, ebenfalls von den V. W.

M. GmbH versorgten Gemeinde genüge dazu nicht, da wegen des Einflusses örtlicher Gegebenheiten auf die Kosten der Wasserversorgung der auf einen einzigen Zeitpunkt bezogene Preis eines einzelnen Anbieters ohnehin nur bedingt zum Beleg der Unbilligkeit einer Preisbestimmung herangezogen werden könne.

- 16 Ebenso habe die Berufung des Beklagten keinen Erfolg, soweit er bezogen auf den Wasserverbrauch widerklagend eine Unbilligkeit und Unwirksamkeit der Jahresendabrechnungen bis einschließlich November 2006 festgestellt wissen will. Denn die darin angesetzten Arbeitspreise seien aus den genannten Gründen einer Billigkeitskontrolle entzogen. Das gelte auch für die Abrechnung vom 16. November 2006, da es wegen der Fortgeltung des alten Preises weder darauf ankomme, dass die Abrechnung erst erstellt worden sei, nachdem der Beklagte den Wasserpreis mit Schreiben vom 11. Januar 2006 als unbillig beanstandet habe, noch darauf, dass der Abrechnungszeitraum deutlich über den Zeitpunkt der Beanstandung hinausgereicht habe.
- 17 Unbegründet sei die Berufung des Beklagten schließlich auch, soweit er die in der Abrechnung vom 16. November 2006 festgesetzten Abschlagszahlungen für den Wasserbezug im neuen Abrechnungszeitraum zur gerichtlichen Überprüfung gestellt habe. Die Höhe der Abschlagszahlungen habe sich nämlich ersichtlich noch am alten, keiner Nachprüfung mehr zugänglichen Arbeitspreis orientiert.
- 18 Aufzuheben sei das erstinstanzliche Urteil auf die Berufung des Beklagten hingegen, soweit das Landgericht seinen Antrag abgewiesen habe, hinsichtlich des Wasserbezuges festzustellen, dass die Abrechnung vom 19. November 2007 unbillig und unwirksam sei, und soweit er die in dieser Abrechnung festgesetzten Abschlagszahlungen zur gerichtlichen Überprüfung gestellt habe. Der Beklagte habe nämlich - wie von ihm klargestellt - mit den Abrechnungen zugleich die ihnen zu Grunde liegenden Preisbestimmungen einschließlich derjenigen zum 1. Januar 2007 überprüft wissen wollen. Hinsichtlich letztgenannter Preisbestimmung könne ihm angesichts seiner zuvor ausgesprochenen Beanstandung eine gerichtliche Billigkeitskontrolle jedoch nicht verwehrt werden.

19 Hinsichtlich des Gasbezugs hätten die Preisbestimmungen, welche die Klägerin bis einschließlich derjenigen vom 1. Juli 2005 vorgenommen habe, zwar über dem Betrag gelegen, der ursprünglich im Vertrag vom Oktober 1996 festgesetzt worden sei. Gleichwohl könne dahinstehen, ob der Klägerin nach dem zwischen den Parteien geltenden Versorgungsvertrag überhaupt ein Preisanpassungsrecht zugestanden habe, weil die bis dahin verlangten Gaspreise - genauso wie der seit dem 1. Januar 2001 berechnete Wasserpreis - als vereinbart zu gelten hätten. Bis einschließlich der Jahresendabrechnung vom 18. November 2005 habe der Beklagte nämlich auch insoweit jede Abrechnung beanstandungslos entgegengenommen und die festgesetzten Nach- und Abschlagszahlungen von seinem Konto abbuchen lassen, so dass die Klägerin den Eindruck haben musste, der Beklagte sei mit den Abrechnungen und den darin angesetzten Preisen, mögen sie auch gegenüber dem ursprünglichen Preisniveau angehoben worden sein, einverstanden. Angesichts dessen unterlägen die von der Klägerin festgesetzten Gaspreise bis einschließlich desjenigen vom 1. Juli 2005 als vereinbarte Preise keiner Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB, und zwar ungeachtet der Frage, ob die Klägerin auch auf dem Gebiet der Gasversorgung eine Monopolstellung innegehabt habe, so dass die Widerklage unbegründet sei, soweit der Beklagte die Unbilligkeit und Unwirksamkeit der Jahresabrechnungen bis einschließlich derjenigen vom 18. November 2005 festgestellt wissen will.

20 Begründet sei die Widerklage hingegen, soweit der Beklagte die Feststellung beantragt habe, dass die - von ihm nicht widerspruchslos hingenommenen - Preisbestimmungen zum 1. Januar 2006, zum 1. Mai 2006 und zum 15. Oktober 2006 unwirksam seien. Die Anpassungsklausel in § 2 des Versorgungsvertrages sei gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, weil sie - wie der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 17. Dezember 2008 (VIII ZR 274/06) für eine identische Klausel entschieden habe - nicht hinreichend klar und verständ-

lich sei und deshalb die Kunden der Klägerin unangemessen benachteilige. Ebenso wenig könne sich die Klägerin auf die im Versorgungsvertrag in Bezug genommenen Bestimmungen der AVBGasV stützen, weil der Verweisungsklausel nicht klar und verständlich zu entnehmen sei, ob der Klägerin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zustehen solle, wie es sich aus § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV ergebe. Auch sonst werde die unangemessene Benachteiligung der Kunden weder durch ein etwaiges Kündigungsrecht beseitigt noch sei der Klägerin im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preisänderungsrecht zuzubilligen.

21 Demgemäß gelte für das Gasversorgungsverhältnis der Parteien der am 1. Juli 2005 von der Klägerin geänderte Preis, den der Beklagte als letzten be-
anstandungslos hingenommen habe. Einer darüber hinausgehenden gesonder-
ten Feststellung, dass die drei unwirksamen Preisbestimmungen (zudem) unbil-
lig seien, habe es nicht bedurft. Der darauf gerichtete Antrag sei gegenstands-
los, weil der Beklagte mit der Feststellung der Unwirksamkeit der Preiserhö-
hungen sein Rechtsschutzziel bereits erreicht habe. Allerdings seien auch die in
der Jahresendabrechnung vom 16. November 2006 festgesetzten Abschläge
unbillig und unwirksam, weil ihre Höhe sich an dem unwirksamen Erhöhungsbe-
trag vom 15. Oktober 2006 und damit nicht an einem zwischen den Parteien
geltenden Preis orientiert habe.

II.

22 Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

23 Das angefochtene Urteil leidet an einem Verfahrensmangel. Der Erlass
eines Teilurteils (§ 301 ZPO) durch das Landgericht war, jedenfalls soweit es
die im Streit stehenden Ansprüche aus Erdgaslieferungen betrifft, unzulässig.
Das Berufungsgericht hätte deshalb entweder gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7

ZPO auch ohne entsprechenden Antrag (§ 538 Abs. 2 Satz 3 ZPO) das erstinstanzliche Urteil insoweit aufheben und die Sache an das Landgericht zurückverweisen müssen oder aber den im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits an sich ziehen und hierüber mitentscheiden müssen. Entsprechendes gilt für die im Streit stehenden Ansprüche aus Wasserlieferungen. Denn insoweit war es auch dem Berufungsgericht verwehrt, über denjenigen Teil der Ansprüche abschließend zu entscheiden, für den nach seiner Auffassung die von ihm für wirksam erachtete Preisbestimmung zum 1. Januar 2001 maßgeblich war, und hinsichtlich der von der Wirksamkeit der Preisbestimmung zum 1. Januar 2007 abhängigen Ansprüche das erstinstanzliche Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

24 1. Das Berufungsgericht hat zum einen übersehen, dass die vom Landgericht hinsichtlich der Ansprüche aus Erdgaslieferungen ersichtlich angenommenen Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils nicht gegeben waren. Zum anderen hat es nicht bedacht, dass auch hinsichtlich der Ansprüche aus Wasserlieferungen eine teilweise Zurückverweisung der Sache an das Landgericht nur hätte erfolgen können, wenn insoweit die Voraussetzungen für den Erlass eines Teilurteils vorgelegen hätten.

25 a) Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung darf auch bei der grundsätzlichen Teilbarkeit eines Streitgegenstandes ein Teilurteil (§ 301 ZPO) nur ergehen, wenn die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen - auch infolge abweichender Beurteilung durch das Rechtsmittelgericht - ausgeschlossen ist. Eine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen ist namentlich dann gegeben, wenn in einem Teilurteil eine Frage entschieden wird, die sich dem Gericht im weiteren Verfahren über andere Ansprüche oder Anspruchsteile noch einmal stellt oder stellen kann. Das gilt auch insoweit, als es

um die Möglichkeit einer unterschiedlichen Beurteilung von bloßen Urteilelementen geht, die weder in Rechtskraft erwachsen noch das Gericht nach § 318 ZPO für das weitere Verfahren binden. Eine solche Gefahr besteht namentlich bei einer Mehrheit selbständiger prozessualer Ansprüche, wenn zwischen den prozessual selbständigen Ansprüchen eine materiell-rechtliche Verzahnung besteht oder die Ansprüche prozessual in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt sind (st. Rspr.; vgl. zuletzt Senatsurteil vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, juris Rn. 13 f. mwN; zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

26

b) Das gilt in gleicher Weise für den Fall, dass das Berufungsgericht - wie hier hinsichtlich der Ansprüche aus Wasserlieferungen - einen Teil der Ansprüche für entscheidungsreif erachtet und hinsichtlich des anderen Teils unter Verneinung einer Entscheidungsreife zu dem Ergebnis gelangt, dass das Verfahren der Vorinstanz an einem wesentlichen Mangel leide, weil das Landgericht entscheidungserheblichen Parteivortrag übergangen habe, dessen Berücksichtigung voraussichtlich eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme erfordere, und die Sache deshalb in diesem Umfang an das Landgericht zurückverweist. Denn auch diese Vorgehensweise hat - wie der Erlass eines Teilurteils - zur Folge, dass der von der Zurückverweisung erfasste Teil für das weitere Verfahren in der jeweiligen Instanz ausscheidet und die Entscheidung über ihn durch die Fortsetzung des Verfahrens in dieser oder einer nachfolgenden Rechtsmittelinstanz nicht mehr ohne Weiteres beeinflusst wird (vgl. MünchKommZPO/Musielak, 3. Aufl., § 301 Rn. 7). Um hierbei die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen, auch durch das Rechtsmittelgericht, auszuschließen, ist deshalb eine Zurückverweisung, sofern der Zurückverweisungsgrund nur einen abtrennbaren Teil des Rechtsstreits betrifft oder nur hinsichtlich eines solchen Teils eine erneute oder weitere Verhandlung in der ersten Instanz erforderlich ist, ebenfalls nur unter der Voraussetzung zulässig, dass über den zurückverwiesenen Teil des Rechtsstreits in zulässiger Weise

auch durch Teilurteil gemäß § 301 ZPO hätte entschieden werden können (MünchKommZPO/Rimmelpacher, aaO, § 538 Rn. 70; Hk-ZPO/Wöstmann, 4. Aufl., § 538 Rn. 4; Musielak/Ball, ZPO, 8. Aufl. § 538 Rn. 4; ebenso zum Grundurteil BGH, Urteil vom 13. Mai 1997 - VI ZR 145/96, NJW 1997, 3176 unter II 2 b).

27 2. Diese sowohl für den Erlass eines Teilurteils als auch für eine teilweise Zurückverweisung bestehenden Voraussetzungen hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft außer Acht gelassen.

28 a) Das Berufungsgericht hat nicht bedacht, dass bei einer späteren Aufnahme des beim Landgericht anhängig gebliebenen Teils des Rechtsstreits hinsichtlich der von der Klägerin vorgenommenen Anpassungen des Gaspreises erneut über die Frage zu befinden sein wird, ob überhaupt ein Preisanpassungsrecht der Beklagten besteht oder ob jedenfalls die vor dem 18. Dezember 2006 erfolgten Preisanpassungen, auf denen die nachfolgenden Preisanpassungen aufsetzen, sonst wirksam geworden sind. Insoweit besteht die Gefahr, dass das Gericht bei einem späteren Urteil - sei es auf Grund neuen Vortrags, sei es auf Grund geänderter Rechtsauffassung (BGH, Urteil vom 28. Januar 2000 - V ZR 402/98, NJW 2000, 1405 unter II 1 b) - hierzu abweichend entscheidet. Dem hätte das Berufungsgericht deshalb entweder durch Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht oder aber durch Ansehen des im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teils des Rechtsstreits begegnen müssen.

29 b) Gleiches gilt für den von der Klägerin ab 1. Januar 2007 neu festgesetzten Wasserpreis, der ebenfalls auf dem vorausgegangenen Preis zumindest als einem - nach Auffassung des Berufungsgerichts auch für die Zukunft einer gerichtlichen Nachprüfung nicht mehr ohne Weiteres zugänglichen - So-

ckel aufsetzt. Auch insoweit besteht die Gefahr, dass das erstinstanzliche Gericht, welches - ungeachtet etwaiger abweichender, sich für das Berufungsgericht aus einem dem Berufungsurteil nachfolgenden Rechtsmittelverfahren ergebender Bindungswirkungen gemäß § 563 Abs. 2 ZPO - für die von ihm noch zu treffende Entscheidung bereits keine bindenden inhaltlichen Vorgaben durch das Berufungsgericht erfahren hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 2005 - IX ZR 27/04, BGHZ 163, 223, 233), bei seiner Entscheidung die Wirksamkeit der vor dem 1. Januar 2007 bestehenden Preisstellungen anders beurteilt als das Berufungsgericht und dementsprechend dem bis dahin von der Klägerin beanspruchten (Sockel-)Preis keine oder eine andere rechtliche Wirkung für den anschließend geforderten Wasserpreis beimisst.

30 Das Berufungsgericht ist daher gehindert gewesen, die Entscheidung über die Anträge der Widerklage, soweit sie den ab 1. Januar 2007 geltenden Wasserpreis betreffen, durch - von den Parteien mit ihren Revisionen allerdings nicht angegriffene - Zurückverweisung an das Landgericht isoliert aus der Berufungsinstanz auszuschneiden. Es hätte vielmehr, um der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen zu begegnen, für diesen Fall den die Wasserpreise insgesamt betreffenden Teil des Rechtsstreits unter entsprechender Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils an das Landgericht zurückverweisen müssen.

31 3. Die Unzulässigkeit des erstinstanzlichen Teilurteils hatte das Berufungsgericht von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO; vgl. Senatsurteil vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, aaO Rn. 19 mwN); es hätte daher das erstinstanzliche Urteil gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 7 ZPO aufheben müssen. Dass die Unzulässigkeit des vom Landgericht erlassenen Teilurteils weder in der Berufungsinstanz noch in der Revisionsinstanz gerügt worden ist, steht der Berücksichtigung im Revisionsverfahren nicht entgegen. Denn der Erlass eines unzulässigen Teilurteils stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar,

der auch in der Revisionsinstanz gemäß § 557 Abs. 3 Satz 2 ZPO von Amts wegen zu berücksichtigen ist (Senatsurteil vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, aaO Rn. 27).

32 Nichts anderes kann für ein Urteil gelten, das - wie die hier hinsichtlich der Ansprüche der Klägerin aus Wasserlieferungen erfolgte abschließende Entscheidung des Berufungsgerichts über einen Teil der Ansprüche unter Zurückverweisung des Restes an das erstinstanzliche Gericht - in seinen Wirkungen einem Teilurteil gleichkommt und deshalb im Rahmen des § 538 Abs. 2 ZPO ebenfalls nur unter Beachtung der Voraussetzungen des § 301 ZPO hätte erlassen werden dürfen. Auch ein solches Urteil findet im Prozessrecht keine Grundlage und ist daher, ohne dass es einer Rüge bedarf, von Amts wegen aufzuheben. Denn nur hierdurch wird sichergestellt, dass im weiteren Verfahren der erkannte Verfahrensfehler nicht vertieft wird und das Urteil nicht dazu führt, dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen aufrecht erhalten bleibt.

III.

33 1. Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit es mit den Revisionen angegriffen worden ist, keinen Bestand haben; es ist daher im Umfang der von den Parteien gestellten Anträge (§ 557 Abs. 1 ZPO) bereits wegen des Verfahrensfehlers aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Eine Aufhebung auch des verfahrensfehlerhaft ergangenen Teilurteils des Landgerichts kommt dagegen nicht in Betracht, da das Berufungsgericht auch befugt ist, zur Beseitigung des Verfahrensfehlers statt der Aufhebung des Teilurteils des Landgerichts den im ersten Rechtszug anhängig gebliebenen Teil des Rechtsstreits an sich zu ziehen und hierüber mitzuentcheiden (BGH, Urteile vom 19. November 1959 - VII ZR 93/59, NJW 1960, 339 unter 4; vom 10. Oktober 1991 - III ZR 93/90, NJW 1992,

511 unter IV; vom 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92, NJW-RR 1994, 379 unter 5; vom 13. Oktober 2008 - II ZR 112/07, NJW 2009, 230 Rn. 7 f.; jeweils mwN). Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

34 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

35 a) Hinsichtlich der zu beurteilenden Erhöhungen der Gaspreise bestehen auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung (Urteil vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 Rn. 13 ff.) zwar weder Bedenken gegen die vom Berufungsgericht angenommene Unwirksamkeit der in § 2 des als Sonderkundenverhältnis zu qualifizierenden Versorgungsvertrages (vgl. Senatsurteil vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, NJW 2011, 1342 Rn. 23 f.) enthaltenen Preisanpassungsklausel noch dagegen, dass sich ein Preisanpassungsrecht der Klägerin auch nicht aus der in § 5 des Versorgungsvertrages enthaltenen Verweisung auf die AVBGasV herleiten lässt. Anders verhält es sich dagegen mit der weiteren Annahme, die bis zum 1. Juli 2005 von der Klägerin vorgenommenen Preisbestimmungen seien dadurch, dass der Beklagte bis einschließlich der Jahresendabrechnung vom 18. November 2005 jede Abrechnung beanstandungslos entgegengenommen habe und die festgesetzten Nach- und Abschlagszahlungen von seinem Konto habe abbuchen lassen, als vereinbart anzusehen, so dass die von der Klägerin festgesetzten Gaspreise als vereinbarte Preise keiner Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterlägen. Zwar wird in einem Tarifikundenvertrag, wenn der Kunde eine auf der Grundlage einer öffentlich bekannt gegebenen einseitigen Preiserhöhung vorgenommene Jahresabrechnung des Versorgungsunternehmens akzeptiert hat, indem er weiterhin Gas bezogen hat, ohne die Preiserhöhung in angemessener Zeit gemäß § 315 BGB zu beanstanden, der zum Zeitpunkt der Jahresabrechnung geltende, zuvor einseitig erhöhte Tarif zu dem zwischen den Parteien vereinbarten

Preis und kann deshalb nicht mehr gemäß § 315 Abs. 3 BGB auf seine Billigkeit überprüft werden (zuletzt Senatsurteil vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 41 mwN). Demgegenüber hat der Senat nach Erlass des Berufungsurteils klargestellt, dass seine auf einen Tarifikundenvertrag bezogene Rechtsprechung sich nicht auf Sonderkundenfälle übertragen lässt, in denen nicht (nur) die Billigkeit der Preiserhöhung im Streit steht, sondern in denen es bereits an einem wirksamen Preisanpassungsrecht des Versorgungsunternehmens fehlt, weil die Preisanpassungsregelung nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam ist (Senatsurteile vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180 Rn. 57 ff; vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 42).

36 b) Hinsichtlich der zu beurteilenden Festsetzung des bis Ende 2006 geforderten Wasserpreises bestehen ebenfalls Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, auch dieser unterliege als vereinbarter Preis keiner gerichtlichen Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB. Zwar nimmt der Senat bei einer Anpassung von Gaspreisen an, dass bei von den Parteien bei Vertragsschluss oder später vereinbarten Preisen für eine auf eine Monopolstellung des Energieversorgungsunternehmens gestützte Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung von § 315 BGB kein Raum ist. Diese Beurteilung beruht jedoch auf Besonderheiten der auf dem Gebiet der Energiewirtschaft bestehenden Gesetzgebung für die Elektrizitäts- und Gasversorgung, für die der Gesetzgeber hat erkennen lassen, überhöhte Preise ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, was für diesen Bereich einer analogen Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB die Grundlage entzieht (Senatsurteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 17 ff.; vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 314/07, WM 2009, 1957 Rn. 17; vom 9. Februar 2011 - VIII ZR 295/09, aaO Rn. 45). Für den Bereich der Wasserversorgung ist hingegen eine vergleichbare Beschränkung der gerichtlichen Nach-

prüfungsbefugnisse nicht erkennbar. Insoweit gilt vielmehr, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, im Falle einer Monopolstellung des Versorgungsunternehmens, wie sie hier vom Berufungsgericht unangegriffen festgestellt worden ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und einer Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterworfen sind. Demgemäß sind in diesen Fällen, zu denen auch die Tariffestsetzung auf dem Gebiet der Wasserversorgung zählt, die vom Versorgungsunternehmen angesetzten Tarife für den Kunden gemäß § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entsprechen (vgl. BGH, Urteile vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, WuM 2005, 589 unter II 1, insoweit in BGHZ 163, 321 nicht abgedruckt; vom 21. September 2005 - VIII ZR 7/05, NJW-RR 2006, 133 unter II 1; vom 13. Juni 2007 - VIII ZR 36/06, BGHZ 172, 315 Rn. 33; vom 4. März 2008 - KZR 29/06, NJW 2008, 2175 Rn. 22 ff.).

37 Soweit das Berufungsgericht von einer Verwirkung des Rechts des Beklagten ausgegangen ist, eine gerichtliche Nachprüfung der Festsetzung des Wasserpreises in entsprechender Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB zu beantragen, bestehen mit der Revision des Beklagten auch Bedenken, ob die hierzu notwendigen Voraussetzungen sowohl hinsichtlich eines erforderlichen Zeitablaufs als auch hinsichtlich eines Hinzutretens ganz besonderer Umstände, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (dazu BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, NJW 2011, 212 Rn. 22 mwN), in zureichender Weise festgestellt sind. Zudem bestehen Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es sei Sache des Beklagten gewesen, im Einzelnen darzulegen, dass sich zumindest seit Januar 2006 die für eine Beurteilung der Billigkeit der Preisbestimmung maßgeblichen Umstände wesentlich geändert hätten. Vielmehr liegt, soweit eine auf eine Monopolstellung gestützte Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB stattfindet, die Darle-

gungs- und Beweislast dafür, dass der verlangte Preis der Billigkeit entspricht, jedenfalls außerhalb eines Rückforderungsprozesses nach allgemeinen Grundsätzen bei demjenigen, der die Leistungsbestimmung gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu treffen hat (vgl. BGH, Urteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, aaO Rn. 28; vom 18. Oktober 2007 - III ZR 277/06, NVwZ 2008, 110 Rn. 29, insoweit in BGHZ 174, 48 nicht abgedruckt; vom 5. Februar 2003 - VIII ZR 111/02, BGHZ 154, 5, 8 f.; jeweils mwN).

Ball

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Fetzer

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 27.05.2008 - 4 HK.O 9/07 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 12.02.2009 - U 781/08. Kart -