

# Oberlandesgericht Bamberg

Az.: [8 U 44/12](#)  
13 O 42/11 LG Hof

## IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

gegen

wegen Forderung

erlässt das [Oberlandesgericht Bamberg](#) -8. Zivilsenat- durch den Vorsitzenden [Richter am Oberlandesgericht](#) xxx, den [Richter am Oberlandesgericht](#) xxx und den [Richter am Oberlandesgericht](#) xxx auf Grund der mündlichen Verhandlung vom [07.11.2012](#) folgendes

## Urteil

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Landgerichts Hof vom 08.03.2012 wird zurückgewiesen.
2. Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache im Hinblick auf den unter Nr. 2. des Tenors des Urteils des Landgerichts Hof vom 08.03.2012 zuerkannten Feststellungsantrag der Beklagten übereinstimmend für erledigt erklärt.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Dieses Urteil und das in Nr. 1. genannte Urteil des Landgerichts Hof sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung i.H.v. 110 % des aufgrund des jeweiligen Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor Vollstreckung Sicherheit i.H.v. 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin bezieht von der Beklagten, einem kommunalen Versorgungsunternehmen, auf der Grundlage eines Sondervertrages leitungsgebunden Gas. Hierfür zahlen sie ein Entgelt, das sich aus einem Jahresleistungspreis und einem Arbeitspreis zusammensetzt.

Grundlage der Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien ist der unter dem Datum 06.05./19.05.1992 abgeschlossene Vertrag über die Lieferung von Erdgas (Anlage K 1).

Unter Nr. 5 "Gaspreis, Abrechnung, Preisänderung" ist die Vergütung geregelt.

In Nr. 5.2 ist der Arbeitspreis mit 2,850 Pf. je kWh bezeichnet.

Nr. 5.3 enthält folgende Klausel:

*"5.3 Die Gaspreise nach den Ziffern 5.1 und 5.2 entsprechen dem Stand 01.10.1991. Sie ändern sich nach Maßgabe der Preisänderungsbestimmungen gemäß Anlage 1 zu diesem Vertrag."*

Die Anlage 1 enthält zum Arbeitspreis unter Nr. 2. a) folgende Regelung:

*"2. a) Der Arbeitspreis beträgt  $2,85 + 0,0913 \times (HEL - 46,27 \text{ Pf./kWh, Ho})$ .*

*In vorstehender Preisformel bedeutet: - HEL = Preis in DM/hl für extraleichtes Heizöl, gemäß Ziffer 2. b) und 3. a)".*

Zu keinem Zeitpunkt wurde der unter Nr. 5.2 des Sondervertrages vom 06.05./19.05.1992 vereinbarte Arbeitspreis (2.85 Pf./kWh) im Verhältnis der Parteien abgerechnet. Vielmehr zahlte die Klägerin einen nach der Klausel in Anlage 1, Nr. 2 a) errechneten Preis in Höhe von 2.667 Pf./kWh.

Im Jahr 1994 kam es zu Verhandlungen zwischen den Parteien über einen Sondervertrag, der den ursprünglichen Vertrag aus dem Jahr 1992 ablösen sollte. Hierbei wünschte die Klägerin eine Bindung des Arbeitspreises an den Heizölpreis. Dem wurde im Sondervertrag vom 13.12.1994/23.01.1995 Rechnung getragen (Anlage B 23).

Im Mai 2006 hoben die Parteien diesen Vertrag einvernehmlich auf und vereinbarten, dass rückwirkend zum 01.01.1996 der ursprüngliche Vertrag aus dem Jahr 1992 wieder in Kraft treten solle.

Ende 2006/Anfang 2007 verhandelten die Parteien erneut über den Gaspreis. Sie einigten sich schließlich darauf, dass Nr. 3. a) der Anlage 1 des Vertrages von 1992 mit Wirkung ab 01.04.2007 dahin abgeändert werden solle, dass statt der halbjährlichen Anpassung nunmehr

eine vierteljährliche Anpassung des Arbeitspreises auf der Grundlage der Preise für leichtes Heizöl gemäß Nr. 2. b) der ursprünglichen Anlage 1 erfolgen sollte (Vereinbarung vom 20./30.04.2007, Anlage B 17).

Mit Anwaltsschreiben vom 02.12.2010 forderte die Klägerin von der Beklagten für den Zeitraum ab 01.01.2007 Rückerstattung von 706.928,71 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer mit der Begründung, dass die von der Beklagten vorgenommenen Gaspreiserhöhungen unwirksam seien (Anlage K 3).

Mit der Klage machte die Klägerin Erstattungsansprüche für das Kalenderjahr 2007 geltend.

Die Klägerin hält die Preiserhöhungsklausel gemäß Nr. 2. a) der Anlage 1 zum Vertrag vom 06.05./19.05.1992 für unwirksam. Die Beklagte dürfe daher nur den bei Vertragsschluss vereinbarten Arbeitspreis in Höhe von 2,85 Pf./ kWh (= 1,457 ct/ kWh) abrechnen.

Bei der Anpassungsklausel handle es sich um eine allgemeine, nicht individuell ausgehandelte und von der Beklagten gestellte allgemeine Geschäftsbedingung.

Es handle sich nicht um eine Preishauptabrede, sondern um eine Preisnebenabrede, die einer Inhaltskontrolle unterliege. Eine solche Preisanpassungsklausel, die eine unzulässige Gewinnsteigerung erlaube, sei auch im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen als unangemessene Benachteiligung des anderen Teils unwirksam.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 141.929,65 Euro mit Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.12.2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Mit einem am 19.08.2011 eingegangenen und der Klägerin am 22.08.2011 zugestellten Schriftsatz hat die Beklagte im Wege der Widerklage beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass der Klägerin gegen die Beklagte aus den Gaslieferungen der Beklagten an die Klägerin auf der Grundlage des zwischen den Parteien am 06./19.05.1992 geschlossenen Sondervertrages und dessen Nachträgen 1 und 2 für die Zeit vom 01.01.2008 bis 31.10.2010 keine Rückzahlungsansprüche in Höhe von 672.348,87 Euro zustehen, auch nicht für das Jahr 2007 in Höhe von 19 % Umsatzsteuer aus 141.929,65 Euro, also 26.966,63 Euro.

2. Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte einen Betrag zu bezahlen in Höhe von 6.555,50 Euro für vorgerichtliche Anwaltskosten der Beklagten, zuzüglich 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit.

Die Klägerin hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat in erster Instanz im Wesentlichen vorgetragen:

Bei der Preisanpassungsklausel handle es sich um eine Individualabrede. Bei der Vereinbarung unter Nr. 2. a) der Anlage 1 des ursprünglichen Vertrages aus dem Jahr 1992 handle es sich nicht um eine Preisnebenabrede, sondern um die Preishauptabrede, die keiner Inhaltskontrolle unterliege. Selbst wenn aber eine allgemeine Geschäftsbedingung vorliege und diese einer Inhaltskontrolle unterliege, so sei die Klausel im Verhältnis zwischen Unternehmern dennoch wirksam.

Die Klägerin habe im Übrigen das Recht zur Rückforderung eventuell überzahlter Gaspreise verwirkt.

Die Klägerin sei auch verpflichtet, die ihr, der Beklagten, entstandenen Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, weil sie bei entsprechender Sorgfalt hätte erkennen können, dass die Beklagte zu Unrecht in Anspruch genommen werde.

Zur Widerklage hat die Klägerin erstinstanzlich ergänzend vorgetragen, dass jedenfalls ein Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nicht gegeben sei, weil die Rechtsauffassung der Klägerin zumindest vertretbar gewesen sei, so dass ein schuldhaftes, pflichtwidriges Verhalten nicht vorliege.

Die Klägerin hat ihren Klageantrag mit Schriftsatz vom 18.10.2011, eingegangen beim Landgericht Hof am 19.11.2011, mit folgendem Antrag erweitert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 841.245,60 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 11.12.2010 zu zahlen.

Dieser Antrag erstreckt sich auf den Zeitraum von Januar 2007 bis Oktober 2010 und umfasst die Mehrwertsteuer (134.316,45 Euro). Eine Zustellung des Klageerweiterungsantrags ist erstinstanzlich nicht erfolgt. Auch wurde der erweiterte Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung nicht gestellt.

Das Landgericht hat die Klage - ohne Beweisaufnahme - durch Endurteil vom 08.03.2012 abgewiesen und der Widerklage - mit Ausnahme der geltend gemachten vorgerichtlichen

Rechtsanwaltskosten - stattgegeben. Hinsichtlich der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten hat das Landgericht die Widerklage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt:

Maßgeblich seien die von den Parteivertretern in der mündlichen Verhandlung vom 02.02.2012 gestellten Anträge. Der Klageerweiterungsantrag aus dem Schriftsatz vom 18.10.2011 sei dagegen weder zugestellt noch in der mündlichen Verhandlung gestellt worden. Eine Zustellung nach Schluss der mündlichen Verhandlung komme nicht in Betracht.

Die Klage sei unbegründet.

Die streitgegenständliche Preisanpassungsklausel gemäß Nr. 2. a) der Anlage 1 zum Vertrag vom 06.05./19.05.1992 sei wirksam. Zwar handle es sich ursprünglich um eine allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten. Auch liege eine Preisanpassungsklausel als Nebenabrede, die der Inhaltskontrolle unterliege, nicht aber eine der Inhaltskontrolle entzogene Preishauptabrede vor. Die Preishauptabrede finde sich unter Nr. 5.2 des Hauptvertrags; diese habe der Formel zur Berechnung der Preisanpassungen als konstanter Parameter zugrunde gelegt werden sollen. Daran ändere auch der Einwand nichts, dass der unter Nr. 5 des Hauptvertrages angegebene Preis nie abgerechnet worden sei.

Die ursprüngliche allgemeine Geschäftsbedingung sei jedoch durch nachträgliche Verhandlungen der Parteien zu einer Individualabrede geworden, die einer Inhaltskontrolle jenseits der - hier fernliegenden - Schwelle der Sittenwidrigkeit entzogen sei.

Die nachträglichen Verhandlungen hätten zu einer am 01.04.2007 in Kraft getretenen Vereinbarung geführt, so dass eine Inhaltskontrolle lediglich für den vorangegangenen Zeitraum vom 01.01. bis 31.03.2007 in Betracht komme.

Auch insoweit sei ein Rückforderungsanspruch jedoch nicht gegeben, da die Klausel einer Inhaltskontrolle standhalte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Wirksamkeit entsprechender Preisanpassungsklauseln und Verbraucherverträgen sei auf Verträge mit Unternehmern nicht übertragbar. Denn für einen durchschnittlichen Verbraucher sei eine Kompensation von Mehrkosten des Energielieferanten nicht erkennbar. Für einen Unternehmer dagegen, der selbst betriebswirtschaftlich tätig sei und insbesondere selbst Preise kalkulieren müsse, lägen derartige Zusammenhänge auf der Hand. Außerdem habe ein Unternehmer als Großkunde im Allgemeinen eine andere Verhandlungsposition im Verhältnis zu den Versorgungsunternehmen als der durchschnittliche Verbraucher. Schließlich könne der Unternehmer Preiserhöhungen seinerseits in seine Kalkulationen einbeziehen und an seine Endkunden weitergeben.

Die Widerklage sei zulässig, weil sich die Klägerin eines Anspruches auf Erstattung überzahlter Gaspreise auch für den Zeitraum vom 01.01.2008 bis 31.12.2010 berühme, so dass ein Feststellungsinteresse für die negative Feststellungsklage gegeben sei.

Die Widerklage sei insoweit auch begründet, wie sich aus den zur Klage gemachten Ausführungen ergebe.

Die Beklagte habe aber keinen Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, weil ein Schadensersatzanspruch voraussetze, dass dem geltend gemachten Anspruch keine irgendwie vertretbare rechtliche Beurteilung zugrunde liege. Dies sei hier nicht der Fall.

Auf das Ersturteil wird im Übrigen in vollem Umfang Bezug genommen.

Mit ihrer Berufung ergänzt die Klägerin zunächst ihren Sachvortrag dahin, dass sie ihren Widerspruch gegen die vertragsgegenständliche Preisanpassungsklausel sowie ihren erklärten Zahlungsvorbehalt mit Schreiben vom 18.08.2010 erneuert habe (Anlage BK2).

Das Landgericht Hof habe über den Klageantrag im Umfang der Klageerweiterung vom 18.10.2011 entschieden. Der Berufungsantrag sei deshalb auch insoweit statthaft, als er sich auf die Klageerweiterung beziehe. Das Landgericht habe fehlerhaft darüber entschieden, wie mit der Klageerweiterung zu verfahren sei. Es hätte die Klageerweiterung unverzüglich nach Erhalt des Gerichtskostenvorschusses weit vor der mündlichen Verhandlung vom 02.02.2012 zustellen müssen. Jedenfalls hätte nach der mündlichen Verhandlung der Zahlungseingang geprüft, die Klageerweiterung zugestellt und die mündliche Verhandlung gemäß §§ 156 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 271 ZPO wieder eröffnet werden müssen. Die verzögerte Zustellung führe nicht zu einer Verjährung der Rückforderungsansprüche aus dem Jahr 2008, weil die Verjährungshemmung auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klageerweiterung zurückwirke (§ 167 ZPO). Die Verzögerung sei nicht von der Klägerin, sondern vom Gericht verschuldet.

Das Landgericht habe den Rechtscharakter der streitgegenständlichen Preisanpassungsklausel für den Zeitraum bis zum 31.03.2004 zutreffend bewertet. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht jedoch angenommen, dass es sich bei dieser Klausel ab 01.04.2007 um eine Individualabrede handle. Zwar sei es grundsätzlich möglich, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nachverhandelt und hierdurch zu Individualabreden würden. Dies setze aber voraus, dass die verwendete Klausel in ihrem Kerngehalt ernsthaft zur Disposition gestellt werde. Es genüge aber nicht, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) lediglich ein wenig abgeschwächt würden. Die Beklagte trage selbst nicht vor, dass der Kerngehalt der streitgegenständlichen Preisänderungsklausel in den damaligen Gesprächen ernsthaft zur Disposition gestellt worden sei. Die Beweislast für eine nachträgliche „Individualisierung“ liege bei der Beklagten. Das Landgericht hätte deshalb den Vertrag für den gesamten Vertragszeitraum, also auch ab 01.04.2007, einer Inhaltskontrolle unterziehen müssen.

Die Preisanpassungsklausel benachteilige die Klägerin in ungemessener Weise. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.01.1985 (Az.: VIII ZR 153/83) sei auf vorliegenden Fall nicht anwendbar. Denn die Beklagte habe keine erheblichen Vorleistungen

erbracht. Auch sei die Klägerin nicht in der Lage, die Preissteigerungen an ihre Endkunden weiterzureichen, weil sie einem weltweiten Preiswettbewerb ausgesetzt sei. Daraus folge, dass im unternehmerischen Rechtsverkehr im Wesentlichen die gleichen Maßstäbe wie im Rechtsverkehr mit Verbrauchern anzuwenden seien, wenn nicht die in der genannten BGH-Entscheidung gegebenen Besonderheiten vorlägen. Bei einer ölpreisgebundenen Preisanpassungsklausel würden die Belange des Kunden nicht angemessen berücksichtigt. Sie ermögliche die Verschiebung des vertraglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses, weil dem Gasversorgungsunternehmen die Möglichkeit gegeben werde, zu Lasten der Kunden höhere Gewinnmargen zu erzielen. Das bei Vertragsschluss bestimmende Gleichgewicht der Leistungen werde nachträglich zu Lasten des Kunden abgeändert. Die Klägerin beruft sich insoweit auf eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Urt. v. 28.10.2010, Az.: I-2 U 60/10 OLG Hamm) und auf die in der mündlichen Verhandlung vom 07.02.2012 geäußerte Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Dresden im Berufungsverfahren 9 U 1394/11, die zu einer Berufungsrücknahme seitens des beklagten Versorgers geführt habe. (Aktenvermerk Anlage BK7).

Die Klägerin habe auch nicht erkannt und auch nicht erkennen können, dass die Klausel verdeckte Gewinnerhöhungen ermögliche. Hierauf komme es aber letztlich nicht an, weil die Unangemessenheit auch bei Erkennbarkeit der genannten Effekte nicht entfalle. Die Erkennbarkeit sei lediglich eine Frage der Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Unwirksamkeit der Klausel erfolge hier jedoch aus der Möglichkeit der Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses und damit aus § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Wegen der zumindest im Jahr 2007 noch vorliegenden marktbeherrschenden Stellung der Beklagten habe die Klägerin auch keine im Verhältnis zu einem Verbraucher größere Verhandlungsmacht gehabt.

Es folge daraus, dass die Bewertungsmaßstäbe, welche der Bundesgerichtshof für eine unangemessene Benachteiligung von Haushaltskunden aufgestellt habe, in gleicher Weise für die im unternehmerischen Rechtsverkehr verwendete ölpreisgebundene Preisanpassungsklausel anzuwenden seien.

Hinsichtlich der Höhe der Rückforderung sei nach Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei unwirksamer Preisanpassungsklausel die entstehende Vertragslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auszufüllen und ein angemessener Interessensausgleich zwischen den Vertragsparteien herbeizuführen. Daraus folge, dass ein Kunde die Unwirksamkeit von Preiserhöhungen nur innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden sei, beanstanden könne. Da die Klägerin der Preiserhöhung zum 01.04.2006 widersprochen habe, sei der Arbeitspreis maßgeblich, der drei Jahre vor dem Widerspruch in Rechnung gestellt worden sei. Das sei der Arbeitspreis zum 01.10.2002 i.H.v. 1,973 ct/kWh. Dieser Arbeitspreis sei jedoch in der Abrechnung für April 2004 unterschritten worden. Ab diesem Zeitpunkt sei deshalb der Arbeitspreis von 1,951 ct/kWh maßgeblich. Daraus errechne sich ein Netto-Rückforderungsbetrag i.H.v. 573.191,05 Euro zzgl. 19 % MwSt. i.H.v. 108.906,29 Euro.

Insgesamt betrage der Brutto-Rückforderungsbetrag damit 682.097,34 Euro.

Die Klägerin hatte zunächst Berufung in dem Umfang eingelegt, in dem die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben worden war. Mit der Berufungsbegründung stellt die Klägerin nunmehr folgende Anträge:

1. Unter Abänderung des Endurteils des Landgerichts Hof, Az.: 13 O 42/11 vom 08.03.2012
  - a) wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 682.097,34 Euro nebst Zinsen i.H.v. 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 11.12.2010 zu zahlen und
  - b) wird die Widerklage auch in dem Umfang abgewiesen, in welchem dieser im Tenor zu 2. des angegriffenen Urteils stattgegeben wurde.
2. Die Berufung wird hinsichtlich des Zahlungsantrags zurückgenommen, soweit er den vorstehenden Antrag zu 1. a) übersteigt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen, auch soweit die Klägerin in Ziff. 2. ihres Schriftsatzes vom 30.05.2012 die Berufung zurückgenommen hat.

Im Hinblick auf die in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2012 zugestellte Klageerweiterung hat die Beklagte die negative Feststellungsklage für erledigt erklärt. Die Klägerin hat der Erledigungserklärung zugestimmt.

Die Beklagte führt im Wesentlichen aus:

Spätestens seit dem Jahr 2005 sei es der Klägerin wegen der Liberalisierung des Energiemarktes möglich gewesen, sich auch für einen anderen Lieferanten zu entscheiden. Dies gelte erst recht ab dem Jahr 2007. Das Recht der Beklagten zu Preisanpassungen nach der HEL-Klausel könne deshalb nicht in Abrede gestellt werden.

Unzutreffend sei der Ausgangspunkt des Landgerichts, es handle sich bei der Preisanpassungsklausel um eine Nebenabrede, die der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts unterliege. Vielmehr handle es sich um eine Preishauptabrede, die der Inhaltskontrolle entzogen sei. Denn die Klausel in Nr. 5.2 des Vertrages sei zwischen den Parteien nie praktiziert worden, sondern von Anfang an der aufgrund Nr. 2 a) der Anlage 1 gebildete Preis, so dass diese Klausel als Preishauptabrede anzusehen sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei für die Einordnung als Hauptabrede maßgeblich, ob der bei



Vertragsschluss geltende Preis –neben einer gesonderten Preisänderungsregelung –im Hauptvertrag stehe und tatsächlich berechnet und bezahlt worden sei. Es sei für die Parteien klar gewesen, dass der am 01.10.1991 (Nr. 5.3 des Sondervertrags vom 06./19.05.1992) geltende Preis nicht dem Preis zu Vertragsbeginn am 01.08.1992 entspreche. Die Änderungsklausel sei bereits Gegenstand der Hauptabrede gewesen.

Zu Unrecht sei das Landgericht nicht auf den Ersatzarbeitspreis gemäß Nr. 4. a) der Anlage 1 zum Sondervertrag vom 06./19.05.1992 eingegangen, wonach der Arbeitspreis nicht unter dem Ersatzarbeitspreis (EAP) liegen dürfe. Die Regelung habe nämlich zur Konsequenz, dass von Anfang an zwei gleichwertige Alternativen vereinbart worden seien, wie der Arbeitspreis bereits ab oder bei Vertragsbeginn zu berechnen sei, und zwar jeweils völlig unabhängig von dem in Nr. 5.2 des Hauptvertrags fixierten Betrages. Demnach habe es zwei Preishauptabreden gegeben, nämlich Nr. 2. a) und Nr. 4. a) der Anlage 1, die variabel in Abhängigkeit zum Preis für leichtes Heizöl zum Einsatz kommen sollten. Ab 01.10.1992 habe erstmals dieser Ersatzarbeitspreis gegolten.

Anders als bei den den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zugrunde liegenden Konstellationen sei der im Hauptvertrag unter Nr. 5.2 genannte Preis weder für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch für den Zeitpunkt des Vertragsbeginns maßgeblich gewesen und auch nicht abgerechnet worden. Außerdem sei eine Alternativregelung getroffen worden, die bei vorliegenden Voraussetzungen dazu geführt hätte, dass bei Vertragsbeginn gegebenenfalls nach dem Ersatzarbeitspreis abzurechnen gewesen wäre. Ohne die Preisregelungen in der Anlage 1 habe für den Vertragsbeginn ein Preis nicht bestimmt werden können, so dass es sich bei diesen Regelungen zwingend um eine Preishauptabrede gehandelt haben müsse.

Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt habe. Denn mit der Vereinbarung vom 23.12.1994/23.01.1995 (Anlage B23) sei der ursprüngliche Vertrag aus 1992 außer Kraft gesetzt worden. In der Folgezeit sei auf Wunsch der Klägerin nach Bindung des Arbeitspreises an den Heizölpreis eine Vereinbarung mit dem Inhalt des ursprünglichen Vertrages von 1992 abgeschlossen worden. Daraus folge, dass dieser Vereinbarung mit Wirkung zum 01.01.1996 unter Bezugnahme auf den Vertrag von 1992 kein einseitiges „Stellen“ der HEL-Klausel seitens der Beklagten mehr zugemessen werden könne. Denn wenn beide Vertragsparteien die Einbeziehung derselben Regelung verlangten, seien die §§ 305 ff. BGB unanwendbar.

Im Übrigen könne mit Neuabschluss des Erdgasliefervertrages vom 06./19.05.1992 mit Wirkung ab 01.01.1996 keinesfalls mehr vor der Relevanz der Preisregelung in Nr. 5.2 des Vertrags von 1992 ausgegangen werden, da zum Zeitpunkt 01.01.1996 unstrittig der Ersatzarbeitspreis nach Nr. 4. a) der Anlage 1 zum Vertrag 1992 - also nicht einmal der Arbeitspreis nach Nr. 2. a) der Anlage 1 - zur Anwendung gekommen sei.

Das Landgericht habe außerdem unbeachtet gelassen, dass zwei Nachtragsvereinbarungen vom 14./21.05.1999 (Anlage B7) und vom 01./08.04.2008 (Anlage B18) für neu hinzugekommene Entnahmestellen getroffen worden seien. Selbst wenn man also zur Unwirksamkeit der HIL-Klausel des Vertrages vom Mai 1996 (Anlage B24) gelange, seien jedenfalls für die Liefermengen der Nachträge 1 und 2 die bei Abschluss der jeweiligen Nachträge gültigen Preise zugrunde zu legen.

Der Vorbehalt im Schreiben vom 31.01.2007 (Anlage K9) sei verwirkt, weil die Klägerin ab 01.04.2008 den zweiten Nachtrag unterschrieben habe, der in Nr. 6 bestimmt habe, dass zwischen den Parteien die Lieferbedingungen und -preise des Vertrages von 1992 mit Ergänzungsvereinbarungen, also auch die HEL-Klausel und die Regelung zum Ersatzarbeitspreis gelten sollten.

Zutreffend habe das Landgericht darauf abgestellt, dass das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 24.03.2010 im Verhältnis zwischen Versorgungsunternehmen und Verbraucher ergangen sei und nicht auf den Rechtsverkehr unter Kaufleuten übertragen werden könne. Die Klägerin habe die in den letzten zwei Jahrzehnten berechneten Preise in ihre Kalkulation einbezogen und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit an ihre Kunden weitergegeben. Sie habe also keinen Nachteil erlitten. Die Klage ziele lediglich auf einen außergewöhnlichen Ertrag ab.

Auch sei zu berücksichtigen, dass die HEL-Klausel auch zu Preissenkungen führen könne.

Schließlich unterstelle das Energiewirtschaftsgesetz 2005 (EnWG 2005) nur Privatpersonen und Kleinunternehmern einem besonderen Schutz, nicht aber Großkunden mit einem Verbrauch von mehr als 10.000 kWh/a, woraus folge, dass der Gesetzgeber einen besonderen Schutz von Großkunden nicht für erforderlich erachte.

Im Hinblick auf die Frage der Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen habe das Landgericht zu Unrecht lediglich auf die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien für den Vertrag aus dem Jahr 1992 abgestellt. Jeweils auf Veranlassung der Klägerin sei es zu neuen Verhandlungen und zu neuen Vertragsabschlüssen in der Folgezeit gekommen.

Außerdem sei vom Landgericht der Umstand nicht berücksichtigt worden, dass die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 25.04.2002 (Anlage B9) einen Sondernachlass eingeräumt habe, woraus ebenfalls folge, dass spätestens seit dem Jahr 2002 zwischen den Parteien eine Individualvereinbarung über die konkrete Abfassung der HEL-Klausel bestanden habe.

Ansprüche aus dem Jahr 2008 seien verjährt, weil die Verzögerung der Zustellung der Klageerweiterung von der Klägerin zu vertreten sei. Sie habe sich zumindest im Dezember 2011 nach der Zustellung der Klageerweiterung erkundigen können.

Ergänzend bringt die Beklagte im Schriftsatz vom 29.08.2012 u.a. vor, dass es bei Großkunden keine Jahresabrechnung, sondern auf Grundlage der im Viertelstundentakt ermittelten

Verbrauchswerte monatliche Abrechnungen gebe. Auch könnten Zahlungsansprüche von Großkunden kaum kompensiert werden und bei Versorgungsunternehmen zur wirtschaftlichen Existenzgefährdung führen. Im Gegensatz zu Letztverbrauchern könne ein Unternehmen, wie die Klägerin, die Energiepreise in die Verkaufspreise ihrer Produkte einkalkulieren und an ihre Kunden weitergeben. Auch deshalb scheide ein Rückzahlungsanspruch aus, jedenfalls könne nicht der Dreijahreszeitraum angesetzt werden, den der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 14.03.2012 bei Verbrauchern nach § 13 BGB angenommen habe. Vielmehr sei auf die letzten drei Monatsrechnungen abzustellen. Denn der Bundesgerichtshof habe im Grunde nicht auf einen Zeitraum von drei Jahren, sondern auf die letzten drei Abrechnungen abgestellt, die unbeanstandet bezahlt worden seien.

Die Klägerin repliziert auf das Vorbringen der Beklagten im Wesentlichen wie folgt:

Im Jahr 2007 habe mangels hinreichenden Wettbewerbs nicht die Möglichkeit eines Lieferantenwechsels bestanden.

Der Bundesgerichtshof stelle in seiner Entscheidung vom 24.03.2010 nicht darauf ab, ob der Ausgangspreis tatsächlich abgerechnet worden sei.

Nr. 5. der Anlage 1 zum Vertrag 1992 unterscheide zwischen dem Anfangspreis und der Preisanpassungsklausel.

Im Hinblick auf die Ersatzpreisregelung verweist die Klägerin auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Az.: I-2 U 60/10). Maßgeblich sei, ob ein variabler Preis vereinbart sei oder ein Preis mit einer Anpassungsmöglichkeit. Die Vereinbarung von Ersatzpreisen indiziere die Vereinbarung einer Preisnebenabrede.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen seien auch von der Beklagten gestellt. Denn 1996 sei die Geltung des Vertrags aus dem Jahr 1992 vereinbart worden. Bei der Preisanpassungsklausel aus dem Ursprungsvertrag handle es sich aber um eine Standardklausel der Beklagten.

Soweit sich die Beklagte auf verschiedene Vertragsabschlüsse berufe, sei maßgeblich, dass nach dem Parteiwillen der ursprüngliche Vertrag von 1992 habe fortgelten sollen. Der Vorbehalt im Schreiben vom 31.01.2007 sei ausreichend bestimmt. Seine Wirkung sei auch nicht durch die Vereinbarung des zweiten Nachtrags beseitigt worden.

Die Klägerin sei auf eine Versorgung durch die Beklagte angewiesen gewesen; die Beklagte sei nicht bereit gewesen, die Lieferung ohne Ölpreisindizierung zu erbringen. Die Klägerin habe nicht auf andere Energieträger ausweichen können. Die ölpreisbedingten Mehrkosten habe die Klägerin nicht an ihre Kunden weitergeben können. Eine enge Koppelung des Arbeitspreises an den Heizölpreis sei von der Beklagten im Jahr 2007 (Anl. B 17) nicht verlangt worden.

Die Beklagte habe die Preisanpassungsklausel (Nr. 2. und Nr. 3. der Anlage 1 zum Gaslieferungsvertrag) während der gesamten Vertragslaufzeit im Kern nicht zur Disposition gestellt. Ein individuelles Aushandeln liege folglich nicht vor.

Die Ansprüche aus 2008 seien nicht verjährt. Der Klägerin obliege nicht die Verpflichtung, das Landgericht zu überprüfen, ob es seiner Verpflichtung aus der ZPO nachgekommen sei.

Selbst wenn die Preisanpassungsklausel nicht unmittelbar der AGB-Kontrolle aus § 307 BGB unterliege, so sei jedenfalls auf Grundlage der Nr. 5. der Anlage 1 zum Gaslieferungsvertrag eine vertraglich vereinbarte Kontrolle entsprechend § 307 BGB durchzuführen. Die Voraussetzungen dieser Klausel seien erfüllt. Da die geschuldete Angemessenheitsprüfung (schuldhaft) von der Beklagten abgelehnt worden sei, seien die Entgeltforderungen ab Januar 2007 nicht fällig, zumindest wäre aber das Preisanpassungsrecht der Beklagten seither der Höhe nach auf den Grenzpreis begrenzt.

Ergänzend wird auf das Vorbringen der Parteien und auf die vorgelegten Anlagen Bezug genommen.

## II.

Das Rechtsmittel der Klägerin bleibt ohne Erfolg, weil ihr keine Bereicherungsansprüche zustehen.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist auch die Klageerweiterung vom 18.10.2011. Allerdings hat das Landgericht hierüber mangels Zustellung und Antragstellung nicht entschieden. Dies folgt aus dem im Tatbestand (S. 4) des Urteils wiedergegebenen Klageantrag und aus den Ausführungen in den Entscheidungsgründen (S. 6), wonach das Landgericht für die Entscheidung die in der mündlichen Verhandlung vom 02.02.2012 gestellten Anträge als maßgeblich bezeichnet hat. Der Klageerweiterungsschriftsatz wurde jedoch im Berufungsverfahren in der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2012 zugestellt. Die Klageerweiterung wurde mit Zustellung rechtshängig (Zöller, Greger, ZPO, 29. Aufl., § 264 Rn. 4). Die Klageerweiterung ist nach § 133 ZPO zulässig, weil sie sachdienlich ist und auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Die Klageerweiterung betrifft lediglich weitere Zeiträume und die Mehrwertsteuer auf den bereits in der Klage geltend gemachten Betrag.
2. Bei der Preisanpassungsklausel handelt es sich bereits nicht um eine von der Beklagten

gestellte

Allgemeine

Geschäftsbedingung.

- a) Zwar liegt sich bei der Preisänderungsbestimmung gemäß Anlage 1 des ursprünglichen Vertrages aus dem Jahr 1992 (künftig auch Vertrag I) eine Allgemeine Geschäftsbedingung gemäß § 305 Abs.1 S. 1 BGB vor. Die Vertragsbedingung wurde von der Beklagten als Lieferantin für eine Vielzahl von Sonderkundenverträgen vorformuliert und im Rahmen der streitgegenständlichen Vertragsverhältnisse auch gestellt. Die Beklagte behauptet nicht substantiiert, dass vor diesem Vertragsschluss Verhandlungen über die Preisanpassungsklausel stattgefunden hätten und diese ernsthaft zur Disposition gestanden wäre.
- b) Die Parteien schlossen jedoch unter dem 23.12.1994/23.01.1995 erneut einen Sondervertrag ab (künftig auch Vertrag II). Anlage 1 dieses Sondervertrags enthält eine Preisänderungsbestimmung, mit welcher ab 01.01.1996 der Gaspreis nicht mehr, wie im Ausgangsvertrag, an die Preisentwicklung beim extra leichten Heizöl, sondern an die für schweres Heizöl (HSL) gekoppelt werden sollte und nicht mehr, wie im Ausgangsvertrag 1992 an die Preisentwicklung beim extra leichten Heizöl. Nach unstreitigem Vorbringen der Beklagten entsprach die Koppelung der Preisentwicklung an das Heizöl auch dem Wunsch der Klägerin nach vorangegangenen Verhandlungen, wie sich dies auch aus dem inhaltlich unwidersprochenem Schreiben der Beklagten vom 06.10.1994 (Anlage B22) an die E. GmbH, welche für die Klägerin die Verhandlungen führte, ergibt. Der Wunsch der Klägerin ist wegen der damals sinkenden Preise auch nachvollziehbar. Wird aber eine Preisänderungsklausel als Ergebnis von Verhandlungen und auf Wunsch beider Parteien in den Vertrag aufgenommen, so kann nicht von einem "Stellen" einer Geschäftsbedingung i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ausgegangen werden. Zwar trifft der Einwand der Klägerin in der Berufungserwiderung zu, dass dieser Vertrag im Mai 1996 (Vertrag III) wieder aufgehoben wurde. Dies ändert aber nichts an dem Zwischenergebnis, dass zwischen den Parteien eine Vereinbarung wirksam abgeschlossen war, welche eine nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten zu wertende Preisänderungsklausel enthielt.
- c) Die Rückkehr zum Ausgangsvertrag aus dem Jahr 1992 erfolgte nach unwidersprochenem Vortrag der Beklagten auf Veranlassung und Wunsch der Klägerin unter Aufhebung des Vertrags II. In einem solchen Fall kann nach Auffassung des Senats nicht (mehr) davon ausgegangen werden, die Allgemeine Geschäftsbedingung sei von der Beklagten gestellt worden. Das Unwerturteil des § 307 BGB beruht wesentlich auf der Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht in der Weise, dass der

benachteiligten Vertragspartei vorformulierte Bedingungen gestellt worden sind. Insofern kommt es darauf an, auf wessen Initiative das Vertragsformular Verwendung findet (BGH NJW 1995, 2034 ff. Rn. 22). Die Initiative ging aber vorliegend unbestritten von der Klägerin aus, welche sich von der mit dem Vertrag II getroffenen Regelung lösen wollte. Auch wenn man also annimmt, dass die Beklagte die Preisänderungsklausel im ursprünglichen Vertrag gestellt hat, so kann davon nicht mehr ausgegangen werden, wenn dieser Vertrag aufgrund von Verhandlungen aufgehoben und durch einen –ausgehandelten - Vertrag ersetzt wird und die Parteien sodann auf Wunsch und Veranlassung nicht des ursprünglichen Verwenders, sondern der anderen Vertragspartei, wieder in Kraft gesetzt wird. Die Voraussetzung, dass der Verwender unter Ausschluss des anderen Teils einseitig rechtsgeschäftliche Gestaltungsmaßnahmen in Anspruch nimmt (Palandt, Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 305 Rn. 12) ist in einem so gelagerten Fall nicht erfüllt.

3. Selbst wenn man aber von einer Allgemeinen Geschäftsbedingung ausginge, bliebe die Berufung ohne Erfolg. Denn bei der Preisänderungsklausel handelt es sich im vorliegenden Fall um die Preishauptabrede. Preisvereinbarungen (für die Hauptleistung) unterliegen jedoch nicht der Inhaltskontrolle. Soweit sie Art und Umfang der Vergütung unmittelbar regeln (BGH NJW 2010, 2789 ff. Rn. 25 ff.), können die Vertragsparteien nach dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit Leistung und Gegenleistung grundsätzlich frei regeln, weshalb 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 sind (BGH, a.a.O., Rn. 25 m.w.N.). 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. 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. Denn auch die vertragliche Festlegung preisbildender Faktoren gehört zum Kernbereich privatautonomer Vertragsgestaltung (BGH, a.a.O., m.w.N.).

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. 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. Sie weichen von dem das dispositive Recht beherrschenden Grundsatz ab, nach dem die Preisvereinbarung der Parteien bei Vertragsschluss für die gesamte Vertragsdauer bindend ist und sind daher einer Inhaltskontrolle unterworfen. Es macht insofern keinen Unterschied, ob die Bestimmungen dem Verwender das Recht zu einer einseitigen Preisänderung einräumen oder ob sie eine automatische Preisanpassung zur Folge haben (BGH, a.a.O., Rn. 26).

Der Bundesgerichtshof führt weiter aus, die in Lieferbedingungen enthaltene Klausel sei nicht deshalb einer Inhaltskontrolle entzogen, weil die feste Arbeitspreisangabe in der Vertragsurkunde mit dem formularmäßigen Hinweis verbunden worden sei, der Arbeitspreis ändere sich in Abhängigkeit vom Heizölpreis. Dieser Zusatz sei nicht Bestandteil der unmittelbaren Entgeltabrede mit der Folge, dass der vereinbarte Arbeitspreis von vornherein variabel ausgestaltet wäre. Vielmehr sei der Hinweis auf die Abhängigkeit des Arbeitspreises von der Entwicklung des Heizölpreises Teil der in den Lieferbedingungen näher konkretisierten Preisänderungsklausel. Erst in ihrem Zusammenspiel ermöglichten die genannten Bestimmungen die von der Beklagten in Anspruch genommene Preisvariabilität. Durch sie werde die zuvor getroffene individuelle Vereinbarung über den bei Vertragsschluss bezifferten Arbeitspreis in einer Weise ergänzt, die von dem sonst geltenden Grundsatz der festen Preisbestimmung, als vom dispositiven Recht, abweiche und zu einem höheren Arbeitspreis führen könne. Sie legten fest, unter welchen Voraussetzungen, nach welchen Kriterien und zu welchen Zeitpunkten Änderungen des ursprünglich vereinbarten Arbeitspreises erfolgen sollten. Die Kontrollfähigkeit der genannten Klauseln stehe auch nicht entgegen, dass nach den Lieferbedingungen letztlich auch der bei Vertragsschluss vereinbarte Arbeitspreis nach derselben Formel berechnet worden sei, die auch für periodische Preisänderungen maßgeblich sei. Denn diese Formularabrede stelle aus Sicht des Kunden der Beklagten keine kontrollfreie Preishauptabrede dar, die den bei Vertragsschluss geltenden Preis überhaupt erst bestimme, sondern lege nur die Kalkulationsgrundlage für den von den Parteien vereinbarten bezifferten Preis offen (BGH, a.a.O., Rn. 28 f).

Unter Anwendung dieser Grundsätze gelangt der Senat im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, dass es sich in der Zusammenschau der Regelungen unter 5.2 und 5.3 des Sondervertrags aus dem Jahr 1992 i.V.m. Nrn. 2.3 der Anlage 1 zu diesem Vertrag um eine  
Preishauptabrede  
handelt.

Denn im Gegensatz zu dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall legen die Lieferbedingungen den bei Vertragsschluss maßgeblichen Arbeitspreis erst fest. Der vereinbarte Arbeitspreis war danach von vornherein variabel ausgestaltet. Eine individuelle Vereinbarung über den bei Vertragsschluss bezifferten Arbeitspreis lag gerade nicht vor, sondern war erst durch Anwendung der Preisänderungsklausel zu

ermitteln.

Die Formularabrede legt nicht nur die Kalkulationsgrundlage für den von den Parteien (bei Vertragsschluss) vereinbarten bezifferten Preis offen. Die Anwendung der Klausel war vielmehr erforderlich, um den bei Vertragsschluss geltenden Preis überhaupt erst zu bestimmen (s. BGH, a.a.O., Rn. 29).

Dies ergibt sich aus Folgendem: Der Sondervertrag vom 06./19.05.1992 enthält zwar unter Nr. 5.2 die Regelung, dass der Arbeitspreis 2,850 Pf/kWh beträgt. Unter 5.3 wird jedoch zugleich dargestellt, dass die Gaspreise dem Stand "01.10.1991" entsprechen und sich nach Maßgabe der Preisänderungsbestimmungen gemäß Anlage 1 zu diesem Vertrag ändern. Aus Nr.3. a) der Anlage 1 zum Vertrag folgt, dass sich der Arbeitspreis mit Wirkung zum 01.04. und 01.10. eines jeden Jahres verändert. Es ergab sich daraus für die Vertragsparteien, dass der in Nr.5.2 des Vertrages genannte Arbeitspreis (Stand: 01.10.1991) zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses (06./19.05.1992) wegen der nach Anlage 1 Nr. 3. a) getroffenen Regelung sich zum 01.04.1992 geändert hatte und damit bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Gültigkeit mehr hatte. Vielmehr konnte aus Sicht der Klägerin der bei Vertragsschluss geltende Preis nur durch Anwendung der in Nr. 2 der Anlage 1 getroffenen Regelung überhaupt erst bestimmt werden. Die Klausel legte damit im vorliegenden Fall nicht nur fest, unter welchen Voraussetzungen, nach welchen Kriterien und zu welchen Zeitpunkten Änderungen des ursprünglich vereinbarten Arbeitspreises erfolgen sollten, sondern ihre Anwendung war erforderlich, um überhaupt erst den ursprünglich vereinbarten Arbeitspreis zu ermitteln.

Der Senat sieht sich insoweit auch in Übereinstimmung mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 13.12.2012 (Az.: 2 U 14/12). Zwar führt das Oberlandesgericht Naumburg auf S. 11 des zitierten Urteils aus, Regelungen zur Änderung eines Ausgangspreises seien grundsätzlich als Preisnebenabreden zu bewerten, weil sie den Vertragspreis nicht unmittelbar bestimmten, wie es bei den Ausgangspreisen der Fall sei, sondern lediglich Vereinbarungen über Anlass und Art und Weise der Preisanpassung enthielten. Der Vertrag enthalte bezifferte Preise nach Brennwerten und verteilt nach Preiszonen. Die Regelung ermögliche eine Bestimmung der zu zahlenden Entgelte zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und zu Beginn des Lieferverhältnisses. Selbst wenn diese Preisangaben kalkulatorisch nach den alternativen Berechnungsformeln ermittelt worden seien, ändere dies nichts am Charakter der Regelungen als Bestimmung des Ausgangspreises. In diesem Fall käme den Berechnungsformeln lediglich ein neben ihre originäre Funktion tretender zusätzlicher Zweck zu, nämlich derjenige einer Offenlegung der kalkulatorischen Ermittlung der Ausgangspreise. Diese Vereinbarungen hätten im Hinblick auf die Ausgangspreise lediglich eine erklärende Funktion. Die Regelung über die Anpassung der



Ausgangspreise lege dagegen fest, unter welchen Konditionen sich die Preise gegenüber der Situation zur Zeit des Vertragsabschlusses änderten. Eine Preisanpassung sei nur in festen zeitlichen Abständen vorgesehen, woraus sich im Umkehrschluss ergebe, dass es zu Beginn der Lieferverhältnisse jeweils eine –gegebenenfalls nur kurze –Anfangszeit gebe, in der die in Abschnitt 3.2 genannten Ausgangspreise unverändert blieben.

Das Oberlandesgericht Naumburg stellt somit darauf ab, dass die genannten und bezifferten Arbeitspreise jedenfalls zu Beginn der Lieferverhältnisse maßgeblich seien. Diese Voraussetzung ist jedoch vorliegend gerade nicht gegeben. Der bezifferte Arbeitspreis hatte nicht nur zu Beginn des Lieferverhältnisses, sondern sogar schon bei Vertragsabschluss, wie der Klägerin aufgrund der Vertragsmodalitäten klar war, keine Gültigkeit.

Auf S. 12 unten des genannten Urteils führt das OLG Naumburg weiter aus, für die Abgrenzung zwischen Preishaupt- oder Preisnebenabrede sei entscheidend, ob mit der Formel der Ausgangspreis konstitutiv festgelegt werde, oder ob deren Anwendung erst bei einer Veränderung der den Vertragsschluss zugrundeliegenden kalkulatorischen Umstände eröffnet werde. Das OLG Naumburg nimmt für die erste Variante Bezug auf ein Urteil des Landgerichts München vom 13.01.2012 (Az.: 23 O 13695/11). Das Landgericht München ging in dieser Entscheidung von einer Preishauptabrede aus, weil sich der geschuldete Arbeitspreis bei Vertragsschluss erst durch die Festlegung des Zeitpunktes des Vertragsschlusses (und den dann geltenden HEL-Preis) ergab. Schon der anfängliche, von der Klägerin geschuldete Arbeitspreis sei damit in Abhängigkeit vom HEL-Preis variabel gewesen (LG München, a.a.O., Rn. 34). Das OLG Naumburg hat sich, wie ausgeführt, dieser Auffassung angeschlossen. So liegt der Fall aber auch hier. Der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Preis konnte auch im vorliegenden Fall erst durch Anwendung der Preisänderungsklausel ermittelt werden. Die Preisänderungsklausel war damit Bestandteil der Hauptpreisabrede, weil ohne sie ein zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltender Preis nicht feststellbar gewesen wäre.

Hinzu kommt Folgendes:  
Die Klägerin macht Bereicherungsansprüche ab 2007 geltend. Wie bereits ausgeführt, schlossen die Parteien am 23.04.1994/23.01.1995 einen neuen Sondervertrag, hoben diesen jedoch im Mai 1996 wieder auf, um den alten Vertrag mit Rückwirkung zum 01.01.1996 wieder in Kraft treten zu lassen (Anlage B24). Zum Zeitpunkt dieses Vertragsschlusses (Mai 1996) mit Rückwirkung zum 01.01.1996 hatte der im Vertrag aus 1992 bezifferte Arbeitspreis erst recht keine unmittelbare Relevanz für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Mai 1996 bzw. für den Rückwirkungszeitpunkt (01.01.1996). Zu diesem Zeitpunkt galt der Ersatzarbeitspreis

gemäß Nr. 4. a) der Anlage 1 zum Vertrag I, wonach der Arbeitspreis gemäß Nr. 2. a) nicht unter dem Arbeitspreis nach der dort festgelegten Formel liegen durfte. Daraus folgt, dass zum Zeitpunkt des Neuabschlusses des Vertrages I ebenfalls kein zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder des Vertragsbeginns, bezifferter Preis maßgeblich war, sondern dass für den Zeitpunkt auch dieses Vertragsschlusses ein variabler Preis galt, welcher nach Nr. 2. und 4. a) der Anlage 1 zum Vertrag I zu ermitteln war. Für die Klägerin konnte kein Zweifel bestehen, dass zu Beginn des Jahres 1996 der Gaspreis mit Stand "01.10.1991" lediglich eine Berechnungsgröße für den zum 01.01.1996 geltenden und gemäß der Anlage 1 Nr. 2. a) bzw. Nr.4. a) zu ermittelnden Preises war.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Ableitung des zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns tatsächlich geltenden Arbeitspreises sich nicht zwingend aus Anlage 1 Nr.2. a) zum Vertrag I ergab, sondern der so berechnete Arbeitspreis mit dem nach Nr. 4. a) der Anlage 1 ermittelten Ersatzarbeitspreis zu vergleichen war. Hätte nämlich, wie am 01.01.1996, der nach 2. a) der Anlage 1 ermittelte Arbeitspreis dem nach Nr.4. a) der Anlage 1 ermittelten unterschritten, so hätte nach der Formel für den Ersatzarbeitspreis abgerechnet werden müssen, welche auf den in Nr. 5.2 des Vertrages I genannten Arbeitspreis nicht einmal als Berechnungsfaktor zurückgreift.

Für die Parteien und insbesondere auch für die Klägerin war damit klar, dass bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der zu diesem Zeitpunkt gültige Preis lediglich durch Anwendung der Variable gemäß Nr.2. a) der Anlage 1 bzw. der für den Ersatzarbeitspreis geltenden Formel nach Nr. 4. a) der Anlage 1 ermittelt werden konnte. Dies gilt erst recht für den Zeitpunkt des Neuabschlusses des Vertrages I im Mai 1996 mit Wirkung zum 01.01.1996. Daraus folgt, dass es sich bei den in der Anlage 1 getroffenen Preisregelungen um Hauptpreisabreden, nicht um Nebenpreisabreden handelte. Eine Inhaltskontrolle scheidet demnach aus.

4. Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, dass eine Angemessenheitsprüfung der Preisklausel aufgrund der in Nr. 5 der Anlage zum Vertrag 1992 getroffenen Regelung erfolgen müsse. Zwar ist dort geregelt, dass jeder Vertragspartner für die Zukunft die Überprüfung der Angemessenheit der Preisänderungsbestimmungen verlangen kann, wenn sich der Arbeitspreis gemäß Nr. 2. a) aufgrund der Bindung an das extra leichte Heizöl gegenüber dem Ausgangspreis von 2,85 Pf/kWh um mehr als 2,0 Pf/kWh erhöht hat. Es trifft auch zu, dass Anfang des Jahres 2007 und durchgehend in der Folgezeit eine Erhöhung des Arbeitspreises nach Maßgabe der genannten Regelung eingetreten war. Die Klägerin hat aber im streitgegenständlichen Zeitraum (Januar 2007 bis einschl. Oktober 2010) keine auf Nr. 5 der Anlage 1 gestützte Überprüfung der Angemessenheit der Preisänderungsbestimmungen verlangt. Ein solches Verlangen folgt insbesondere nach Auffassung des Senats nicht aus dem als Anlage B16 vorgelegten Schreiben vom

23.01.2007. Das Schreiben selbst enthält ein Verlangen i.S.d. Nr. 5 der Anlage 1 nicht, sondern bringt lediglich die Enttäuschung zum Ausdruck, dass die berechtigte Bitte, die Erhöhung des Gaspreises bzw. die Untersuchung der Grundlage der Preisfindung nochmals zu überprüfen, so ganz auf taube Ohren gestoßen sei. Aus dem vorangegangenen Schreiben der Beklagten (Anlage B15) vom 11.01.2007 lässt sich schließen, dass Gegenstand der Verhandlungen Rechnungskürzungen der Monate April bis August 2006 waren, also in der Vergangenheit liegende Preiserhöhungen. Die Klägerin erstattet aber keinen konkreten Vortrag, wann und bei welcher Gelegenheit an die Klägerin ein in die Zukunft gerichtetes Verlangen nach Nr. 5 der Anlage A1 gerichtet worden sein soll. Dass die Klägerin selbst die Preisverhandlungen Anfang des Jahres 2007 nicht als in die Zukunft gerichtetes Verlangen der Überprüfung der Angemessenheit der Preisänderungsbestimmungen verstanden hat, ergibt sich bereits daraus, dass sie sich in der ersten Instanz hierauf nicht berufen hat, obwohl sie die Regelung in Nr. 5 der Anlage 1 in anderem Zusammenhang thematisiert hat. Sie hat nämlich die genannte Regelung bereits im Schriftsatz vom 16.02.2012 (Bl. 182 ff. d.A.) zitiert und dargelegt, dass es sich im Hauptvertrag um eine Preisabrede handle, weil in Nr. 5 der Anlage 1 von einem "Ausgangspreis" die Rede sei. Trotz Zitierung dieser Regelung hat die Klägerin aber erstinstanzlich nicht geltend gemacht, dass sie auf Grundlage dieser Klausel eine Überprüfung der Angemessenheit der Preisänderungsbestimmungen von der Beklagten verlangt habe. Der Senat ist davon überzeugt, dass die Klägerin diesen Aspekt bereits erstinstanzlich geltend gemacht hätte, wenn nach ihrem eigenen Verständnis ein solches Verlangen an die Beklagte herangetragen worden wäre.

### III.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf §§ 97 Abs. 1, 91 a, 516 Abs. 3 S. 1 ZPO.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Der vorliegende Rechtsstreit ist geprägt durch die ihm innewohnenden Besonderheiten.

Der Senat weicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder anderer Oberlandesgerichte nicht ab. Eine Zulassung der Revision ist demnach nicht geboten.

xxx

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

xxx

Richter  
am Oberlandesgericht

xxx

Richter  
am Oberlandesgericht

Verkündet am 23.01.2013

xxx, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle