

# Thüringer Oberlandesgericht

Az.: [1 U 377/12](#)  
[9 O 559/11](#) LG Erfurt



## IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

**O--- E--- GmbH**, vertreten durch d. Geschäftsführer ---  
- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte **Sch---**

gegen

**A--- St--- KG**, vertreten durch die Komplementäre  
- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte **R---**

erlässt das Thüringer Oberlandesgericht in Jena - 1. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [Dr. Schwerdtfeger](#), die Richterin am Oberlandesgericht [Hütte](#) und die Richterin am Oberlandesgericht [Dr. Brenneisen](#) auf Grund der mündlichen Verhandlung vom [06.06.2013](#) folgendes

## Endurteil

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 30.03.2012, Az. 9 O 559/11, wird zurückgewiesen.

2. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Erfurt ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages erbringt.
4. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## **Gründe**

### **I.**

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung einer Vergütung für geliefertes Gas.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der in § 4 b) des Gaslieferungsvertrags enthaltenen Preisänderungsregelung.

Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 30.03.2012 die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 225.835,45 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.12.2010 zu zahlen.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Sie verfolgt in der Berufungsinstanz ihr erstinstanzliches Begehren auf Abweisung der Klage weiter. Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die in § 4 enthaltene Preisvereinbarung in eine Preisbestimmung und in eine Preisnebenabrede aufgespalten. Hierbei habe es verkannt, dass die vorgenommene Trennung weder dem Wortlaut und der Systematik der in § 4 enthaltenen Preisregelung noch dem Parteiwillen entspreche. Die von den Parteien vereinbarte Preisregelung weise wesentliche Unterschiede zu der von dem Erstgericht zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes auf. In § 4 Ziffer 1 a) des Gaslieferungsvertrages sei keine feste Cent/kWh-Vergütung als Arbeitspreis vereinbart worden, die sich während der Vertragslaufzeit auf der Grundlage einer Preisänderungsklausel habe verändern sollen. Die Variabilität des Arbeitspreises sei bereits

in der Preisbestimmung für den ursprünglichen Arbeitspreis enthalten gewesen. Preisbestimmungen würden indes nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterliegen. Hierzu würden auch solche Preisbestimmungen zählen, die den Preis bei Vertragsschluss nicht unmittelbar beziffern würden, jedoch die für die Ermittlung des Preises maßgeblichen Bewertungsfaktoren und das hierbei einzuhaltende Verfahren festlegen würden. Davon seien die der gesetzlichen Inhaltskontrolle unterliegenden Preisnebenreden zu unterscheiden, die zwar mittelbar Auswirkungen auf Preis und Leistung hätten, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehle, dispositives Recht treten könne. Preisnebenabreden würden nur die Art und Weise der zu erbringenden Vergütung und/oder etwaige Preismodifikationen zum Inhalt haben und neben einer bereits bestehenden Preishauptabrede gelten. Dabei mache es keinen Unterschied, ob die Bestimmung dem Verwender das Recht zu einer einseitigen Preisbestimmung gewähre oder ob sie eine automatische Preisanpassung zur Folge habe. Unter Anwendung dieser Grundsätze sei die in § 4 Ziffer 1 enthaltene Preisregelung als eine Preisbestimmung zu werten, die einer Inhaltskontrolle entzogen sei. Es handele sich dabei um eine Klausel, die zwar unmittelbar den Preis bei Vertragsschluss nicht beziffere, jedoch die für die Ermittlung des Preises maßgebliche Bewertungsfaktoren und das hierbei einzuhaltende Verfahren festlege. Zu Beginn der Regelung hätten die Parteien die Preisformel festgelegt, nach der sich der Gaspreis habe berechnen sollen. Da in der Preisformel für den Preisindex die Abkürzung "HEL" verwendet worden sei, habe es der Erläuterung bedurft, welcher Preisindex mit dieser Abkürzung gemeint sei. Diese Erläuterung hätten die Parteien in § 4 Ziffer 1 a) dahingehend getroffen, dass als Preisindex der Preis für leichtes Heizöl maßgeblich habe sein sollen. Da mit dieser Preisformel der Gaspreis noch nicht ermittelbar gewesen sei, habe es eines zeitlichen Bezugspunktes für die Anwendung des vereinbarten Preisindizes für leichtes Heizöl bedurft. Diesen zeitlichen Bezugspunkt hätten die Parteien in § 4 Ziffer 1 b) vereinbart. Dadurch hätten die Parteien den maßgeblichen Bewertungsfaktor und das einzuhaltende Verfahren für die Ermittlung des unbezifferten Gaspreises vereinbart. Im Falle eines unbezifferten Gaspreises seien nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch Vereinbarungen über die maßgeblichen Bewertungsfaktoren und über das bei der Bestimmung des Preises einzuhaltende Verfahren einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen. Das in § 4 Ziffer 1 b) des Gaslieferungsvertrages vereinbarte Verfahren führe zwingend zur Anwendung des in § 4 Ziffer 1 a) vereinbarten Preisindizes für leichtes Heizöl, so dass diese Vereinbarung nicht neben eine bereits bestehende Preisabrede trete, sondern wesentlicher Bestandteil der einheitlichen Preishauptabrede sei. An dieser Bewertung auf der Grundlage des Wortlautes ändere sich auch nichts dadurch, dass in § 4 Ziffer 1 b) Satz 1 von einer Änderung des Arbeitspreises die Rede sei. Gegen diese Auslegung stünde der Wortlaut der in § 4 Ziffer 1 b) Satz 3 und § 4 Ziffer 1 b) Satz 5 enthaltenen Regelungen entgegen, worin die Bildung des Gaspreises erläutert werde und die für die Ermittlung des Gaspreises erforderlichen Berechnungen genannt seien. Das Landgericht habe weiter

verkannt, dass der in dem Gaslieferungsvertrag vereinbarte Arbeitspreis - entgegen der Fallgestaltung in der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofes - variabel habe sein sollen. Es sei in § 4 Ziffer 1 a) kein bestimmter auf Dauer festgelegter Arbeitspreis vereinbart worden, da dieser von dem Preis für leichtes Heizöl habe abhängig sein sollen. Unmittelbar nach der Preisformel sei mit der Verwendung des Begriffes der Preisperiode festgelegt worden, dass der nach der Preisformel zu ermittelnde Gaspreis in bestimmten zeitlichen Abständen habe neu berechnet werden sollen, wodurch die Parteien die Variabilität des Gaspreises festgelegt hätten. Die Veränderlichkeit des Arbeitspreises ergebe sich nicht nur über die Regelung des § 4 Ziffer 1 b) des Gaslieferungsvertrages, sondern schon aus der vereinbarten Preisformel des Arbeitspreises. Insoweit sei die Entscheidung des Landgerichts auch widersprüchlich, da die von dem erstinstanzlichen Gericht erachtete Benachteiligung i.S.v. §§ 307 ff. BGB nicht nur bei der Preisänderungsklausel gelten würde, sondern auch bei dem in § 4 Ziffer 1 a) vereinbarten Arbeitspreis, der auch nach Ansicht des Landgerichts als Preisregelung einer Inhaltskontrolle entzogen sei. Der Wille der Parteien zur Vereinbarung eines variablen Arbeitspreises ergebe sich auch aus den sonstigen Vereinbarungen des Gaslieferungsvertrages. In § 4 Ziffer 2 des Vertrages hätten die Parteien ausdrücklich einen Festpreis für einen bestimmten Zeitraum vereinbart. Von dieser Möglichkeit hätten die Parteien mit dem verbindlichen Auftrag zur Preissicherung von Erdgas vom 18.10.2006 (Anlage K 2) für eine Teilmenge auch Gebrauch gemacht. Auch die Vereinbarung eines Festpreises beziehe sich als Basis auf den HEL Festpreisindex. Dies mache deutlich, dass die Parteien zwischen einem Festpreis und einem variablem Gaspreis unterschieden hätten. Das erstinstanzliche Gericht sei auch unzutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der beanstandeten Preisregelung um eine allgemeine Geschäftsbedingung handele. Es liege bereits keine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Geschäftsbedingung vor. Soweit das Landgericht diese Annahme darauf gestützt habe, dass die Beklagte in einem Parallelrechtstreit die gleiche Vertragsklausel gegenüber einem anderen Kunden verwendet habe, habe es verkannt, dass der Arbeitspreis in dem anderen Gaslieferungsvertrag nach einer anderen Arbeitspreisformel ermittelt worden sei. Die Preisregelung in § 4 Ziffer 1 b) sei auch von den Parteien individuell nach § 305 Abs. 1 BGB vereinbart worden. Aus dem in dem in Anlagen B 1 und B 2 vorgelegten Schriftverkehr würde sich ergeben, dass die zu liefernde Gasmenge und der dafür zu zahlende Gaspreis Gegenstand von intensiven Gesprächen seien. Es seien auch Regelungen auf Vorschlag der Klägerin in den Vertragstext aufgenommen worden. Das habe insbesondere die vereinbarte Gasmenge betroffen. Das gleiche gelte auch für den Preisvorschlag (Anlage K 1), den die Klägerin für § 3 Ziffer 1 Satz 4 eines früheren Vertragsentwurfes gemacht habe, der inhaltlich § 4 Ziffer 1 des Gaslieferungsvertrages entsprochen habe. Aus dem Schreiben vom 15.8.2006 (Anlage B 1) ergebe sich weiter, dass die Klägerin selbst die Einzelheiten und die nachträgliche Fixierung des Preises vorgeschlagen habe. Die Klägerin habe zudem weitere Änderungsvorschläge, die bei der Vertragsgestaltung des Gaslieferungsvertrages

Berücksichtigung gefunden hätten, in der e-mail vom 30.8.2006 (Anlage B 2) unterbreitet. Die Berücksichtigung bzw. die Aufnahme konkreter Vorschläge der Klägerin zur Gestaltung des Gaslieferungsvertrages belege, dass die in § 4 Ziffer 1 und Ziffer 2 enthaltenen Preisregelungen von der Beklagten ernsthaft zur Disposition gestellt worden seien. Dadurch seien die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen für die Annahme einer Individualvereinbarung erfüllt worden. Selbst wenn die in § 4 Ziffer 1 b) als Preisnebenabrede bewertete Preisregelung einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unterworfen wäre, habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass es sich bei der Klägerin nicht um einen Verbraucher handele. Die für die Beurteilung der Angemessenheit der Preisregelung vorzunehmende Interessenabwägung unterliege bei einem Unternehmen anderen Maßstäben als bei einem Verbraucher. Die Klägerin sei als Unternehmen seit 100 Jahren tätig und sei selbst mit der Kalkulation von Preisen und der Einschätzung der ihr durch Preise Dritter entstehenden Kosten vertraut. Sie sei auch erfahren in dem Einkauf von Energie und in der Verhandlung von Energiepreisen. Die Klägerin habe sich intensiv mit dem vereinbarten Preismechanismus und mit der Bindung des Arbeitspreises an den HEL-Preisindex auseinandergesetzt. Durch die Möglichkeit der späteren Vereinbarung eines Festpreises habe sich die Klägerin eine größtmögliche Flexibilität vertraglich sichern wollen. Sie habe sich dabei bewusst dafür entschieden, den Festpreis zeitlich zu begrenzen und es für den verbleibenden Zeitraum bzw. von Teilmengen bei der Bindung an den HEL-Preisindex zu belassen. Dies belege, dass die Klägerin sich der Bindung an den HEL-Preisindex nicht habe gänzlich entziehen wollen, da sie ansonsten bei einem fallenden HEL-Preisindex nicht davon hätte profitieren können. Ihr seien auch sämtliche Vorteile und Risiken einer Preisbindung an den HEL-Preisindex bei Vertragsschluss bekannt gewesen. Es komme hinzu, dass die Beklagte mit der Preisbindung an den vereinbarten HEL-Preisindex ihre eigene Bezugssituation und die an die Streitverkündete zu zahlenden Bezugskosten, die sie mit einer Marge an die Klägerin weitergegeben habe, habe erfüllen müssen. Die Klägerin habe bis zum Ende der Vertragslaufzeit die Abrechnung auf der Grundlage der in § 4 Ziffer 1 des Gaslieferungsvertrages vereinbarten Preisregelung akzeptiert. Erst nach der Verkündung des Urteils des Bundesgerichtshofes vom 24.03.2010 habe die Klägerin die Unwirksamkeit der Preisregelung beanstandet und Rückzahlungsansprüche geltend gemacht. Das Landgericht habe zudem in der angefochtenen Entscheidung nicht berücksichtigt, dass in den Monaten April bis Dezember 2007 der nach der Arbeitsformel nach § 4 Ziffer 1 des Gaslieferungsvertrages ermittelte Gaspreis unter dem Gaspreis gelegen habe, der zu Beginn der Vertragslaufzeit nach der Arbeitspreisformel festgelegt worden sei. Die von dem erstinstanzlichen Gericht zitierte Entscheidung des BGH (NJW 1998, 594) sei auf die hier vorliegende Fallgestaltung nicht übertragbar. Anders als bei dem von dem BGH entschiedenen Fall berufe sich die Beklagte nicht auf ein über dem Gaspreis liegendes Entgelt, sondern sie habe nur die Berücksichtigung eines Vorteils aus der Anwendung der vertraglich vereinbarten

Arbeitsformel verlangt. Das Landgericht habe weiter bei der Zuerkennung des Zinsanspruches verkannt, dass die Klägerin Zinsen erst ab Rechtshängigkeit und nur in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geltend machen könne.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Erfurt vom  
30.03.2012 - Az. 9 O 559/11 - die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil als richtig. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Berufungserwiderung verwiesen.

## II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Klägerin gemäß § 812 Absatz 1, Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vergütung für geliefertes Gas in der zuerkannten Höhe zusteht.

Die unter § 4 Ziffer 1 b) in dem Gaslieferungsvertrag vereinbarte Preisänderungsbestimmung ist unwirksam.

1. Bei den vertraglichen Regelungen handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen der Beklagten, die diese gegenüber ihren Sonderkunden verwendet.

a) Vertragsbedingungen i.S.v. § 305 BGB liegen dann vor, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der Beklagten als Verwenderin gestellt worden sind, ohne dass sie von den Parteien individuell ausgehandelt worden sind. Eine Vertragsbedingung ist für eine Vielzahl von Verträgen bereits dann vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist (vgl. BGH NJW 2004, 1454; BGH NJW 2002, 138). Dafür ist auch eine von dem Verwender beabsichtigte und auch erfolgte dreimalige Verwendung ausreichend (vgl. BGH NJW 2002, 138). Eine nicht auf Einzelfälle beschränkte generelle Verwendung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Kreis der in Betracht kommenden Vertragspartner

von vornherein feststeht. Dem Wortlaut des § 305 Abs. 1 BGB lässt sich eine einschränkende Auslegung nicht entnehmen, es müsse eine Verwendung gegenüber verschiedenen Vertragspartnern vorliegen. Er spricht im Zusammenhang der Vorformulierung nicht vom Vertragspartner des Verwenders, sondern von einer Vielzahl von Verträgen. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift belegt dieses Verständnis. Bereits der Entwurf eines Gesetzes über Allgemeine Geschäftsbedingungen (GAGB, BT-Drucks. 7/3200) handelt von einer "Vielzahl von Rechtsgeschäften".

b) Der Vertrag entspricht dem ersten Anschein nach einem Formularvertrag. Für das Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen spricht, dass der Vertrag erkennbar auf einem Muster beruht (vgl. BGH NJW 2002, 138; BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 - VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229, 238). Für die Anwendung der nach §§ 305 ff. BGB erforderlichen einseitigen Gestaltungsmacht des Verwenders ist es ein hinreichendes Indiz, wenn er in drei von ihm in Aussicht genommenen Verträgen seine vorformulierten Bedingungen zugrunde zu legen beabsichtigt (vgl. BGH NJW 2002, 138; BGH NJW 1998, 2286, 2287). Dies ist vorliegend der Fall. Die hier im Streit stehende Preisänderungsklausel war bereits Gegenstand eines Rechtsstreits vor dem Landgericht Erfurt (Az. 10 O 217/08). Die dortige Preisänderungsklausel unterschied sich von der hier streitigen Klausel nur dadurch, dass der Brennwertfaktor i.H.v. 0,0092 auf 0,0913 reduziert war und sie einen Abschlag von 0,60 Cent je kWh anstelle eines Zuschlages von 1,534 Cent enthielt. Diese Abweichungen führen zwar für die Klägerin zu einem etwas günstigeren (Ausgangs-) Arbeitspreis. Der Mechanismus der Formel ist indes der gleiche. Dies kann einen Anschein für eine mehrfache Verwendung begründen. Der Beklagtenvertreter hat zudem in der mündlichen Verhandlung des Senats am 06.06.2013 vorgetragen, dass die Beklagte bei einer Anzahl von mehr als drei Gaslieferungskunden Preisanpassungsklausel mit dem Inhalt verwendet habe, dass die Berechnung von  $0,0913 \times \text{HEL}$  als Teil der Anpassungsformel verwendet worden sei, jedoch sich die Zu- und Abschläge in den einzelnen Verträgen unterschieden. Dies belegt, dass die Beklagte den Mechanismus der Preisanpassungsklausel bei einer Vielzahl von Verträgen verwendet und damit vorformuliert hat.

c) Das Landgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, dass die im Streit stehende Preisänderungsklausel (§ 4 Ziffer 1 b) nicht individuell ausgehandelt ist. Aus den in den Anlagen B 1 und B 2 vorgelegten Schreiben wurde über diese Klausel nicht verhandelt. Sämtliche Verhandlungen bezogen sich nur auf die Vereinbarung des Arbeitspreises und damit auf die eigentliche Preisgestaltung selbst. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts verwiesen werden, die nicht zu beanstanden sind. Die Vertragsbedingungen unterliegen deshalb nach Maßgabe der §§ 307 ff. BGB einer Inhaltskontrolle.

2. Die beanstandete Vertragsklausel hält der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand, da sie eine unzulässige Preisänderungsklausel ist.

Einer Inhaltskontrolle, §§ 307 Abs. 1, Abs. 2, 308, 309 BGB, sind solche Allgemeine Geschäftsbedingungen unterworfen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden, § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB. Die hier im Streit stehende Preisänderungsklausel ist eine solche Allgemeine Geschäftsbedingung und keine - der Inhaltskontrolle entzogene - Preisbestimmung.

a) Die Vertragsparteien können nach dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei regeln. So 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 (vgl. BGH NJW 2010, 2793; BGHZ 185, 96; BGHZ 93, 358, 360 f.; BGHZ 143, 128, 139 f.; BGHZ 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 Preisreglung, die bei Unwirksamkeit der vertraglichen Abrede gemäß § 306 Abs. 2 BGB an deren Stelle treten könnte (vgl. BGHZ 185, 96; BGHZ 106, 42, 46; BGHZ 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 (vgl. BGHZ 93, 358, 362; BGHZ 143, 128, 139 f.; BGHZ 146, 331, 338 f.). Denn auch die vertragliche Festlegung preisbildender Faktoren gehört zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung (vgl. BGHZ 185, 96; BGHZ 143, 128, 140; BGHZ 146, 331, 338 f.).

b) 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 (vgl. BGHZ 185, 96; BGHZ 124, 254, 256; BGHZ 143, 128, 139; BGHZ 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 - wie hier - eine automatische Preisanpassung zur Folge haben (de Wyl/Essig in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft (2008), § 11 Rdnr. 330). 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.).

c) Für die Bewertung ist ohne Belang, ob eine Vertragsbestimmung dem Verwender das Recht zu einseitiger Preisänderung einräumt oder ob sie - wie hier - eine automatische Preisanpassung zur Folge hat (vgl. BGH VIII ZR 178/08 Rz. 20.). Entscheidend ist, ob die Preisabsprache aus der maßgeblichen Sicht des Kunden eine Preisvereinbarung im Sinne eines von vornherein für die Vertragsdauer variablen Preises bedeutet, oder ob ein bei Vertragsschluss vereinbarter Vertragspreis im Laufe der Vertragsdauer der Anpassung unterliegen soll. Maßgeblich ist deshalb, ob die in § 4 Ziffer 1 a) des Vertrages getroffene Bestimmung als Vereinbarung eines variablen Preises oder als Vereinbarung eines Preises mit Anpassungsmöglichkeit erscheint. Gegen die Vereinbarung eines variablen Arbeitspreises spricht bereits, dass zwischen dem Arbeitspreis und der Gaspreisänderung in § 4 Ziffer 1 a) und b) unterschieden wird. Denn wenn die Beklagte mit der Klägerin einen - der Heizölformel folgenden - variablen Preis hätte vereinbaren wollen, wäre die Nennung eines Arbeitspreises in § 4 Ziffer 1 a) überflüssig gewesen. Daran ändert auch nichts, dass der in § 4 Ziffer 1 a) des Vertrags vereinbarte Arbeitspreis nach der Heizölformel zu ermitteln ist.

d) Dass die Parteien - jedenfalls aus der maßgeblichen Sicht der Klägerin - nicht einen von vornherein variablen Preis vereinbart haben, spricht der weitere Inhalt der Vereinbarung. Denn dort sind Regelungen für den Fall getroffen, dass sich der Anpassungsmaßstab nicht mehr verifizieren lässt oder die Preisbildung auf dem Erdgasmarkt nicht mehr zutreffend widerspiegelt. Diese Regelungen zeigen, dass es der Beklagten für die Klägerin erkennbar nicht darum ging, einen von vornherein variablen Preis zu vereinbaren, sondern dass ein Maßstab für Preisänderungen vereinbart werden sollte. Das aber läuft gerade darauf hinaus, dispositives Recht, durch das Preisanpassungen bei Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses unter Umständen möglich wären, durch eine Parteivereinbarung zu ersetzen.

e) Bei dem in § 4 Ziffer 1 a) vereinbarten Arbeitspreis handelt es sich aus der maßgeblichen Sicht der Kunden der Beklagten um die eigentliche Preisabrede, die nicht durch dispositives Recht ersetzt werden kann. Mangels jeglichen Hinweises auf mögliche Preisänderungen beinhaltet sie nicht zugleich die Abrede, dass der Arbeitspreis variabel sein soll. Das ergibt sich vielmehr erst aus der von der Klägerin beanstandeten Vereinbarung unter § 4 Ziffer 1 b), in der darauf hingewiesen wird, dass sich der Preis für leichtes Heizöl aus den monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes ergibt. Soweit sich diesen Bedingungen entnehmen lässt, dass auch der bei Vertragsschluss vereinbarte Preis nach derselben Formel berechnet worden ist, wie sie für periodische Preisänderungen maßgeblich sein soll, stellt dies - aus der Sicht der Kunden der Beklagten - nicht mehr als die Offenlegung der Kalkulationsgrundlage für den bei Vertragsschluss verlangten Preis dar, ohne dass diese dadurch Bestandteil der eigentlichen Preisabrede würde. Die Preisänderungsklausel ist daher nicht, wie die Beklagte meint, eine der Inhaltskontrolle entzogene Preisbestimmung.

3. Die Klausel benachteiligt die Klägerin i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessen.

a) Dazu kann zunächst auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes –(Urteile vom 24.03.2010, VIII ZR 178/08 und VIII ZR 304/08 - ) der der Senat folgt, verwiesen werden. Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ergibt sich folgendes:

aa) Die Pole, die für die Frage einer unangemessenen Benachteiligung von Bedeutung sind, sind auf Seiten des Kunden dessen Interesse, vor Preisanpassungen geschützt zu werden, die über die Wahrung des ursprünglichen Äquivalenzinteresses hinaus gehen, und auf Seiten des Verwenders dessen Interesse, seine Preise den aktuellen Kosten- oder Preisentwicklungen anzupassen. Die Wirksamkeit der von der Beklagten verwendeten Preisänderungsklausel scheitert daran, dass sie kein schutzwürdiges Interesse für deren Verwendung vorweisen kann. Aus der an anderer Stelle des Vertrages getroffenen Regelung für die Weitergabe verschiedener Kostenelemente und aus der Grundlage für die Bindung von Preisänderungen an den Ölpreis, nämlich, dass die Parteien davon ausgingen, dass die an den Ölpreis geknüpfte Preisänderungsklausel die Preisentwicklung auf dem Erdgassektor zutreffend widerspiegelt, ergibt sich, dass die Preisänderungsklausel unabhängig von der Kostenentwicklung die Erhaltung einer bestimmten Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung bezweckt.

bb) Dieses Ziel - Marktpreisanpassung - kann mit der Klausel nicht erreicht werden, weil es auf dem Markt für die Lieferung von Gas an Endverbraucher an einem wirksamen Wettbewerb fehlt und die in der Praxis häufig verwendete Bindung an den Heizölpreis dazu dient, überhaupt einen variablen Preis für Gas herauszubilden. Als schützenswertes Interesse der Beklagten bleibt - wie in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen -

nur deren Bedürfnis, Kostensteigerungen in adäquater Weise an die Klägerin weiter zu geben. Eine unangemessene Benachteiligung des Kunden ergibt sich mithin dann, wenn die Klausel es ermöglicht, nicht nur Kostensteigerungen weiterzugeben und damit eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern den Preis zu erhöhen, obwohl die Steigerung bei einem Kostenfaktor durch ggf. rückläufige Kosten in anderen Bereichen aufgefangen werden kann. Das ist bei der hier in Rede stehenden Preisänderungsklausel der Fall, was von der Beklagten auch nicht in Abrede gestellt wird. Dabei ist es ohne Belang, dass die Bezugspreise der Beklagten dem Heizölpreis folgen, weil sie mit ihren Lieferanten eine ähnliche Preisabrede getroffen hat. Denn die Bezugspreise stellen nicht den einzigen Kostenfaktor für die Beklagte dar.

b) An der unangemessenen Benachteiligung durch die Eröffnung der Möglichkeit, nicht nur Kostensteigerungen weiterzugeben, sondern den Preis auch dann zu erhöhen, wenn Kostensteigerungen in einem Bereich ggf. durch Kostenersparnisse in anderen Bereichen ausgeglichen werden, ändert es nichts, dass die Klägerin Unternehmerin ist. Das Äquivalenzvertrauen eines Unternehmers ist in gleicher Weise schutzwürdig, wie das eines Verbrauchers. Dafür, dass die Klägerin den Effekt der Klausel, unter Umständen verdeckte Gewinnerhöhungen für die Beklagte zu ermöglichen, kraft eines einem Verbraucher überlegenen Unternehmerwissens gesehen hätte oder hätte sehen müssen, ist nichts ersichtlich. Die unangemessene Benachteiligung der Klägerin dadurch, dass die Klausel der Beklagten eine Anpassung des Preises unabhängig von sonstigen Kostenfaktoren erlaubt, wird nicht dadurch kompensiert, dass die Parteien für den Fall, dass der Heizölpreis die Entwicklung des Gaspreises nicht widerspiegelt, eine Anpassung vereinbart haben. Denn durch diese Regelung wird das, was die Unangemessenheit der Preisänderungsklausel ausmacht, nämlich, dass sie Preissteigerungen unabhängig von der Kostenstruktur der Beklagten erlaubt, nicht erfasst. Was eine Anpassung an den Marktpreis angeht, bietet die Klausel deshalb keine Kompensation, weil es an einem wirksamen Markt, auf dem der Preis nach Angebot und Nachfrage gebildet wird, fehlt.

c) Der Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr ergibt sich aus § 307 BGB, da nach § 310 Abs. 1 die konkreten Klauselverbote der §§ 308, 309 BGB keine Anwendung auf Verträge mit Unternehmern finden. Materiell ist eine Klausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Bei der Inhaltskontrolle ist für die Überprüfung der Wirksamkeit der Klausel von der kundenfeindlichsten Auslegung auszugehen. Außerdem kann nicht per se von der Geschäftstüchtigkeit eines Unternehmers ausgegangen werden, sondern entscheidend ist nach dem Bundesgerichtshof (vgl. BGH NJW 2005, 2006) der jeweilige Einzelfall. Bei der hier relevanten Klausel - es geht um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung - ist davon auszugehen, dass das

Äquivalenzvertrauen eines Unternehmers in gleicher Weise schützenswert ist, wie das eines Verbrauchers (vgl. OLG Hamm Urt.v.28.10.2010 - Az. 2 U 60/10 -, Ebinghaus/Schroeder Ölpreisbindung in Gaslieferungsverträgen zwischen Unternehmen RdE 2012, 228). Demnach ist davon auszugehen, dass die Verwendung einer Preisänderungsklausel eine unterschiedliche Bewertung im Rahmen von § 307 BGB nicht erforderlich macht. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 185, 96; BGH NJW 2010, 2793) stellt im Rahmen der materiellen Kostenkontrolle von Klauseln maßgeblich darauf ab, ob mit der Ölpreisbindung für Gasunternehmen die Chance verdeckter Gewinnausschüttung eröffnet wird. Es geht also um die Möglichkeit einer nicht gerechtfertigten Gewinnerzielung durch die Koppelung an den Ölpreis. Eine Ölpreisbindungsklausel ist demnach unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seiner Kunden durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen. Eine ungerechte Gewinnerzielung kann gegenüber einem Unternehmer nicht als weniger missbräuchlich angesehen werden, als gegenüber einem Verbraucher.

4. An die Stelle der unwirksamen Preisanpassungsklausel kann im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung auch keine anderweitige wirksame Bestimmung gesetzt werden.

a) Sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam, so bleibt der Vertrag grundsätzlich nach § 306 Abs. 1 BGB im Übrigen wirksam und sein Inhalt richtet sich gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften. Dazu zählen auch die Bestimmungen der §§ 157, 133 BGB über die ergänzende Vertragsauslegung (vgl. BGHZ 186, 180; BGHZ 90, 69, 75 zu der Vorgängerregelung in § 6 Abs. 2 AGBG). Da die von den Parteien vereinbarte Preisänderungsklausel der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht standhält, ist in dem Vertrag der Parteien eine Lücke eingetreten (vgl. BGH MDR 2013, 322 m.w.N.). An die Stelle der unwirksamen - den Vertragspartner des Klauselverwenders im Sinne des § 307 BGB unangemessen benachteiligenden - Preisänderungsklausel kann im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung indes keine (wirksame) Bestimmung gleichen Inhalts gesetzt werden. Der Bundesgerichtshof (vgl. BGH Urteil vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, aaO Rn. 24) hat in den bereits entschiedenen Fällen die wegen der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklauseln lückenhaften Verträge nicht um eine Preisanpassungsregelung mit abweichendem - angemessenem - Inhalt ergänzt, sondern unter Zugrundelegung des vollständigen Wegfalls der unangemessenen Preisanpassungsklauseln darauf abgestellt, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der verwendeten Preisänderungsklausel jedenfalls unsicher war. Der Bundesgerichtshof hat bei dem gewonnenen Ergebnis der ergänzenden

Vertragsauslegung den Inhalt der unangemessenen Preisanpassungsklauseln und deren Unwirksamkeit unberührt gelassen und lediglich den Vertragsinhalt auf der Rechtsfolgenseite um eine Regelung ergänzt, die gerade deswegen erforderlich ist, weil das unangemessen ausgestaltete einseitige Preisanpassungsrecht vollständig entfällt und dadurch im Vertragsgefüge eine Lücke entsteht, die zu einem nach dem ursprünglichen Regelungsplan der Parteien untragbaren Ergebnis führen würde.

b) Nach der vom Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfG, NJW 2011, 1339, 1341) gebilligten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet die ergänzende Vertragsauslegung allerdings nicht in jedem Fall einer unwirksamen Preisanpassungsklausel in einem Energielieferungsvertrag, sondern nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen Anwendung. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trägt, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt (vgl. BGH Urteil vom 14. Juli 2010 - VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180 Rn. 50 mwN; BGHZ 90, 69, 77 f.; BGHZ 137, 153, 157; BGHZ 186, 180). Diese Voraussetzungen hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, MDR 2013, 322, Rn. 22 mwN) in einer Reihe von Fällen verneint, die dadurch gekennzeichnet waren, dass das Energieversorgungsunternehmen es selbst in der Hand hatte, einer nach Widerspruch oder Vorbehaltzahlung des Kunden zukünftig drohenden unbefriedigenden Erlössituation durch Ausübung des ihm vertraglich eingeräumten Kündigungsrechts in zumutbarer Weise zu begegnen.

Der Bundesgerichtshof (vgl. BGH Urteil vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, aaO Rn. 23) hat - unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des Einzelfalls - eine nicht mehr hinnehmbare Störung des Vertragsgefüges hingegen dann angenommen, wenn es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurück liegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. In diesen Fällen hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH Urteil vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, aaO) die vertraglich vorgesehene, nur in die Zukunft wirkende Kündigungsmöglichkeit des Energieversorgungsunternehmens nicht mehr als ausreichend angesehen, die Regelungslücke im Vertrag in einer für beide Seiten zumutbaren Weise zu schließen. Vielmehr hat er in solchen Fällen es für notwendig erachtet, im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung eine die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigenden Regelung zu finden, um das von dem Europäischen Gerichtshof (vgl. EuGH, Urteile vom 15. März 2012 - Rs. C-453/10; vom 14. Juni 2012 - Rs. C-618/10) verfolgte Ziel,

Ausgewogenheit zwischen den Parteien herzustellen, zu gewährleisten. Dazu hat der Bundesgerichtshof (vgl. BGH Urteil vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, aaO; BGH VIII ZR 113/11, Rn. 21 ff., BGH VIII ZR 93/11, Rn. 26 ff.; jeweils m.w.N.) die Wirksamkeit des Vertrages im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung in seiner Gesamtheit aufrechtzuerhalten und die Lücke im Vertrag im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB in der Weise geschlossen, dass der Kunde die Unwirksamkeit derjenigen Preiserhöhungen, die zu einem den vereinbarten Anfangspreis übersteigenden Preis führen, nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat. Ohne die von dem Bundesgerichtshof vorgenommene ergänzende Vertragsauslegung in derartig gelagerten Fällen könnte sich der Energieversorger - auch in Ansehung seiner verfassungsrechtlich geschützten Berufsfreiheit (vgl. BVerfG, NJW 2011, 1339, 1341) - darauf berufen, dass die Versorgung des Kunden zu dem Ausgangspreis für ihn eine unzumutbare Härte darstelle, wenn der bei dem lange Zeit zurückliegenden Vertragsabschluss vereinbarte Preis seit vielen Jahren nicht mehr kostendeckend ist. Dies hätte gemäß § 306 Abs. 3 BGB die Unwirksamkeit des Liefervertrages zur Folge, so dass das Vertragsverhältnis für die Vergangenheit nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln wäre. Hierbei wäre die materielle Ausgewogenheit der beiderseitigen Leistungen indes nicht in dem gleichen Maße sichergestellt wie bei der ergänzenden Vertragsauslegung.

c) Die Lücke in dem Vertrag führt vorliegend nicht zu dem Ergebnis, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung getragen und das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschoben wird. Eine Verschiebung des Vertragsgefüge ergibt sich nicht daraus, dass es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt und die Klägerin als betroffene Kundin den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. Sie hat vielmehr innerhalb der von dem Bundesgerichtshof geforderten Frist von 3 Jahren die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel durch Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 14.12.2010 (Anlage K 3) gerügt. Dass die Beklagte während der vereinbarten Laufzeit des Gaslieferungsvertrags an den vertraglich vereinbarten Preis gebunden bleibt, führt ebenfalls nicht zu einem unzumutbaren Ergebnis, da es sich nicht um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt (vgl. BGHZ 186, 180; BGHZ 176, 244, Tz. 33; 179, 186, Tz. 26). Der Bundesgerichtshof hat in den zitierten Entscheidungen (BGH NJW 2010, 993; BGH NJW-RR 2010, 1202) ausgesprochen, dass es an einer ausfüllungsbedürftigen Lücke fehlt, wenn sich der Versorger in absehbarer Zeit vom geschlossenen Vertrag lösen könne. Er hat in einem Fall, in dem ein Kunde eines Versorgungsunternehmens das Rechtzustand,

sich jeweils mit einer Kündigungsfrist von einem Monat zum Ablauf der Mindestvertragslaufzeit von sechs Monaten und sodann zum Ablauf der um je einen Monat verlängerten Vertragslaufzeit vom Vertrag zu lösen, es als vertretbar angesehen, die Vertragsparteien auf ihr Kündigungsrecht zu verweisen (vgl. BGHZ 186, 180). So liegt die Sache hier auch. Nach § 12 war der Vertrag auf zwei Jahre befristet (19.09.2006 bis 1.10.2008) und verlängerte sich automatisch um ein Jahr, wenn er nicht mit einer Frist von 3 Monaten zum Laufzeitende gekündigt wird. Da der Vertrag damit innerhalb einer noch hinnehmbaren Zeit gekündigt werden konnte, ergibt sich eine Verschiebung des Vertragsgefüges auch nicht aus einer langjährigen Bindung der Beklagten an den Gaslieferungsvertrag.

5. Dem Bereicherungsanspruch der Klägerin steht nicht die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB entgegen.

a) Ist eine Preisanpassungsklausel unwirksam, so fehlt die vertragsrechtliche Grundlage für die Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB. Hat das Versorgungsunternehmen eine Preiserhöhung auf der Grundlage einer Preisanpassungsklausel vorgenommen, die unwirksam ist, hat der Kunde den daraus resultierenden Mehrbetrag ohne Rechtsgrund bezahlt. Damit steht ihm ein Anspruch nach § 812 Absatz 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) gegen das Versorgungsunternehmen zu. In der Zahlung der abgerechneten Beträge bzw. in dem Weiterbezug von Gas nach Ankündigung der Preiserhöhungen liegt auch keine konkludente Zustimmung der Klägerin zur Erhöhung der Gaspreise (vgl. BGH NJW 2012, 1865 Rn. 16 ff.; BGH ZNER 2012, 265 Rn. 22 f.; BGH NJW 2011, 1342; BGHZ 186, 180 Rn. 57 ff.). Die Klägerin hat daher einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der aufgrund der unwirksamen Gaspreiserhöhungen gezahlten Erhöhungsbeträge. Soweit die Beklagte in Anwendung der vorstehenden Grundsätze ein Rückzahlungsanspruch zusteht, ist die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der an sie gezahlten Erhöhungsbeträge nicht gemäß § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Denn sie trägt insoweit das Kalkulations- und das Kostensteigerungsrisiko.

b) Die Frage, inwieweit der Bereicherungsschuldner Aufwendungen, die ihm im Zusammenhang mit der Erlangung des Bereicherungsgegenstandes entstanden sind, bereicherungsmindernd geltend machen kann, kann nicht für alle Fälle einheitlich beantwortet werden (vgl. BGH Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88, BGHZ 109, 139, 145). Es ist im Einzelfall zu prüfen, inwieweit das (jeweilige) Entreicherungsrisiko gemäß § 818 Abs. 3 BGB der einen oder der anderen Partei zuzuweisen ist (vgl. BGH Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88, aaO; BGH, Urteile vom 6. Dezember 1991 - V ZR 311/89, BGHZ 116, 251, 256; vom 26. September 1995 - XI ZR 159/94, NJW 1995, 3315

unter II 2 c; vom 11. Juni 2010 - V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rn. 21). Im vorliegenden Fall trägt dieses Risiko die Beklagte als Energieversorger. Das dispositive Recht geht grundsätzlich von einer bindenden Preisvereinbarung der Parteien aus (vgl. BGH Urteile vom 16. Januar 1985 - VIII ZR 153/83, BGHZ 93, 252, 255; vom 12. Juli 1989 - VIII ZR 297/88, NJW 1990, 115 unter II 2 a; BGH, Urteil vom 19. November 2002 - X ZR 243/01, NJW 2003, 507 unter II 2 a). Es ist die Sache des Verkäufers, wie er den Preis kalkuliert. Dabei trägt er das Risiko einer auskömmlichen Kalkulation und auch das Risiko, dass sich die verwendete Berechnungsgrundlage als unzutreffend erweist (vgl. BGH, Urteile vom 10. September 2009 - VII ZR 82/08, BGHZ 182, 218 Rn. 25 mwN; vom 7. Juli 1998 - X ZR 17/97, BGHZ 139, 177, 180 f.; vom 20. Mai 1985 - VII ZR 198/84, BGHZ 94, 335, 339; MünchKommBGB/Finkenauer, BGB, 6. Aufl., § 313 Rn. 207 f.; Erman/Hohloch, BGB, 13. Aufl., § 313 BGB Rn. 68). Zwar können die Parteien durch Preisanpassungsklauseln eine andere Risikoverteilung vereinbaren. Ist die verwendete Preisanpassungsklausel jedoch - wie hier - unwirksam, verbleiben das Kalkulations- und damit auch das Kostensteigerungsrisiko beim Verkäufer, soweit die im Vertrag entstandene Lücke nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen ist (vgl. Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 105/88, aaO).

6. Der mit der Klage geltend gemachte Bereicherungsanspruch steht der Klägerin auch in der zuerkannten Höhe zu.

Sie macht mit ihrer Klage einen Bereicherungsanspruch für den Zeitraum vom Januar 2007 bis September 2008 geltend, mit dem sie die Differenz von dem ursprünglich vereinbarten Arbeitspreis und den jeweiligen Preisanpassungen geltend macht. Aus der auf Bl. 27, 28 d.A. enthaltenen Aufstellung ergibt sich, dass die Klägerin aufgrund der Preisanpassungen für die Monate April bis Dezember 2007 weniger gezahlt hat, als sie nach dem in dem Gaslieferungsvertrag vereinbarten Arbeitspreis hätte zahlen müssen. Daraus will die Berufung herleiten, dass diese Ersparnisse gegen zu rechnen sind. Das Landgericht hat dies im Hinblick auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (vgl. BauR 1998, 357) zu Recht verneint, wonach sich der Verwender auf die Unwirksamkeit seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht berufen kann. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen, die nicht zu beanstanden sind.

7. Die Rückzahlungsansprüche der Klägerin sind nicht verjährt.

Wie der Bundesgerichtshof (NJW 2012, 2647 Rn. 9 ff.) entschieden hat, entsteht ein Rückforderungsanspruch nicht bereits mit der Leistung der einzelnen Abschlagszahlungen, sondern erst mit der Erteilung der Jahresabrechnung, so dass erst ab diesem Zeitpunkt die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB für die Rückzahlungsansprüche aus § 812



Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt. Die Beklagte hat ausweislich des Schreibens vom 17.12.2010 (Anlage K 4) auf die Einrede der Verjährung bis zum 30.04.2012 verzichtet. Die Klage ist am 27.4.2012 bei dem Landgericht anhängig gemacht worden.

Die zuerkannten Zinsen beruhen auf §§ 288 Abs. 2, 286 Abs. 2 BGB.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da keine Revisionszulassungsgründe i.S.v. § 543 Abs. 2 ZPO ersichtlich sind.

Dr. Schwerdtfeger  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Hütte  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Dr. Brenneisen  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 18.07.2013

---

Urkundsbeamter der Geschäftsstelle