

---

**Datum:** 20.07.2007  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** I-22 U 46/07  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2007:0720.I22U46.07.00

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das am 14.12.2006 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld – 3 O 525/05 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

---

Gründe

A.

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten aus abgetretenem Recht der Zedenten S. S. sowie F. und J. G. Rückzahlungsansprüche aus Flüssiggas-Lieferungsverträgen wegen vermeintlicher Überzahlungen geltend.

1. Am 22.11.1988 schloss die Beklagte mit der C. Vertriebsgesellschaft mbH i.G. einen Vertrag über die Lieferung von Flüssiggas zu einem Preis von 38,40 DM pro 100 l zzgl. gesetzlicher Mineralölsteuer und MWSt.

In den Vertragsbedingungen heißt es in Bezug auf mögliche Preisanpassungen:

"Bei einer wesentlichen Änderung der Preis-, Kosten- oder sonstigen Marktverhältnisse im Flüssiggasgeschäft ändert sich der Preis entsprechend; er ändert sich auch um den Betrag, um den sich die gesetzliche Mineralölsteuer ändert."

1

2

3

4

5

6

Die Laufzeit des Vertrages betrug gem. Teil II. zehn Jahre. Wegen des weiteren Inhaltes des Vertrages wird auf die Anlage K 3 Bezug genommen.	7
Im Jahre 2002 bezog Frau S. S., die nach Behauptung des Klägers Rechtsnachfolgerin der C. Vertriebsgesellschaft mbH i.G. ist, von der Beklagten insgesamt 7.213 l Flüssiggas gem. Rechnungen der Beklagten vom 16.1.2002, 27.3.2002, 2.10.2002 und 10.12.2002 (Anl. K 4).	8
2. Herr F. G. schloss mit der Beklagten am 25.1.1990 einen Liefervertrag über Flüssiggas. Der vereinbarte Preis betrug 51,40 DM pro 100 l zzgl. gesetzlicher Mineralölsteuer, zzgl. MWSt.	9
In der sog. Preisklausel heißt es wie folgt:	10
"Bei einer nicht unwesentlichen Erhöhung der Einstandspreise, Transportkosten, Löhne und/oder öffentlich-rechtlichen Abgaben ist Primagas (die Beklagte) berechtigt, die Preise entsprechend der sich daraus ergebenden eventuellen Änderung des Selbstkostenpreises von Primagas pro 100 l zu erhöhen. Auf der anderen Seite wird P. Verminderungen der vorbezeichneten Preiskriterien an den Kunden weitergeben, sofern sie nicht durch Erhöhung anderer der oben bezeichneten Preiskriterien ausgeglichen werden."	11
Auch die Laufzeit dieses Vertrages betrug zehn Jahre; wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anl. K 5 verwiesen.	12
Herr F. G. bezog im Jahre 2002 von der Beklagten insgesamt 7.123 l Flüssiggas gem. Rechnungen vom 22.1.2002, 27.3.2002, 5.9.2002 und 28.12.2002 (Anlagenkonvolut K 6). Im Jahre 2003 bezog er gem. Rechnung vom 18.2.2003 (Anl. K 7) insgesamt 2.150 l Flüssiggas von der Beklagten.	13
3. Herr J. G. schloss mit der Beklagten am 30.9.1988 einen Vertrag über die Lieferung von Flüssiggas. Der vereinbarte Preis betrug 39,40 DM pro 100 l zzgl. MWSt.	14
In der Preisklausel heißt es wie folgt: "Bei einer wesentlichen Änderung der Preis-, Kosten- oder sonstigen Marktverhältnisse im Flüssiggasgeschäft ändern sich die Preise entsprechend".	15
Der Preis von Primagas ändert sich auch um den Betrag, um den sich die gesetzliche Mineralölsteuer ändert."	16
Des weiteren enthält der Vertrag eine sog. Meistbegünstigungsklausel mit folgendem Wortlaut:	17
"Bei Vorlage von schriftlichen Wettbewerbsangeboten steigt die P. in diese Preise ein, sollte P. diese Preise nicht akzeptieren, hat der Kunde den Liefervertrag mit einer Frist von drei Monaten zu kündigen."	18
Wegen des weiteren Inhaltes des Vertrages wird auf die Anl. K 10 Bezug genommen.	19
In den Jahren 2001 bis 2003 bezog Herr J. G. von der Beklagten insgesamt 9.814 l Flüssiggas gemäß Rechnungen vom 8.2.2001, 5.9.2001, 22.1.2002, 12.9.2002, 28.12.2002 und 18.2.2003 (Anlagenkonvolut K 11, Bl. 45-50 GA).	20
Der Kläger hat die Ansicht vertreten, die in den jeweiligen Verträgen der Zedenten enthaltenen Preisanpassungsklauseln seien gem. § 307 BGB unwirksam, weil sie für den	21

Kunden intransparent seien. Aus diesem Grunde, so hat er gemeint, sei die Beklagte im streitgegenständlichen Zeitraum (2001-2003) lediglich berechtigt gewesen, ihre Flüssiggas-Lieferungen auf der Grundlage der ursprünglich in den Jahren 1988 und 1990 vereinbarten Preise abzurechnen. Dies führe zu folgenden Überzahlungen der Zedenten:

1.) S. S. Der Kläger hat behauptet, Frau S. S. sei Rechtsnachfolgerin der im Liefervertrag (Anl. K 3) aufgeführten C. Vertriebsgesellschaft mbH i.G. Sie habe im Jahre 2002 an die Beklagte eine Überzahlung i.H.v. 2.690,41 € geleistet. Ihre Ansprüche auf Rückforderung der überzahlten Beträge habe sie - insoweit unstreitig – mit Abtretungsvereinbarung vom 10.11.2005 an ihn abgetreten. 22

2.) F. G. 23

Herr F. G. habe für das Jahr 2002 eine Überzahlung i.H.v. 2.115,48 € und für das Jahr 2003 eine Überzahlung i.H.v. 855,55 € geleistet. Er habe – insoweit unstreitig – durch Abtretungsvereinbarung vom 17.3.2005 (Bl. 103 GA) seine Ansprüche gegen die Beklagte an den Kläger abgetreten. 24

3.) J. G. Dieser Zedent habe in den Jahren 2001 bis 2003 insgesamt eine Überzahlung i.H.v. 4.677,17 € geleistet. Auch dieser Zedent habe seine Ansprüche – unstreitig – mit Abtretungsvereinbarung vom 28.12.2005 an den Kläger abgetreten (Anl. K 18, Bl. 101 GA). 25

Die Ansprüche der drei vorgenannten Zedenten waren jeweils Gegenstand von Mahnbescheiden, die beim Amtsgericht A. bzw. beim Amtsgericht R. beantragt worden waren. Wegen des Inhalts der Mahnbescheide wird verwiesen auf die Anlagen K 15 bis K 17 (Bl. 98-100 GA). 26

Der Kläger hat behauptet, die jeweiligen Mahnverfahren seien nach Einlegung des Widerspruchs durch die Beklagte nicht weitergeführt worden. 27

Der Kläger hat zuletzt beantragt, 28

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 10.338,61 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 2.690,41 € seit dem 17.1.2005, aus weiteren 2.971,03 € seit dem 5.1.2005 sowie aus weiteren 4.677,17 € seit dem 21.2.2006 zu zahlen. 29

Die Beklagte hat beantragt, 30

die Klage abzuweisen. 31

Sie hat die Ansicht vertreten, wegen der anhängigen Mahnverfahren stünde der Klageerhebung der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegen. Selbst für den Fall, dass die Preisanpassungsklauseln in den jeweiligen Lieferverträgen unwirksam seien, wäre ihrer Meinung nach eine Rückforderung gem. § 814 BGB ausgeschlossen bzw. verwirkt. 32

Im Hinblick auf die Zedentin S. hat die Beklagte überdies eingewandt, die in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Rückforderungsansprüche seien durch einen vor dem Amtsgericht A. in dem Rechtsstreit ... abgeschlossenen Vergleich abgegolten. 33

Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, sie sei ungeachtet einer etwaigen Unwirksamkeit der in den Verträgen enthaltenen Preisanpassungsklauseln berechtigt gewesen, eine Preisanpassung vorzunehmen. Die Berechtigung ergebe sich daraus, dass bei langfristigen Vertragsverhältnissen ein anerkanntes Bedürfnis bestehe, das bei 34

Vertragsabschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. Demzufolge sei es auch ohne Preisanpassungsklauseln zulässig, die Preise in dem Maße zu erhöhen, wie sich die einzelnen Kostenelemente auf ihrer Seite erhöht hätten. Entsprechende Kostensteigerungen im Flüssiggas-Geschäft hätten stattgefunden im Hinblick auf steigende Rohstoffpreise sowie Transport- und Vertriebskosten und die gestiegene steuerliche Belastung.

Die Beklagte hat überdies die Einrede der Verjährung erhoben. 35

Mit Schriftsatz vom 13.4.2006 hat die Beklagte nach Hinweis des Landgerichts dargelegt, dass die von ihr in der Vergangenheit vorgenommenen Preiserhöhungen der Verteuerung ihrer Estandskosten entsprochen hätten. Dabei hat sich die Beklagte bei der Offenlegung ihrer Preiskalkulation auf den Zeitraum ab dem Jahr 2001 beschränkt. Sie hat bezüglich aller drei Zedenten dargelegt, dass sich ihr Vertriebsgewinn seit dem Jahre 2001 nicht wesentlich verändert habe (vgl. Tabellen Bl. 89, 92, 93 GA). 36

Der Kläger hat demgegenüber eingewandt: Eine anderweitige Rechtshängigkeit im Hinblick auf die eingeleiteten Mahnverfahren bestehe nicht, weil die Zedenten die jeweiligen Mahnverfahren nach Einlegung des Widerspruchs nicht weiterbetrieben hätten. Bezüglich der Zedentin S. S. sei in dem Rechtsstreit vor dem Amtsgericht A. – ... – kein Vergleich über die geltend gemachten Rückforderungsansprüche geschlossen worden. Die Rechtsnachfolge der Frau S. S. im Hinblick auf die C. Vertriebsgesellschaft mbH ergebe sich aus dem Schriftwechsel der Parteien aus dem Jahre 1990, wobei auf das Anlagenkonvolut K 19 verwiesen werde. Des weiteren werde die Richtigkeit der von der Beklagten vorgelegten Preiskalkulationen bestritten, jedenfalls entsprächen die von der Beklagten verlangten Preise nicht dem marktdurchschnittlichen Preis. 37

Durch am 14.12.2006 verkündetes Urteil (Bl. 133-143 GA) hat das Landgericht Krefeld die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es angeführt, die Leistungen der drei Zedenten seien nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, so dass Rückzahlungsansprüche des Klägers aus abgetretenem Recht gegenüber der Beklagten aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB ausschieden. Zwar seien die von der Beklagten in den drei Verträgen verwandten Preisanpassungsklauseln gem. § 307 BGB unwirksam. Die entstandene Regelungslücke sei jedoch im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 157, 133 BGB dahingehend zu schließen, dass die Parteien eine Erhöhung der Preise gem. § 315 BGB bei tatsächlichen Kostensteigerungen vereinbart hätten. Dass die Erhöhung der vereinbarten Preise jeweils auf einem Anstieg der preisbildenden Kostenfaktoren beruht hätte, hätte die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 13.4.2006 hinreichend belegt. Dass die abgerechneten Preise nicht der Billigkeit gem. § 315 Abs. 1 BGB entsprächen, habe der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger nicht nachgewiesen. Ob der marktübliche Preis für Flüssiggas wesentlich unter den Preisen der Beklagten liege, sei für die Rechtmäßigkeit der Preiserhöhungen unerheblich. 38

Gegen dieses Urteil, welches seinen Prozessbevollmächtigten am 18.12.2006 zugestellt worden ist, hat der Kläger mit einem am 12.1.2007 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 16.3.2007 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem die Frist zur Begründung der Berufung bis zum 19.3.2007 verlängert worden war. 39

Zur Begründung seiner Berufung hat der Kläger angeführt, das Landgericht habe zwar zu Recht die in den Lieferverträgen der Zedenten enthaltenen Preisanpassungsklauseln für unwirksam erachtet, habe aber zu Unrecht die Lieferverträge ergänzend dahingehend ausgelegt, dass Preisanpassungen durch die Beklagte im Hinblick auf Kostensteigerungen 40

zulässig seien. Er meint, bei kurzfristigen Lieferverträgen könne die Aufnahme einer Preisanpassungsklausel vollständig entfallen. Die vom Landgericht vorgenommene Vertragsergänzung entspräche allerdings ohnehin nicht den vom BGH aufgestellten Kriterien, weil eine Vertragsergänzung dahingehend, dass der Beklagten ein Preisanpassungsrecht im Rahmen von Kostensteigerungen zustehe, intransparent sei, so dass auch einer solchen vertraglichen Vereinbarung nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen die Wirksamkeit zu versagen sei. Es fehlten bei der Vertragsergänzung des Landgerichts eindeutige Berechnungskriterien. Des weiteren weist der Kläger darauf hin, dass für die Lückenausfüllung im Vertrag, die durch die unwirksame Preisanpassungsklausel entstanden sei, unterschiedliche Preisanpassungsregelungen denkbar seien. Da kein Anhaltspunkt dafür bestehe, welche Regelung die Parteien getroffen hätten, wenn sie von der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel gewusst hätten, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung gänzlich aus.

Im übrigen vertritt der Kläger die Ansicht, dass nicht er, sondern die Beklagte beweisbelastet dafür sei, dass die von ihr vorgenommenen Preisanpassungen ausschließlich auf Preiserhöhungen basierten, die ihr von dritter Seite auferlegt worden seien. Im übrigen sei die Beklagte schon ihrer diesbezüglichen Darlegungspflicht nicht hinreichend nachgekommen. 41

Der Kläger beantragt, 42

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Krefeld vom 14.12.2006 die Beklagte gem. dem erstinstanzlichen Klageantrag zu verurteilen. 43

Die Beklagte beantragt, 44

die Berufung des Klägers zurückzuweisen. 45

Sie vertritt die Ansicht, dass die Preisanpassungsklausel aus dem Vertrag zwischen ihr und der C. Vertriebsgesellschaft mbH i.G. (Anl. K 3) nicht unwirksam sei, weil es sich um einen Vertrag mit einem Unternehmen handle. Auch für den Vertrag des Herrn J. G. könne die Rechtsprechung des BGH nicht übernommen werden, da die Klausel mit einer sog. "Meistbegünstigungsklausel" individuell ergänzt worden sei. Die Rückforderungsansprüche des Herrn J. G. seien nicht nur verjährt, sondern auch verwirkt. Für eine Verwirkung spreche auch, dass außer der Zedentin S. S. keiner der Zedenten jemals die geltend gemachten Preise beanstandet habe. 46

Für den Fall, dass sämtliche Preisanpassungsklauseln unwirksam seien, habe das Landgericht zu Recht diese Vertragslücke über § 315 BGB geschlossen. Es habe dem erkennbaren Parteiwillen entsprochen, den Gaspreis im Falle von Kostensteigerungen, die nicht zu kompensieren seien, zu erhöhen. 47

Die Beklagte vertritt weiterhin die Ansicht, dass sie zu einer weiteren Offenlegung ihrer Preiskalkulation nicht verpflichtet sei, weil einer solchen Verpflichtung ihre verfassungsrechtlich geschützten Interessen an der Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entgegenstünden. 48

B. 49

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht Rückzahlungsansprüche des Klägers aus abgetretenem Recht wegen vermeintlich überzahlter Rechnungen der Beklagten aus Flüssiggaslieferungen verneint. 50

Die Klage ist allerdings zulässig, insbesondere steht der Zulässigkeit eine anderweitige Rechtshängigkeit nicht entgegen. Eine anderweitige Rechtshängigkeit besteht nicht wegen der von den drei Zedenten im Dezember 2004 beantragten und auch vom jeweiligen Mahngericht erlassenen Mahnbescheide. Denn beim Übergang vom Mahnverfahren in das streitige Verfahren tritt Rechtshängigkeit gem. § 696 Abs. 3 ZPO erst mit der Abgabe der Streitsache ein (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 696 Rdnr. 5). Eine solche Abgabe an das Streitgericht erfolgt aber erst, wenn die Partei, die den Mahnbescheid beantragt hat, die Durchführung des streitigen Verfahrens beantragt, § 696 Abs. 1 S. 1 ZPO. Ein solcher Antrag ist in den zur Gerichtsakte gereichten Mahnbescheiden jedoch nicht gestellt und die Beklagte hat auch nicht dargelegt, dass die jeweiligen Zedenten nach Bekanntgabe über den eingelegten Widerspruch entsprechende Anträge gestellt hätten.

51

Die Klage ist jedoch unbegründet.

52

a) Soweit Rückzahlungsansprüche des Herrn J. G. aus den Rechnungen der Beklagten vom 8.2.2001 und 5.9.2001 geltend gemacht werden, hat die Beklagte zu Recht die Einrede der Verjährung erhoben mit der Folge, dass sie gem. § 214 Abs. 1 BGB berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. Der Beginn der Verjährung richtet sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der bis zum 1.1.2002 geltenden Fassung (Art. 229 § 6 Abs. 1 EGBGB). Gemäß §§ 198 S. 1, 201 S. 1 BGB a.F. begann die Verjährung mit dem Schluss des Jahres, in welchem der Anspruch entstand, also hier am 31.12.2001. Die Rückzahlungsansprüche des Herrn J. G. unterlagen nach altem Recht der vierjährigen Verjährungsfrist des § 197 BGB a.F. (BGH 8. ZS, Urt. v. 26.4.1989, VIII ZR 12/88, LS 1 zitiert nach juris). Da die regelmäßige Verjährungsfrist für Bereicherungsansprüche nach neuem Recht nur noch drei Jahre beträgt (§ 195 BGB), findet Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB Anwendung mit der Folge, dass die kürzere Dreijahresfrist vom 1.1.2002 an berechnet wird. Dies wiederum bedeutet, dass Ansprüche des Herrn J. G. auf Rückzahlung überzahlter Gasentgelte aus dem Jahre 2001 mit Ablauf des 31.12.2004 verjährten. Die Erhebung der Klage erfolgte erst mit Schriftsatz vom 30.12.2005 und damit erst nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Ansprüche aus dem Jahre 2001. Der Ablauf der Verjährung wurde deshalb nicht mehr gehemmt, § 214 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.

53

b) Unabhängig von der Unwirksamkeit der in den Lieferverträgen enthaltenen Preisanpassungsklauseln scheiden Ansprüche der Herren J. und F. G. wegen überzahlter Gasentgelte auch für in den Jahren 2002 und 2003 vermeintlich geleistete Überzahlungen aus, weil diese beiden Zedenten unstreitig sämtliche Rechnungen der Beklagten, die die erhöhten Preise jeweils auswies (vgl. Rechnungen des F. G., Anl.-Konvolut K 6, Bl. 19-23 GA sowie Rechnungen des Herrn J. G., Anl.-Konvolut K 11, Bl. 45-50 GA), beglichen haben, ohne zu irgendeinem Zeitpunkt Beanstandungen gegen die in Rechnung gestellten Preise zu erheben oder sich deren Berechtigung überhaupt erklären zu lassen. Damit ist aber von einer Einigung der Beklagten mit den Herrn J. und F. G. auf die erhöhten Preise auszugehen. Eine solche Einigung kann auch konkludent erfolgen, indem der Kunde die ihm vom Energieversorger mitgeteilten (erhöhten) Preise zugrundelegt und auf dieser Basis Zahlungen leistet, womit er aus maßgeblicher Empfängersicht sein Einverständnis kundgibt (vgl. OLG Hamm, 19. ZS, Urt. v. 8.8.2006, 19 U 2/06, zitiert nach juris Leitsatz 2, sowie Rdnr. 24; abgedruckt auch in MDR 2007, 452, 453 sowie BGH NJW 2006, 1667, 1670, li. Sp. unten). Von einer derartigen konkludenten Einigung ist auch hier angesichts der beanstandungslos erfolgten Zahlungen der beiden Zedenten auszugehen.

54

c) Im Ergebnis bestehen auch Rückzahlungsansprüche des Klägers aus abgetretenem Recht der Frau S. S. nicht.

55

56

aa.) Allerdings greifen die obigen Erwägungen zu einem konkludenten Einverständnis der Zedentin mit den Preiserhöhungen nicht ein, denn Frau S. hat, vertreten durch ihren Ehemann, den Kläger, bereits seit dem Jahre 2002 eine Berechtigung der Beklagten zur Preisanpassung bestritten. Auch wenn sie trotzdem die streitgegenständlichen Rechnungen aus dem Jahre 2002 beglichen hat, so konnte die Beklagte von ihrem maßgeblichen Empfängerhorizont her gleichwohl nicht von einem Einverständnis mit den Preiserhöhungen ausgehen.

bb.) Die Zedentin S. S. ist auch Rechtsnachfolgerin der C. Vertriebsges. mbH i.G., dem ursprünglichen Vertragspartner der Beklagten gem. Liefervertrag vom 22.11.1988. Der Kläger hat im Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 19.4.2006 ausreichend dargelegt, dass die Zedentin S. S. in den Vertrag im Einvernehmen mit der Beklagten eingetreten ist, nachdem die C. Vertriebsges. mbH liquidiert worden ist. Dass der Vertrag entsprechend umgeschrieben wurde, ergibt sich auch aus den mit Anlagenkonvolut K 19 zur Akte gereichten Unterlagen, insbesondere aus den Schreiben der Beklagten an Frau S. vom 3.9.1990 und 8.10.1990, in welchen jeweils Frau S. S. als neue Vertragspartnerin der Beklagten bezeichnet ist. 57

cc.) Ein etwaiger Rückforderungsanspruch des Klägers ist auch nicht gem. § 814 BGB ausgeschlossen, denn ein Rückforderungsausschluss nach dieser Vorschrift setzt voraus, dass der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Darlegungsbelastet ist insoweit die Beklagte als Leistungsempfängerin, welche aber behauptet, die Preiserhöhungen seien berechtigt gewesen. Wenn aber eine Leistungsverpflichtung bestand, dann liegen die Voraussetzungen des § 814 BGB nicht vor, weil diese Vorschrift eine fehlende Leistungsverpflichtung voraussetzt. 58

dd.) Ohne Erfolg macht die Beklagte auch geltend, die streitgegenständlichen Rückforderungsansprüche der Frau S. seien durch einen vor dem Amtsgericht A. in dem Rechtsstreit ... geschlossenen Vergleich abgegolten. Denn Gegenstand dieses Rechtsstreits waren, wie sich aus der zur Akte gereichten Klageschrift ergibt, lediglich Zahlungsansprüche der Klägerin aus dem Jahre 2003, während es in diesem Rechtsstreit um Zahlungen aus dem Jahre 2002 geht. Aus dem ebenfalls zur Akte gereichten Protokoll des Vergleichs vom 20.11.2003 ergibt sich ebenfalls nicht, dass sich der abgeschlossene Vergleich auch auf etwaige Rückzahlungsansprüche der Zedentin S. aus dem Jahre 2002 bezog. Hiergegen spricht insbesondere, dass der festgesetzte Wert für den Vergleich mit demjenigen des Rechtsstreits identisch war. 59

ee.) Zutreffend ist auch die Ansicht des Klägers, die in dem Vertrag vom 22.11.1988 enthaltene Preisanpassungsklausel sei gem. § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Nach dieser Regelung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ändert sich der vereinbarte Preis für das von der Beklagten gelieferte Flüssiggas wegen wesentlicher Änderung der Preis-, Kosten- oder sonstigen Marktverhältnisse im Flüssiggasgeschäft. 60

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, stellt eine Preisanpassungsklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders dar, wenn die Klausel weder die Voraussetzungen noch den Umfang einer Gaspreiserhöhung hinreichend bestimmt regelt, weil dies zur Folge hat, dass der Vertragspartner des Verwenders die Berechtigung von Preiserhöhungen nicht verlässlich nachprüfen kann und der Verwender hierdurch die Möglichkeit hat, das in dem ursprünglich vereinbarten Gaspreis zum Ausdruck kommende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu seinen Gunsten zu verändern (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1717). Die Kopplung der Preisänderungsbefugnis an die Entwicklung der im 61

Unternehmen des Verwenders entstehenden Kosten stellt eine unangemessene Benachteiligung dar, weil es sich dabei um betriebsinterne Berechnungsgrößen handelt, die der Kunde des Energieversorgers weder kennen noch mit zumutbaren Mitteln in Erfahrung bringen kann. Ebenso ist eine unangemessene Benachteiligung darin zu sehen, dass es an einer Gewichtung der einzelnen Kostenelemente im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Kalkulation des Gaspreises fehlt.

ff.) Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist die durch die Unwirksamkeit der Klausel entstandene Lücke nicht durch Anwendung des § 315 BGB in der Weise zu schließen, dass der Beklagten Preiserhöhungen im Rahmen der Aufrechterhaltung ihrer Gewinnspanne zugestanden werden. Zwar ist eine durch die Unwirksamkeit einer Klausel entstandene Lücke grundsätzlich im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu schließen, wenn sie nicht durch andere dispositive Vorschriften geschlossen werden kann und die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel unbillig wäre, weil sie die Ausgewogenheit der beiderseitigen vertraglichen Leistungen verändern und zu einer mit der Zielsetzung des AGB-Gesetzes nicht zu vereinbarenden Benachteiligung des Klauselverwenders führen würde. An die Stelle der Bestimmung tritt dann eine Gestaltung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der Geschäftsbedingungen bekannt gewesen wäre (BGH NJW 2006, 996, 999). Die ergänzende Vertragsauslegung setzt jedoch voraus, dass sich Anhaltspunkte dafür finden lassen, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der beanstandeten Klausel vereinbart hätten. Kommen unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht, ohne dass erkennbar ist, welche die Parteien gewählt hätten, sind die Gerichte zu einer ergänzenden Vertragsauslegung weder in der Lage noch befugt (BGH a.a.O.).

62

Nach diesen Grundsätzen hat das Landgericht hier zu Unrecht die entstandene Lücke durch Anwendung des § 315 BGB geschlossen. Eine Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 BGB findet nämlich nur statt, wenn es sich um Tarife eines Monopolunternehmens handelt, das Leistungen der Daseinsvorsorge anbietet, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfall angewiesen ist (vgl. BGH 8. ZS, Urt. v. 28.3.2007, VIII ZR 144/06, zitiert nach juris Rdnr. 17). Eine Anwendbarkeit von § 315 BGB scheidet demnach vorliegend aus, weil die Zedentin einem Anschluss- oder Benutzungszwang nicht unterlag und sie auch nicht auf eine Belieferung mit Flüssiggas durch die Beklagte angewiesen war.

63

Vorliegend war es auch nicht sachgerecht, die durch die unwirksame Preisanpassungsklausel entstandene Lücke mit der Annahme zu schließen, die Parteien hätten bei Kenntnis der Vertragslücke die Zulässigkeit von Preiserhöhungen der Beklagten im Rahmen tatsächlicher Kostensteigerungen - zur Aufrechterhaltung ihrer Gewinnspanne - vereinbart. Es bestehen nämlich keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien die Vertragslücke in dieser Form geschlossen hätten. So ist zum Beispiel nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin bei Kenntnis der Vertragslücke damit einverstanden erklärt hätte, sich an steigenden Personalkosten der Beklagten durch Erhöhung des Gaspreises zu beteiligen. Da auch im übrigen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, welche Regelung die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel getroffen hätten – es käme auch die Orientierung an bestimmten Marktindizes, beispielsweise an der Entwicklung der Marktpreise, in Betracht -, ist dem Senat entsprechend der vorgenannten Rechtsprechung des BGH eine ergänzende Vertragsauslegung verwehrt.

64

gg.) Trotz der vorstehenden Erwägungen steht dem Kläger aus abgetretenem Recht der Frau S. S. im Ergebnis kein Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB wegen Zahlung

65

überhöhter Preise zu. Denn auch hier kommt die Erwägung zum Tragen, dass die Zedentin die Rechnungen der Beklagten bis einschließlich zum Jahre 2001 akzeptiert und beanstandungslos beglichen hat. Dies bedeutet, dass ihr Rückzahlungsansprüche im Hinblick auf die vier streitgegenständlichen Rechnungen aus dem Jahre 2002 (Bl. 13-16 GA) nur insoweit zustehen können, als die dort verlangten Preise pro 100 l Flüssiggas die von ihr akzeptierten Preise aus dem Jahre 2001 übersteigen.

Der Vergleich der streitgegenständlichen vier Rechnungen aus dem Jahre 2002 mit den von Frau S. beglichenen Rechnungen der Beklagten aus dem Jahre 2001, welche die Klägervorteiler mit Schriftsatz vom 6.6.2007 zur Akte gereicht haben, ergibt jedoch, dass Frau S. im Jahre 2001 bereits einen Preis akzeptiert hatte, der oberhalb der im Jahre 2002 in Rechnung gestellten Preise lag. Die Rechnung der Beklagten vom 8.2.2001 (Bl. 233 GA) weist einen Preis von 109,90 DM pro 100 l Flüssiggas aus, was umgerechnet einem Betrag i.H.v. von 56,19 € entspricht. In den streitgegenständlichen Rechnungen aus dem Jahre 2002 wurden Frau S. jedoch lediglich Preise von 51,09 € (Rechnung v. 16.1.2002), 49,95 € (Rechnung vom 2.10.2002) und i.H.v. 53,58 € (Rechnungen v. 27.3.2002 und 10.12.2002) in Rechnung gestellt. Hatte Frau S. nach alledem bereits höhere Preise akzeptiert, scheidet ein Rückzahlungsanspruch trotz Unwirksamkeit der Preiserhöhung wegen konkludenter Einigung über den erhöhten Preis aus. 66

Nach alledem ist die Berufung des Klägers mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO, 26 Nr. 8 EGZPO. 67

Anlass, die Revision zuzulassen, bestand nicht, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Dass in der beanstandungslosen Begleichung nicht vertragsgemäßer Gaspreise ein konkludentes Einverständnis mit den verlangten Preisen zu sehen ist, entspricht der Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 2006, 1667, 1670). 68

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 10.338,61 € festgesetzt. 69

R. S.-L. G. 70