



**f ü r R e c h t e r k a n n t :**

1. Das Versäumnisurteil des Senats vom 14.1.2013 wird aufrechterhalten.
2. Die Beklagte trägt die weiteren Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung der Klägerin aus dem Urteil und dem Versäumnisurteil durch Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000 EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Gründe

## I.

Auf die Tatbestände des Teilurteils und des Schlussurteils des Landgerichts wird Bezug genommen.

Die Klägerin verlangt rückständige Gaslieferentgelte sowie anteilige Abschlagszahlungen von der Beklagten sowie Zustimmung und Zugang zur Sperrung des Gaszählers. Diese verlangt widerklagend Rückzahlung angeblich überzahlter Gasentgelte.

Im Wesentlichen streiten die Parteien darum, ob die vertragliche Vereinbarung zwischen ihnen (Anlage K1-K4), die der Klägerin ein Preiserhöhungsrecht zugesteht, wirksam ist oder nicht.

Das Landgericht hat in Abgrenzung zu einschlägigen BGH-Entscheidungen angenommen, bei der Vereinbarung zwischen den Parteien handele es sich um eine Preishauptabrede, die keiner Klauselkontrolle zugänglich sei. Zudem stünde der Klägerin wegen der erheblichen Rückstände ein Recht auf Sperrung des Gaszählers und Zugangsgewährung zur Sperrung zu.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihre erstinstanzlichen Anträge (Klageabweisung, Rückzahlung überzahlter Gaspreise) weiter.

Sie meint, das ganze Klauselwerk sei unwirksam. Insbesondere die Klausel 1 in Anlage 3 sei unwirksam. Zudem sei die Preisgestaltung wettbewerbswidrig.

Im Termin am 14.1.2012 hat der Senat die Berufungsverfahren betreffend das Teil- und das Schlussurteil miteinander verbunden und ist berufungszurückweisendes Versäumnisurteil gegen die Beklagte ergangen, das der Beklagten am 18.1.2013 zugestellt worden ist. Mit der am 31.1.2013 eingegangenen Einspruchsbegründung macht die Beklagte erneut die Unwirksamkeit der Klausel 1 in Anlage 3 geltend und beantragt Aussetzung im Hinblick auf ein vergleichbares Verfahren vor dem 2 Zivilsenat des Kammergerichts.

Sie beantragt unter Abänderung des Versäumnisurteils Abweisung der Klage und widerklagend Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 13.138,83 € mit unterschiedlichen Zinszeitpunkten. Zu den Einzelheiten wird auf den Einspruchsschriftsatz Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt, das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

## II.

Nach form- und fristgerechtem Einspruch war das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten, weil die Berufung der Beklagten erfolglos ist.

Das Landgericht hat zu Recht einen Zahlungsanspruch der Klägerin aus der vertraglichen Vereinbarung bejaht sowie den widerklagend geltend gemachten Rückzahlungsanspruch der Beklagten aus § 812 BGB wegen wirksamer vertraglicher Vereinbarung des Preises verneint. Dass der Klägerin bei Erfolg des Zahlungsanspruchs ein Recht auf Zugang zum Gaszähler und Sperrung zusteht, ist zwischen den Parteien nicht ernstlich im Streit.

Das Landgericht hat zu Recht die Vereinbarungen der Parteien zum Gaslieferpreis zwar als allgemeine Geschäftsbedingungen, jedoch als der Inhaltskontrolle nicht unterworfenen Preishauptabreden eingestuft. Nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 24.3.2010 - VIII ZR 304/08 – NJW 2010, 2793, Rn. 24 ff zit. nach juris) sind Versorgungsbedingungen in einem Vertrag über die Belieferung von Sonderabnehmern mit Energie zwar unter den in § 310 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen von den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB ausgenommen, sie unterliegen aber gleichwohl einer Überprüfung am Maßstab des § 307 BGB (BGHZ 179, 186, Tz. 13 m.w.N.).

Eine solche Inhaltskontrolle ist jedoch dann nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen, wenn es sich bei der angegriffenen Klausel lediglich um eine Preisbestimmung handelt (die einer weitergehenden Inhaltskontrolle entzogen wäre), und nicht um eine Bestimmung, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen getroffen werden.

Da die Vertragsparteien nach dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei regeln können, sind formularmäßige Abreden, die Art und Umfang der Hauptleistung oder der hierfür zu erbringenden Vergütung unmittelbar bestimmen, von der gesetzlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgenommen (BGH Urteil vom 24.3.2010 – VIII ZR 304/08 a.a.O.; vgl. BGHZ 93, 358, 360 f.; 143, 128, 139 f.; 146, 331, 338 f.; BGH, Urteil vom 17. März 1999 - IV ZR 137/98, NJW 1999, 3411, unter II 2 b). Ihre Festlegung ist grundsätzlich Sache der Vertragsparteien, denn es gibt vielfach keine gesetzliche Preisregelung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Abrede gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte (BGHZ 106, 42, 46; 146, 331, 338; BGH Urteil vom 9. Dezember 1992 - VIII ZR 23/92, WM 1993, 753, unter II 2 a). Zu den einer richterlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff.

BGB entzogenen Preisbestimmungen zählen auch solche Klauseln, die den Preis bei Vertragsschluss zwar nicht unmittelbar beziffern, jedoch die für die Ermittlung des Preises maßgeblichen Bewertungsfaktoren und das hierbei einzuhaltende Verfahren festlegen (BGHZ 93, 358, 362; 143, 128, 139 f.; 146, 331, 338 f.). Denn auch die vertragliche Festlegung preisbildender Faktoren gehört zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung (BGHZ 143, 128, 140; 146, 331, 338 f.).

Hiervon zu unterscheiden sind die kontrollfähigen (Preis-)Nebenabreden, also Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (st. Rspr.; z. B. BGHZ 124, 254, 256; 143, 128, 139; 146, 331, 338; BGH, Urteil vom 19. Oktober 1999 - XI ZR 8/99, NJW 2000, 651, unter II 1 a; jeweils m.w.N.). Anders als die unmittelbaren Preisabreden bestimmen sie nicht das Ob und den Umfang von Entgelten, sondern treten als ergänzende Regelungen, die lediglich die Art und Weise der zu erbringenden Vergütung und/oder etwaige Preismodifikationen zum Inhalt haben, "neben" eine bereits bestehende Preishauptabrede (vgl. BGHZ 146, aaO). Sie weichen von dem das dispositive Recht beherrschenden Grundsatz ab, nach dem die Preisvereinbarung der Parteien bei Vertragsschluss für die gesamte Vertragsdauer bindend ist (vgl. BGHZ 93, 252, 255; BGH Urteil vom 12. Juli 1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115, unter II 2 a), und sind daher einer Inhaltskontrolle unterworfen (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Bestimmungen dem Verwender das Recht zu einer einseitigen Preisänderung einräumen oder ob sie eine automatische Preisanpassung zur Folge haben (BGH Urteil vom 24.3.2010 – VIII ZR 304/08 a.a.O.). Das zeigt § 309 Nr. 1 BGB, der mit dem Verbot kurzfristiger Preiserhöhungen außerhalb von - hier vorliegenden - Dauerschuldverhältnissen auch solche Regelungen umfasst, die zu einer automatischen Anpassung des vereinbarten Entgelts führen, wie etwa Gleit- oder Spannungsklauseln (vgl. Staudinger/Coester-Waltjen, BGB (2006), § 309 Nr. 1 Rdnr. 20; Dammann in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 309 Nr. 1 Rdnr. 47; Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., § 309 Rdnr. 2; jeweils m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen unterliegt die von der Klägerin verwendete Anlage 2 (Klausel 5.1 bis 5.3) nicht der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die von der Klägerin verwendeten Klauseln legen den bei Vertragsschluss maßgeblichen Arbeitspreis selbst fest und enthalten aus der maßgeblichen Sicht der Kunden der Klägerin die eigentliche Preisabrede, der Vertrag vom 17.1.2003/3.2.2003 (der insoweit nur eine Rahmenvereinbarung darstellt, Anlage K1), enthält keinerlei Preisabsprachen und verweist für „Liefermengen, Erdgaspreise, Vertragsdauer sowie die Anschlussbedingungen“ auf Anlage 2.

Die Klausel 5.1. und die Klausel 5.2. der Anlage 2 enthalten gerade keine feste Grund- und Arbeitspreisangabe, die nach dem Verständnis des Erdgasabnehmers den vereinbarten Preis

bildet, sondern eine Formel als Bestandteil der unmittelbaren Entgeltabrede mit der Folge, dass der vereinbarte Grund- und Arbeitspreis von vornherein variabel ausgestaltet wurde.

Dass die genannten Variablen ihrem Inhalt nach erst in Anlage 3 erläutert werden, schadet insoweit nicht. Ebenso wenig schadet, dass als Ergebnis der Formel ein derzeitiger Grund- und Arbeitspreis beziffert wird, denn es ist für den objektiven Empfängerhorizont des Erdgasabnehmers eindeutig erkennbar, dass dieser Preis nicht die Preisvereinbarung für die Vertragslaufzeit darstellt, sondern das Ergebnis der Formel durch Einsatz der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Werte der Variablen. Die Klauseln legen damit nicht als Formularabrede nur die Kalkulationsgrundlage für den von den Parteien vereinbarten bezifferten Preis offen, sondern stellen die kontrollfreie Preishauptabrede dar, die den bei Vertragsschluss geltenden Preis überhaupt erst bestimmt. Wollte man dies anders sehen, würde jede bezifferte Preisangabe ungeachtet des Zusammenhangs, in dem sie steht, dazu führen, dass ihre Herleitung bereits als Preisnebenabrede klassifiziert wird und eine wirksame Preishauptabrede nur angenommen werden könnte, wenn die Vereinbarung nach Angabe der Berechnungsformel keinen bezifferten Preis als Ausgangspreis enthält; dies kann auch im Sinne der Vertragsklarheit nicht gewollt sein.

Entgegen der Ansicht der Beklagten findet sich die Preisabrede auch nicht in Anlage 3; zwar enthält Anlage 3 in Ziffer 1 eine Preisänderungsberechtigung für die ■■■■, diese ist aber für die Formel, nach der lt. Anlage 2 der jeweilige Gaslieferpreis berechnet wird, nicht von Belang. Denn die Variablen der Formel haben mit den „mit den Vorlieferanten der ■■■■ vereinbarten Bestimmungen“, deren Änderung nach Ziffer 1 der Anlage 3 die ■■■■ zur Preisanpassung berechtigen soll, zunächst nichts zu tun. Die Variable für den Grundpreis ist „L“ (Lohnpreisbindungsfaktor) und für den Arbeitspreis „HEL“ (Preis für leichtes Heizöl), beide Variablen berechnen sich ausweislich Anlage 3 unabhängig von den konkreten Vereinbarungen der ■■■■ mit ihren Vorlieferanten.

Unschädlich ist insoweit, dass erst in Anlage 3 (K4) unter Ziffer 2 der Zeitpunkt der Veränderung des Grundpreises und unter Ziffer 3 der Zeitpunkt der Veränderung des Arbeitspreises festgesetzt wird. Denn dies stellt angesichts der Tatsache, dass als Preishauptabrede eine variable Vergütung vereinbart wurde, keine Abweichung vom gesetzlichen Leitbild dar, wie sie in Fällen vorliegt, in denen im Vertrag allein eine feste Vergütung vereinbart wurde, die überraschend in den Lieferbedingungen variabel ausgestaltet wird.

Dass die Klausel 1 in Anlage 3 u.U. einer Klauselkontrolle nicht standhält, ist entgegen der Ansicht der Beklagten unerheblich, da diese Klausel bei der Ermittlung der hier geltend gemachten Klageforderung nicht zum Einsatz gekommen ist, so dass sie auch wegfallen könnte, ohne dass sich am gefundenen Ergebnis etwas ändert.

Soweit die Beklagte Kartellwidrigkeit der Preise der Klägerin behauptet, ist der Senat mit dem Landgericht der Auffassung, dass es an Anhaltspunkten für eine kartellrechtswidrige Preisgestaltung der Klägerin fehlt. Dass die Beklagte, die insoweit keinen Endverbraucher darstellt, sondern einen Energiezwischenhändler für ihre Genossen, keinerlei Alternativen zum Abschluss mit der Klägerin hatte, ist nicht substantiiert dargelegt und auch unwahrscheinlich angesichts des vereinbarten Sonderkündigungsrechts (§ 4 Vertrag), das deutlich macht, dass von einem Wettbewerb am Gasmarkt auszugehen ist. Das Bundeskartellamt hat jedenfalls unstreitig keine Kartellverstöße im fraglichen Zeitraum in Berlin festgestellt.

Soweit die Beklagte eine Aussetzung wegen eines „Parallelverfahrens“ vor dem Kartellsenat „zum gleichen Vertragsmodell“ beantragt, fehlt es ersichtlich an einer Vorgeiflichkeit nach § 148 ZPO, weil bereits nicht ersichtlich ist, dass dort dieselben Parteien streiten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Einer Revisionszulassung bedarf es nicht, da die entscheidenden Rechtsfragen höchstrichterlich bereits geklärt sind und es sich um eine Einzelfallanwendung dieser Rechtsprechung handelt.

Budde Dr. Seifert Dr. Simmler