

## 5 U 37/18

### Urteil vom 28. November 2018

#### Leitsätze:

Vereinbaren die Parteien eines Energieliefervertrages die jährliche Abnahme einer bestimmten Mindestmenge an elektrischer Energie, so handelt es sich um ein Fixgeschäft und tritt mit Ablauf des vereinbarten Zeitraumes in Ansehung des nicht abgenommenen Teils der vereinbarten Mindestmenge Unmöglichkeit ein. Die Vergütungspflicht des Abnehmers richtet sich insoweit nach § 326 Abs. 2 BGB.

Eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Energielieferers enthaltene Klausel, die vorsieht, dass seinem gewerblichen Kunden bei Unterschreitung der jährlichen Mindestabnahmemenge nach Ablauf dieses Zeitraumes zunächst die volle Vergütung in Rechnung gestellt und sodann die Differenz zwischen Mindestabnahmemenge und Liefermenge mit einem Bruchteil des Börsenpreises rückvergütet wird, enthält weder eine verbotene Schadenspauschalierung, noch eine unzulässige Vertragsstrafe, sondern eine an § 307 BGB zu messende Ausgestaltung des Anspruchs auf die Gegenleistung bei Unmöglichkeit.

**5 U 37/18**

12 O 172/17  
LG Saarbrücken



Verkündet am 28.11.2018  
gez.: pp.  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

# SAARLÄNDISCHES OBERLANDESGERICHT

## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

... **pp. GmbH** vertreten durch den Geschäftsführer,

- Klägerin und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

... **pp. GmbH** vertreten durch den Geschäftsführer,

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

wegen Rückzahlung von Vergütung für Energielieferung

hat der 5. Zivilsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts

auf die mündliche Verhandlung vom **7. November 2018**

unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin am Oberlandesgericht Dr. Müller,

der Richterin am Oberlandesgericht Dr. Eckstein-Puhl und

des Richters am Oberlandesgericht Dr. Schneider

für **R e c h t** erkannt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 29. März 2018 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken – 12 O 172/17 – wird zurückgewiesen.
- II. Die Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Klägerin zur Last.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
- IV. Die Revision wird nicht zugelassen.
- V. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 41.868,- Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

#### **I.**

Die Parteien, die einander in den Jahren 2014 und 2015 durch einen Energieliefervertrag verbunden waren, streiten über einen Anspruch auf Rückzahlung entrichteter Vergütung für im Vertragszeitraum nicht abgenommene elektrische Energie.

Die Klägerin, eine mit der Produktion von Hochleistungsseilen befasste Gesellschaft mit beschränkter Haftung, schloss zur Versorgung ihres Betriebes mit der Beklagten unter dem 17. Juli / 3. August 2012 einen Vertrag über die Lieferung und den Bezug elektrischer Energie für den Lieferzeitraum vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 (Bl. 46 ff. GA). Gemäß Ziffer 1.1 des Vertrages waren „die Anlage 1

(Individuelle Preisvereinbarung), die Anlage 2 (Allgemeine Geschäftsbedingungen für Geschäftskunden) sowie die Anlage 3 (Kündigungsbetragsregelung) ... Bestandteil und Inhalt des Vertrages“ (Bl. 47 GA).

Die Anlage 1 enthielt in Ziff. 1.2 eine Vereinbarung zur „Vertragsmenge und Arbeitstoleranzband für den Lieferzeitraum“, in der die Bezugsmengen – in der Form einer „Jahres-Planarbeitsmenge“ sowie eines „Jahres-Arbeitstoleranzbandes“ – wie nachfolgend genannt festgelegt waren (Bl. 48 GA):

	Planmenge (100 %) kWh	Maximalmenge (110 %) kWh	Minimalmenge (90 %) kWh
01.01. - 31.12.2014	5.904.331	6.494.764	5.313.897
01.01. - 31.12.2015	5.902.872	6.493.159	5.312.584

Weiterhin fand sich in Ziff. 1.3 der Anlage 1 nachfolgende Regelung:

„Bezüglich der Vertragsmengen räumt ...pp. Kunden ein Toleranzband gemäß Anlage 1, Ziffer 1.2 bezogen auf das jeweilige Kalenderjahr ein. Die innerhalb des Toleranzbandes gelieferte elektrische Energie wird mit dem Arbeitspreis gemäß Ziffer 1.1 in Rechnung gestellt.

Überschreitet die Liefermenge die obere Grenze des Toleranzbandes, so gilt die Differenzmenge zwischen der Liefermenge und des oberen Toleranzbandes gemäß Anlage 1, Ziffer 1.1. als Überschreitungsarbeit. Unterschreitet die Liefermenge die untere Grenze des Toleranzbandes, so gilt die Differenzmenge zwischen der Liefermenge und dem unteren Toleranzband gemäß Anlage 1, Ziffer 1.1. als Fehlerarbeit.

Abrechnung bei Überschreitung des Toleranzbandes:

Die Überschreitungsarbeit wird dem Kunden mit dem 1,1 fachen des arithmetischen Mittel des sog. Phelix Day Base (stundengewichteter Durchschnittspreis der European Energy Exchange (EEX) pro Tag für die Stunde 1-24 von Montag bis Sonntag des entsprechenden Lieferzeitraumes), mindestens jedoch mit dem Lieferpreis gemäß Ziffer 1.1 des entsprechenden Lieferjahres, in Rechnung gestellt.

Abrechnung bei Unterschreitung des Toleranzbandes:

Bei Unterschreitung des Toleranzbandes wird die Mindestabnahmemenge zunächst auf Basis der Preise gemäß Ziffer 1.1 in Rechnung gestellt. Die Fehlerarbeit wird dem Kunden mit dem 0,9 fachen des arithmetischen Mittel des sog. Phelix Day Base (stundengewichteter Durchschnittspreis der European Energy Exchange (EEX) pro Tag für die Stunde 1-24 von

Montag bis Sonntag des entsprechenden Lieferzeitraumes), höchstens jedoch mit dem Lieferpreis gemäß Ziffer 1. 1 des entsprechenden Lieferjahres, vergütet.

In Ziffer 1.4 der Anlage 2 fand sich außerdem – unter der Überschrift „Lieferprofil“ – folgende Regelung (Bl. 53 GA):

1.4.1 Als Grundlage für die Beschaffung der vom Kunden an der Lieferstelle benötigten elektrischen Energie durch ...pp. erarbeiten der Kunde und ... pp.GmbH für die Lieferstelle – sofern es sich um eine Lieferstelle mit registrierter Leistungsmessung handelt – auf Basis der vom Kunden genannten Daten und historischer Lastgänge rechtzeitig vor Lieferbeginn ein Lieferprofil mit den Erwartungswerten der vom Kunden an der Lieferstelle im Lieferzeitraum voraussichtlich benötigten Leistung.

1.4.2 Sobald dem Kunden noch vor Beginn bzw. während des Lieferzeitraumes Informationen vorliegen, aus denen sich wesentliche Änderungen gegenüber dem für die Lieferstelle erarbeiteten Lieferprofil ergeben, wird der Kunde diese ...pp. GmbH unverzüglich mitteilen und seine Erwartungswerte präzisieren bzw. korrigieren. Insbesondere ist GWK unverzüglich über wesentliche vorhersehbare Veränderungen der Abnahmeverhältnisse, z.B. durch die Aufnahme oder Erweiterung der Eigenerzeugung elektrischer Energie, durch Anlagenerweiterung oder -stilllegungen, Anpassungen im Produktionsablauf sowie Änderungen der Arbeits- bzw. Öffnungszeiten zu informieren.

Die Klägerin bezog von der Beklagten im Lieferjahr 2014 insgesamt 4.681,740 MWh und im Lieferjahr 2015 insgesamt 4.395,800 MWh. Mit Schreiben vom 24. März 2016 erteilte die Beklagte ihr eine Rechnung über die „Fehlarbeit“ von 632,158 MWh im Jahr 2014 und 916,785 MWh im Jahr 2015, aus der sie auf der Grundlage der vertraglichen Regelung eine Vergütung für nicht in Anspruch genommene Strommengen („Pönale“) in Höhe von 35.183,85 Euro (netto) = 41.868,78 Euro (brutto) errechnete, die die Klägerin bezahlte.

Die Klägerin, die mit ihrer am 7. September 2017 zum Landgericht Saarbrücken erhobenen Klage die Rückzahlung dieses Betrages zzgl. gesetzlicher Zinsen beansprucht, hat die Auffassung vertreten, sie habe diesen Betrag zu Unrecht geleistet. Die in Anlage 1 des Stromvertrages enthaltenen Bestimmungen zur Mindestabnahmemenge, bei denen es sich um eine sog. „Take-or-pay-Klausel“ handele, hielten als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle des §

307 Abs. 1 BGB, auch in Verbindung mit den § 309 Nr. 5 und Nr. 6 BGB, nicht stand. Sie bewirkten die Pauschalierung eines Schadensersatzanspruchs der Beklagten und schlossen den Nachweis eines niedrigeren Schadens zu Lasten des Kunden aus, indem sie suggerierten, dass der Vertragspartner nichts dagegen unternehmen könne, und verhinderten so eine dem Grundsatz entsprechende Berechnung des Schadens nur anhand der Nachteile, die aus der vertragswidrigen Nichtabnahme folgten, ohne dass die sich für die Klägerin ergebenden Nachteile angemessen kompensiert würden. Die Anknüpfung an den Börsenpreis und den Lieferpreis als Obergrenze zeugten von einer Einseitigkeit der Klausel, auch übersteige die Pauschale den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden der Beklagten, für den hier nichts ersichtlich sei. Überdies könne eine solche Klausel als nach § 309 Nr. 6 BGB unzulässige Vertragsstrafe angesehen werden.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten mit der Auffassung, die streitbefangene Klausel sei als Vereinbarung über den Inhalt der Gegenleistung einer Inhaltskontrolle von vornherein entzogen. Jedenfalls beinhalte sie keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin. Die Regelung, wonach die Mindestabnahmemenge „zunächst“ in Rechnung gestellt werde, hindere die Klägerin nicht am Nachweis eines geringeren Schadens. Der Klägerin als gewerblicher Kundin mit weltweitem Händlernetz werde auch nichts Gegenteiliges suggeriert. Auch werde der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Schaden nicht übertroffen, denn die Beklagte habe den nicht abgenommenen Strom über die Strombörse veräußern müssen und hierbei den Börsenpreis erzielt, der das Verhältnis von Angebot und Nachfrage widerspiegele und daher nicht unangemessen sei. Die Klägerin müsse die Differenz zur Mindestabnahmemenge auch nicht vollständig vergüten, weil der von der Beklagten erzielte Verkaufserlös auf Basis des „Phelix Day Base“ mit dem Faktor 0,9 von der Mindestvergütung in Abzug gebracht und an die Klägerin weitergegeben werde. Zur Bemessung der Mindestabnahmemenge behauptet die Beklagte, ihr Geschäftsführer und der Zeuge G. hätten in einer Besprechung am 14. Januar 2014 mit Vertretern der Klägerin ausdrücklich die Möglichkeit angesprochen, die Beklagte kurzfristig zu informieren, wenn abzusehen sei, dass die vereinbarten Mengen nicht erreicht werden würden, um abzustimmen, welche Strommengen kurzfristig am Terminmarkt verkauft werden könnten. Eine entsprechende

Obliegenheit der Klägerin folge auch aus Ziffer 1.4.2 ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Geschäftskunden.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf dessen Inhalt auch hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht Saarbrücken die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die vertragliche Vereinbarung zur Vergütung der Fehlerarbeit in den Jahren 2014 und 2015 halte als Allgemeine Geschäftsbedingung einer Inhaltskontrolle stand und sei daher wirksamer Rechtsgrund für die von der Klägerin erbrachte Leistung gewesen.

Mit ihrer gegen dieses Urteil eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr Rückzahlungsbegehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. Sie beantragt (Bl. 152 GA):

Unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Saarbrücken vom 29. März 2018 – Az.: 12 O 172/17 – wird die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 41.868,78 Euro zzgl. Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt (Bl. 161 GA),

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Sitzungsniederschriften des Landgerichts vom 15. Februar 2018 (Bl. 109 ff. GA) sowie des Senats vom 7. November 2018 (Bl. 185 f. GA) verwiesen.

## II.

Die gemäß §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, der Klägerin günstigere Entscheidung (§ 513 ZPO). Der mit der Klage geltend gemachte Rückzahlungsanspruch, den das Landgericht zu Recht unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) erörtert hat, besteht nicht, weil die Klägerin den geltend gemachten Betrag nicht ohne Rechtsgrund gezahlt hat, sondern nach dem – insoweit wirksamen – Energieliefervertrag dazu verpflichtet war (§ 433 Abs. 2 BGB):

### 1.

Zwischen den Parteien bestand nach Maßgabe der vorgelegten Vertragsunterlagen vom 17. Juli / 13. August 2012 (Bl. 46 ff. GA) in den Jahren 2014 und 2015 ein Vertrag über die Belieferung der Klägerin mit elektrischer Energie auf der Grundlage der „Individuellen Preisvereinbarung“ (Anlage 1, Bl. 48 ff. GA) und der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Geschäftskunden“ (Anlage 2, Bl. 52 ff. GA). In diesem Vertrag hatte sich Beklagte zur Lieferung und die Klägerin zur Abnahme von Strom in mengenmäßig vereinbartem Umfang gegen Zahlung des in Ziff. 1.1 der Anlage 1 vereinbarten Entgeltes verpflichtet. Als vertraglich vereinbarte Liefer- und Abnahmemengen waren die im Tatbestand im Einzelnen wiedergegebenen Planmengen und Mengenabweichungen vereinbart; danach hatte die Klägerin im Jahre 2014 mindestens 5.313.897 kWh und im Jahre 2015 mindestens 5.312.548 kWh Strom von der Klägerin zu beziehen, wobei als Arbeitspreis im Jahre 2014 ein Betrag von 5,123 ct und im Jahre 2015 ein Betrag von 5,184 ct je kWh festgelegt war. Die Wirksamkeit dieser vertraglichen Vereinbarung begegnet im Grundsatz keinen Bedenken und wird insoweit auch von keiner Partei in Zweifel gezogen.

### 2.

Auf der Grundlage dieses Vertrages war die Klägerin nicht nur gehalten, die im Vertragszeitraum tatsächlich bezogenen Strommengen mit dem vereinbarten

Kaufpreis zu vergüten (vgl. § 433 Abs. 2 BGB). Vielmehr schuldete sie der Beklagten auch die hier streitigen, mit Schreiben vom 24. März 2016 abgerechneten Beträge (Bl. 42 ff. GA) für die von ihr nicht abgenommene, die vertraglich vereinbarten Mindestmengen unterschreitende „Fehlarbeit“:

**a)**

In dem Vertrag hatte sich die Klägerin für die Jahre 2014 und 2015 verbindlich zum Bezug einer bestimmten Mindestabnahmemenge an elektrischer Energie gegen entsprechende Vergütung und damit – bis zu dieser Mindestabnahmemenge – auch zur Vergütung tatsächlich nicht bezogener Kilowattstunden verpflichtet. Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 („Individuelle Preisvereinbarung“) sieht dies eindeutig vor; danach wird im Falle des Minderbezuges („Fehlarbeit“) zunächst die vereinbarte Mindestabnahmemenge auf der Basis des vereinbarten Bezugspreises in Rechnung gestellt, die Fehlarbeit wird sodann aber dem Kunden mit dem 0,9fachen des arithmetischen Mittel des „Phelix Day Base“ (stundengewichteter Durchschnittspreis der European Energy Exchange (EEX) pro Tag für die Stunde 1 – 24 von Montag bis Sonntag des entsprechenden Lieferzeitraumes), höchstens jedoch mit dem vereinbarten Bezugspreis, rückvergütet. Diese Regelung hat die Beklagte hier zur Anwendung gebracht, nachdem die Klägerin die vertraglich vereinbarten Mindestmengen im Jahre 2014 um 632.158 kWh und im Jahre 2015 um 916.785 kWh unterschritten hatte, indem sie der Klägerin diese „Fehlarbeit“ am 24. März 2016 mit einem Betrag in – nicht beanstandeter – Höhe von 35.183,85 Euro zzgl. gesetzlicher Umsatzsteuer in Rechnung stellte.

**b)**

Hierzu war die Beklagte auch berechtigt. Wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat, ist die in Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 enthaltene Regelung über die Vergütung nicht bezogener Strommengen bei Unterschreiten der vereinbarten Mindestmenge wirksam und damit Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erlangten Beträge durch die Beklagte. Entgegen der Auffassung der Klägerin verstößt diese – von ihr als „Take-or-Pay-Klausel“ bezeichnete – Regelung nicht gegen zwingende Vorschriften des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen:

## **aa)**

Bei der streitbefangenen Regelung handelt es sich allerdings, wie auch das Landgericht richtig gesehen hat, um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, auf die die §§ 305 ff. BGB grundsätzlich Anwendung finden.

### **(1)**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrags bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfasst sind und welche Form der Vertrag hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind (§ 305 Abs. 1 BGB). Das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss grundsätzlich der Vertragspartner des Verwenders darlegen und beweisen, der sich darauf beruft. Handelt es sich allerdings um einen Vertrag, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung aller Lebenserfahrung nach für eine mehrfache Verwendung entworfen wurde und vom anderen Teil gestellt worden ist, so spricht der erste Anschein für einen Formularvertrag (BGH, Urteil vom 14. Mai 1992 – VII ZR 204/90, BGHZ 118, 229; Urteil vom 27. November 2003 – VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102; Grüneberg, in: Palandt, BGB 77. Aufl., § 305 Rn. 23); die Vermutung erfasst dann alle vorformulierten Klauseln (BGH, Urteil vom 3. November 1999 – VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 104; Grüneberg, in: Palandt, a.a.O., § 305 Rn. 23).

### **(2)**

Danach ist die streitbefangene Klausel als eine den §§ 305 ff. BGB unterliegende Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen. Die Klausel ist Teil eines von der Beklagten verwendeten Formularvertrages, der zwar mit den Worten „individuelle Preisvereinbarung“ überschrieben wird und die in Ziff. 1.1 und 1.2 konkrete, für den

Einzelfall getroffene Preis- und Mengenvereinbarungen enthält, von dem jedoch im Übrigen angesichts des äußeren Erscheinungsbildes, der von der Person des konkreten Kunden losgelösten allgemeinen Formulierung sowie des Inhalts der erkennbar nicht auf den Einzelfall zugeschnittenen Regelungen in Ziff. 1.3 ff. zumindest prima facie anzunehmen ist, dass sie von der Beklagten in einer Vielzahl von Fällen gestellt werden. Darauf hat auch das Landgericht zu Recht und von den Parteien letztlich unbeanstandet abgestellt. Bei dieser Sachlage wäre es an der Beklagten gewesen, darzulegen, dass ihre Vertragsbedingungen und insbesondere die streitgegenständliche Klausel in Ziff. 1.3 individuell ausgehandelt wurden. Das setzt voraus, dass der Verwender den Kerngehalt seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem anderen Teil Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt (BGH, Urteil vom 15. Februar 2017 – IV ZR 91/16, VersR 2017, 538). Dafür ist hier jedoch nichts ersichtlich; ganz im Gegenteil folgt aus dem eigenen Sachvortrag der Beklagten, dass auch sie selbst nunmehr von der AGB-Qualität der Klausel ausgeht.

#### **bb)**

Die streitgegenständliche Klausel unterliegt auch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB. Sie enthält Regelungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).

#### **(1)**

Um beurteilen zu können, ob es sich bei der in Rede stehenden Klausel überhaupt um eine der Inhaltskontrolle unterworfenen Klausel handelt, und ebenso daran anschließend, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle standhält, ist es zunächst erforderlich, den genauen Bedeutungsgehalt der Regelung zu ermitteln (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2014 – XII ZR 164/12, NJW-RR 2015, 114; Staudinger/Michael Coester (2013) BGB § 307 Rn. 292). Hierzu ist die Klausel, vom Standpunkt eines durchschnittlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartners des Verwenders ausgehend, nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter

Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2016 – VIII ZR 152/15, NJW-RR 2016, 526; Grüneberg, in: Palandt, a.a.O., § 305c Rn. 16). Die von den Parteien verwendete Bezeichnung als „Take-or-Pay-Verpflichtung“ hilft insoweit nur begrenzt weiter, weil dieser – schlagwortartige – Begriff, wovon sowohl die Argumentation der Klägerin als auch die Ausführungen des Landgerichts zeugen, zahlreiche durchaus unterschiedliche Regelungen mit z.T. sehr differenzierten Zielsetzungen erfasst (Beispiele bei Kähler, in: Beck-online Großkommentar, Stand: 15. Juni 2018, § 307 BGB – Schadenspauschalierungsklausel Rn. 45 ff.; Thomale/Feuerstein, NJOZ 2011, 811; Kalwa, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 40. EL Oktober 2017, Gaslieferverträge Rn. 96 ff.). Entscheidend ist vielmehr, welche Zielsetzung die Klausel in der Sache verfolgt und welche gesetzlichen Regelungen bei sachgerechtem Verständnis durch sie ersetzt oder ergänzt werden sollen.

## (2)

Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 regelt die Verpflichtung der Klägerin, trotz Unterschreitens der vertraglich bestellten jährlichen Mindestabnahmemenge die dafür vereinbarte Vergütung, abzüglich einer nach bestimmten Kriterien errechneten Rückvergütung für die nicht abgenommene Differenzmenge (sog. „Fehlarbeit“), zu bezahlen. Sie schließt an die Vereinbarungen zu den wechselseitigen Leistungspflichten (Ziff. 1.1 und 1.2) und die vorangehenden Absätze an, in denen die verwendeten Begriffe definiert werden und in denen auch eine weitere Regelung für den – hier nicht einschlägigen – Fall des Überschreitens der Maximalmenge („Überschreiten des Toleranzbandes“) enthalten ist. Damit zielt die Klausel bei sachgerechtem Verständnis darauf ab, das Schicksal der von der Klägerin vertraglich übernommenen Gegenleistung – die Kaufpreisverpflichtung nach § 433 Abs. 2 BGB – für den Fall zu regeln, dass die von der Beklagten eingegangene Vertragspflicht, die Klägerin im jährlich vereinbarten Umfang mit elektrischer Energie zu beliefern (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB), nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres nicht mehr erfüllt werden kann. Energielieferverträge dieses Inhaltes sind vereinbarungsgemäß als Fixgeschäft anzusehen, weil Strom nicht gespeichert werden und die bis zum Ablauf des vereinbarten Zeitraums nicht (vollständig) abgerufene Lieferung danach nicht mehr nachgeholt werden kann (Kähler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., §

307 BGB – Schadenspauschalierungsklausel Rn. 45; Tüngler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 433 Rn. 117; Ernst, in: MünchKomm-BGB 7. Aufl., § 275 Rn. 48; Lorenz, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BeckOK-BGB, Stand: 1. August 2018, § 275 Rn. 37). Die Qualifikation eines Rechtsgeschäfts als absolutes Fixgeschäft erfordert, dass der Leistungszeitpunkt nach Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien so wesentlich ist, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung mehr darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 28. Mai 2009 – Xa ZR 113/08, NJW 2009, 2743). Das ist hier der Fall, weil die Parteien für die Jahre 2014 und 2015 jeweils Mindestbezugsmengen vereinbart haben, die von der Klägerin im jeweiligen Vertragsjahr abzunehmen waren, und wegen der fehlenden Speicherbarkeit von Strom der Zeitgleichheit von Lieferung und Bedarfsdeckung entscheidende Bedeutung zukam (Tüngler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 433 Rn. 117; vgl. auch Sachsenhauser, CuR 2009, 96, 97 f. zum Gasliefervertrag: Von einem absoluten Fixgeschäft sei dann nicht auszugehen, wenn – wie hier nicht – in dem Vertrag kein besonderes schützenswertes Interesse des Versorgers an der Einhaltung der Lieferzeit zum Ausdruck komme). Deshalb tritt hier bei nicht oder nicht vollständiger Abnahme der Vertragsmenge mit Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres insoweit (teilweise) Unmöglichkeit ein und ist die Leistungspflicht des Versorgers in Ansehung der nicht abgerufenen Strommengen ausgeschlossen (§ 275 Abs. 1 BGB; Kähler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 307 BGB – Schadenspauschalierungsklausel Rn. 45; Tüngler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 433 Rn. 117; Ernst, in: MünchKomm-BGB 7. Aufl., § 275 Rn. 48). In Anlehnung an § 326 Abs. 2 BGB, der das Schicksal der Gegenleistung betrifft, sieht Ziff. 1.3 der Anlage 1 für diesen Fall weiter vor, dass die Klägerin „zunächst“ zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet bleibt, die von ihr nicht abgenommene „Fehlarbeit“ sodann aber nach Maßgabe eines konkreten Berechnungsmodus rückvergütet wird.

### (3)

Wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat, stellt eine solche Regelung keine der Inhaltskontrolle von vornherein entzogene Leistungsvereinbarung dar, sondern eine vertragliche Ausgestaltung des sonst anwendbaren Gesetzesrechts (§ 326 Abs. 1 und 2 BGB). Nach § 307 Abs. 3 Satz 1

BGB sind zwar vertragliche Vereinbarungen betreffend Leistung und Gegenleistung, die von den Vertragsparteien nach dem Grundsatz der Privatautonomie frei bestimmt werden können, regelmäßig kontrollfrei. Allerdings führt die bloße Einstellung einer Klausel in ein Regelwerk, das Preise für Einzelleistungen bei der Vertragsabwicklung festlegt, noch nicht dazu, dass die einzelne Klausel als unselbständiger Bestandteil einer „Gesamtpreisabsprache“ jeder Kontrolle entzogen ist; vielmehr verlangt der klare Wortlaut des Gesetzes auch dann eine Prüfung, ob die Klausel lediglich deklaratorische Wirkung hat oder ob sie Rechtsvorschriften ergänzt, indem sie etwa ein Entgelt festlegt, obwohl eine Leistung für den Vertragspartner nicht erbracht wird (BGH, Urteil vom 22. November 2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856). Keine der Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbeschreibung, sondern eine kontrollfähige Preisnebenabrede liegt deshalb vor, wenn die Klausel – wie hier – zwar (mittelbare) Auswirkungen auf Preis und Leistung hat, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann (BGH, a.a.O.; Urteil vom 14. Mai 2014 – VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230). Das ist hier der Fall, weil Ziff. 1.3 der Anlage 1 nicht unmittelbar die Höhe eines von der Klägerin geschuldeten Entgelts oder sonstige Leistungen beschreibt, sondern in Ausgestaltung des sonst anwendbaren § 326 BGB den Fall regelt, dass die in den Ziff. 1.1 und 1.2 von den Parteien übernommenen Hauptleistungspflichten – hier: die Lieferung und Abnahme bestimmter (Mindest-)Mengen an elektrischer Energie gegen Zahlung der vereinbarten Vergütung – nach Ablauf des jeweiligen Kalenderjahres nicht mehr erfüllt werden können. Die daraus folgende Annahme einer Kontrollfähigkeit der Klausel wird im Übrigen auch von der Beklagten im Berufungsrechtszug nicht mehr durchgreifend in Zweifel gezogen.

**cc)**

Der Senat ist mit dem Landgericht weiterhin der Auffassung, dass die streitbefangene Regelung in Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhält.

**(1)**

Entgegen der Ansicht der Klägerin verstößt die Klausel nicht gegen das – auch im Verkehr zwischen Unternehmern im Rahmen der Generalklausel des § 307 BGB zu beachtende – Verbot der Schadenspauschalierung aus § 309 Nr. 5 BGB.

**(a)**

Das folgt zwar nicht schon aus § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach bestimmte Vorschriften des AGB-Rechts, darunter die Klauselverbote des § 309 BGB, keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen finden, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Zwar handelte die Klägerin hier unzweifelhaft als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB. Auch in diesem Fall unterliegen solche Geschäftsbedingungen jedoch der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB, und zwar auch insoweit, als dies zur Unwirksamkeit von Vertragsbestimmungen führt, die in § 309 BGB aufgeführt sind; dabei ist auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Bräuche angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 310 Abs. 1 Satz 2 BGB). Das bedeutet, dass bei der Inhaltskontrolle im unternehmerischen Verkehr die in den Klauselverboten zum Ausdruck kommenden Wertungen berücksichtigt werden sollen, soweit sie übertragbar sind (BGH, Versäumnisurteil vom 19. September 2007 – VIII ZR 141/06, BGHZ 174, 1). Deshalb ist beispielsweise eine Klausel, die die Höhe der Vergütung des Unternehmers bei vorzeitiger Vertragsbeendigung mit einer Pauschale regelt, auch im unternehmerischen Verkehr im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB an § 309 Nr. 5 Buchst. b BGB zu messen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 – VII ZR 161/10, NJW 2011, 3030).

**(b)**

Jedoch handelt es sich bei der hier verwendeten Klausel nicht um eine von § 309 Nr. 5 BGB erfasste Regelung, so dass auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift im Rahmen der Inhaltskontrolle ausscheidet (wie hier zu entsprechenden Klauseln: Thomale/Feuerstein, NJOZ 2010, 811, 815; Kähler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 307 BGB – Schadenspauschalierungsklausel Rn. 45).

Erfasst werden von § 309 Nr. 5 BGB nämlich nur pauschalierte Ansprüche des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung; darum geht es hier aber nicht. Wie bereits ausgeführt, regelt die Klausel keinen (sekundären) Schadensersatz- oder Wertminderungsanspruch der Beklagten, sondern das Schicksal der von der Klägerin geschuldeten Gegenleistung aus § 433 Abs. 2 BGB für den Fall, dass die Belieferung der Klägerin mit elektrischer Energie im vereinbarten Mindestumfang nach Ablauf des Kalenderjahres (teilweise) unmöglich wird. Dabei greift Ziff. 1.3 Abs. 4 Satz 1 auf den Rechtsgedanken des sonst unmittelbar anwendbaren § 326 Abs. 2 BGB zurück, wonach bei allein oder weit überwiegend vom Gläubiger zu verantwortender Unmöglichkeit der Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung zunächst in voller Höhe bestehen bleibt, wohingegen sich der Schuldner gewisse Vorteile darauf anrechnen lassen muss, deren Umfang allerdings vom Gläubiger im Einzelnen dargelegt und nachgewiesen werden müsste (vgl. Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 Rn. 127). Soweit Ziff. 1.3 Abs. 4 Satz 2 diese Vorteile anhand bestimmter Parameter konkretisiert und daraus eine „Rückvergütung“ für von der Klägerin nicht bezogene „Fehlarbeit“ ermittelt, führt dies zu einer pauschalierten Kürzung des vertraglichen Gegenleistungsanspruchs (vgl. Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 BGB Rn. 88), die zugunsten des Vertragspartners des Verwenders wirkt, weil sie ihm in diesem Umfang die sonst notwendige Darlegung und den Nachweis eines konkret anzurechnenden Vorteils im Sinne des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB erlässt. Eine solche Regelung begründet keinen Schadensersatz- oder Wertminderungsanspruch des Verwenders und unterfällt deshalb nicht dem Anwendungsbereich des § 309 Nr. 5 BGB.

## (2)

Soweit sich die Klägerin erstinstanzlich auch auf das Klauselverbot des § 309 Nr. 6 BGB berufen hat, ist diese Bestimmung, worauf das Landgericht zutreffend hinweist, nach ganz allgemeiner Auffassung im Verkehr zwischen Unternehmern nicht anzuwenden (vgl. Grüneberg, in: Palandt, a.a.O., § 309 Rn. 38; Wurmnest, in: MünchKommBGB 7. Aufl., § 309 Nr. 6 BGB Rn. 19; vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 12. März 2003 - XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158). Eine Inhaltskontrolle von Vertragsstrafenklauseln erfolgt zwischen Unternehmern nur im Rahmen des § 307

BGB (BGH, Versäumnisurteil vom 12. März 2003 - XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158). Davon abgesehen, regelt die streitgegenständliche Klausel aber auch inhaltlich keine Vertragsstrafe im Sinne der vorgenannten Bestimmung, unbeschadet des Umstandes, dass die Beklagte die für nicht abgenommene Energie in Rechnung gestellte Vergütung in ihrer Rechnung vom 24. März 2016 – missverständlich – als „Pönale“ bezeichnet hat. Eine Vertragsstrafe ist nur anzunehmen, wenn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung der vertraglich geschuldeten Leistung sichern und auf den Vertragspartner einen möglichst wirkungsvollen Druck ausüben soll, die übernommenen Pflichten einzuhalten (BGH, Urteil vom 25. November 1982 – III ZR 92/81, NJW 1983, 1542; vgl. Grüneberg, in: Palandt, a.a.O., § 276 Rn. 26; Wurmnest, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 309 Nr. 6 Rn. 2). Das ist bei der hier in Rede stehenden Regelung, die – wie bereits ausgeführt – das Schicksal der Gegenleistung bei Unmöglichkeit infolge Unterschreitens der vereinbarten Mindestabnahmemenge regelt, nicht der Fall.

### **(3)**

Wie das Landgericht, vermag auch der Senat in der streitbefangenen Regelung keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin zu erkennen. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist gemäß § 307 Abs. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Schließlich kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Keiner dieser Fälle ist hier gegeben:

### **(a)**

Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 bewirkt keine unangemessene Benachteiligung wegen einer Unvereinbarkeit der Klausel mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen

Regelung, von der abgewichen wird (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Wie bereits ausgeführt, tritt die streitbefangene Klausel an die Stelle der sonst einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über das Schicksal der Gegenleistung im Falle der Unmöglichkeit der Leistung (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 und 2 BGB; Kähler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 307 BGB Rn. 45). Hiervon weicht die Klausel nicht in entscheidender, die Klägerin unangemessen benachteiligender Art und Weise ab. Dies wäre denkbar, wenn dadurch der Beklagten eine Gegenleistung vorbehalten würde, die diese nach dem Gesetz nicht zu beanspruchen hätte (Staudinger/Schwarze (2015) BGB § 326, Rn. B 83; vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1981 – I ZR 201/79, NJW 1982, 181; s. auch BGH, Urteil vom 4. Juni 1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 106). Das ist hier jedoch nicht der Fall und auch nicht zu befürchten. Durch die – im unternehmerischen Verkehr bedenkenfreie – Vereinbarung einer jährlichen Mindestabnahmemenge (Ziff. 1.1 und 1.2) hat die Klägerin vertraglich die Gefahr für den Eintritt eines sich daraus ergebenden Leistungshindernisses übernommen; dies hat zur Folge, dass sie auch bei Anwendung der gesetzlichen Regelung (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB) zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, wenn sich dieses Leistungshindernis – wie hier – später verwirklicht (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2010 – III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916; Urteil vom 13. Januar 2011 – III ZR 87/10, BGHZ 188, 71). Indem Ziff. 1.3 Abs. 4 Satz 1 vorsieht, dass bei Unterschreitung des Toleranzbandes die Mindestabnahmemenge zunächst auf Basis der Preise gemäß Ziff. 1.1 in Rechnung gestellt wird, spricht die Klausel mithin nur das aus, was auch im Gesetz so geregelt ist (§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die in Ziff. 1.3 Abs. 4 Satz 2 enthaltene Regelung über die Rückvergütung der Fehlarbeit trägt der gesetzlichen Anrechnungsregelung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB Rechnung, wonach dem Schuldner trotz Fortbestehens der Gegenleistungspflicht keine ungerechtfertigten Vorteile verbleiben sollen. Zu den hiernach anrechnungspflichtigen Vorteilen zählen insbesondere die Reste des Leistungsgegenstandes und daraus gezogene Gewinne oder Nutzungen oder der Erlös aus einer anderweitigen Verwertung des Leistungsgegenstandes (Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 BGB Rn. 92). Soweit die Klausel Kriterien zur Berechnung der Rückvergütung festlegt, die der Ermittlung des anzurechnenden Betrages dienen sollen, steht das zu dem Leitbild der gesetzlichen Regelung, die dadurch näher ausgestaltet werden soll, nicht von vornherein in Widerspruch.

**(b)**

Die Klausel benachteiligt die Klägerin auch nicht unangemessen dadurch, dass wesentliche, aus der Natur des Vertrags sich ergebende Rechte oder Pflichten so eingeschränkt würden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wäre (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Das ist regelmäßig dann anzunehmen, wenn die Klausel zu einer Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen („Kardinalpflichten“) des Vertragspartners führt, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 121/04, NJW 2005, 1496; Wurmnest, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 307 BGB Rn. 70). Davon kann hier jedoch keine Rede sein. Ziff. 1.3 regelt das Schicksal der Gegenleistungspflicht bei Unmöglichkeit der jährlichen Mindestabnahmepflicht unter Rückgriff auf die gesetzliche Regelung des § 326 Abs. 2 BGB, die sonst Anwendung fände und die hinsichtlich der Berechnung der anzurechnenden Vorteile lediglich näher ausgestaltet wird. Grundlegende Vertragspflichten der Parteien werden hierdurch nicht berührt oder gar zu Lasten der Klägerin in Zweifel gezogen.

**(c)**

Die Klausel stellt auch im Übrigen keine unangemessene Benachteiligung der Klägerin im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Unangemessen in diesem Sinne sind Klauseln, durch die der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856). Diese Beurteilung erfordert eine Interessenabwägung, bei der die typischen Belange der beteiligten Kreise zu würdigen sind (BGH, Urteil vom 4. Juli 1997 - V ZR 405/96, NJW 1997, 3022). Die Feststellung, ob eine Klausel die Grenzen eines angemessenen Interessenausgleichs im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB überschreitet, kann nicht ohne Berücksichtigung der Art des konkreten Vertrages, der typischen Interessen der Vertragschließenden und der die jeweilige Klausel begleitenden Regelungen getroffen werden (BGH, Urteil vom 14. Mai 2014 – VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230). Im Streitfall führt die gebotene Abwägung der

beiderseitigen Interessen zu dem Ergebnis, dass die von der Beklagten verwendete Regelung über die „Abrechnung bei Unterschreitung des Toleranzbandes“ im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht zu beanstanden ist:

**(aa)**

Ziff. 1.3 Abs. 4 bewirkt – auch in Verbindung mit der vereinbarten Mindestabnahmeverpflichtung – keine für die Klägerin nachteilige Ausgestaltung der Rechtslage. Die vertraglich vereinbarte Rechtsfolge ist, wie bereits ausgeführt, keine andere als nach dem Gesetz. Die Klägerin, die sich – auch im eigenen Interesse – vertraglich zur Abnahme einer bestimmten Mindestmenge an elektrischer Energie pro Jahr verpflichtet hatte, was im unternehmerischen Verkehr zweifellos unbedenklich ist, übernahm damit das Risiko einer durch die nicht fristgerechte Abnahme veranlassten (teilweisen) Unmöglichkeit der Leistung der Beklagten (§ 275 Abs. 1 BGB). Das rechtfertigt es, die Klägerin nach der gesetzlichen Regelung des § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB für verpflichtet zu halten, die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2010 – III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916; Urteil vom 13. Januar 2011 – III ZR 87/10, BGHZ 188, 71). Nichts anderes regelt diese Klausel. Durch die ebenfalls vorgesehene Rückvergütung nicht abgerufener Mindestmengen wird dem Kompensationsgedanken (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2012 – VII ZR 222/12, NJW 2013, 856) unter Übernahme und Konkretisierung der in § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB vorgesehenen Vorteilsanrechnung in angemessener Weise Rechnung getragen. Im Gegensatz zu der von der Klägerin erwähnten „bring-or-pay-Klausel“, die dem vorgenannten Urteil des Bundesgerichtshofes vom 22. November 2012 zugrunde lag, bewirkt die hiesige Regelung damit keine unzulässige Verlagerung des unternehmerischen Risikos der Beklagten auf die Klägerin. Dies folgt, worauf die Berufung zu Recht hinweist, zwar nicht schon aus dem Umstand, dass die Beklagte vertraglich gehalten war, nachträgliche Änderungen ihres Bedarfs unverzüglich mitzuteilen (Ziff. 1.4.2 der AGB der Beklagten). Denn die Entscheidung, welche Mengen an elektrischer Energie die Klägerin jährlich benötigte, musste diese ohnehin, und zwar ex-ante, selbst treffen. Dies war ihr aber auch ohne weiteres möglich, weil sie ihre eigenen Verbräuche aus der Vergangenheit kannte und auch nur sie selbst zuverlässig in der Lage war, die im Vertragszeitraum benötigte Menge an elektrischer Energie unter Berücksichtigung

des von ihr zu erwartenden Bedarfes zu kalkulieren. Soweit sie sich vertraglich verpflichtete, bestimmte Mengen zum vereinbarten Preis abzunehmen, übernahm sie damit bewusst das vertragliche Risiko, auch nicht benötigte Kilowattstunden vergüten zu müssen. Dass die vereinbarte Vertragsbindung auf zwei Jahre einen überschaubaren und im unternehmerischen Verkehr keinesfalls unangemessenen oder ungewöhnlichen Zeitraum darstellt, liegt ebenfalls auf der Hand. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass das Eingehen einer solchen Verpflichtung auch im Interesse der Klägerin lag. Mit der Vereinbarung zur Abnahme größerer Mengen sind typischerweise – gerichtsbekannt – Preisnachlässe verbunden, mit denen der Lieferant die ihm aus der Vertragsbindung erwachsenden Vorteile bei der Kalkulation seines eigenen Bedarfs (teilweise) an seinen Kunden weiterreicht, was ebenfalls dem offensichtlichen Anliegen der Klägerin entsprach, Energie zu einem möglichst günstigen Bezugspreis zu erhalten.

**(bb)**

Auch die in Ziff. 1.3 Abs. 4 Satz 2 enthaltene Regelung über die Berechnung der anzurechnenden Rückvergütung benachteiligt die Klägerin nicht in unangemessener Weise. Bei Anwendung der gesetzlichen Regelung des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB müsste sich die Beklagte auf ihren fortbestehenden Vergütungsanspruch dasjenige anrechnen lassen, was sie infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Diese Voraussetzungen müsste nach allgemeinen Grundsätzen die Klägerin darlegen und beweisen; allein in Ansehung der Abläufe und Gegebenheiten, die aus ihrer innerbetrieblichen Sphäre stammen, träfe die Beklagte im Rahmen des Zumutbaren eine sekundäre Darlegungslast (BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 - X ZR 108/02, NJW-RR 2004, 989; Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 Rn. 127). Indem die Klausel diese anzurechnenden Vorteile dadurch konkretisiert, dass sie die Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten jährlichen Mindestmenge und der tatsächlich bezogenen Menge (sog. Fehlbetrag) pauschal mit dem 0,9-fachen des stundengewichteten Durchschnittspreises der European Energy Exchange, sog. „Phelix Day Base“, bewertet und den daraus sich ergebenden Betrag von dem Vergütungsanspruch der Beklagten in Abzug bringt, enthebt sie die Klägerin dieser – mit offenkundigen praktischen Schwierigkeiten verbundenen – Darlegungs- und

Beweislast. Da die anzurechnenden Beträge abstrakt ermittelt werden, wird zeitraubender Streit über die Höhe der Anrechnung vermieden, was, ebenso wie die aus der zeitnahen und endgültigen Erledigung abgelaufener Geschäftsjahre resultierenden wirtschaftlichen Vorteile, letztlich beiden Parteien gleichermaßen zugutekommt. Dabei trägt die Regelung dem Kompensationsgedanken Rechnung, was letztlich auch die Berufung einräumt, weil sie verhindert, dass der Lieferant „doppelten Gewinn“ macht (Bl. 156 GA): Konkret verbleibt es bei der Pflicht zur Vergütung nicht abgenommener Strommengen nur insoweit, als die Klägerin ihrer vertraglichen Mindestabnahmepflicht nicht nachkommt und das 0,9-fache des Börsenpreises den Vertragspreis unterschreitet. Die Klausel gewährleistet aus Sicht der Beklagten damit das Interesse an einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung im Rahmen der vereinbarten Mindestabnahmemenge; ein solches Anliegen ist jedoch grundsätzlich nicht unangemessen. Eine Regelung wie die vorliegende, nach der der Kunde die bestellten Mindestmengen zum Vertragspreis bezahlen, diese aber nicht vollständig abnehmen muss und die nicht abgenommenen Mengen zum 0,9-fachen Wert des Börsenpreises oder eines anderen regionalen Mehr-/Mindermengenpreises vergütet erhält, trägt den wechselseitigen Interessen der Beteiligten in angemessener Weise Rechnung und wird dementsprechend auch in der einschlägigen Literatur als wirksam erachtet (vgl. Thomale/Feuerstein, NJOZ 2011, 811, 818; Kalwa, in: Graf von Westphalen, a.a.O., Gaslieferverträge Rn. 102; s. auch Kähler, in: Beck-online Großkommentar, a.a.O., § 307 BGB – Schadenspauschalierungsklausel Rn. 45.2).

**(cc)**

Die mit der Berufung erneuerten Bedenken gegen die Angemessenheit der pauschalierten Rückvergütung anhand des Börsenpreises verfangen ebenfalls nicht. Für einen Energieversorger liegt es zwar nahe, nicht rechtzeitig abgerufene Mindestmengen anderweitig zu veräußern, soweit ihm das möglich ist; dies auch schon mit Blick auf seine Obliegenheit, anderweitigen Erwerb nicht böswillig zu unterlassen (§ 326 Abs. 2 Satz 2 BGB). Aus dieser gesetzgeberischen Wertung folgt indes nicht, dass von einem Gläubiger generell verlangt werden müsste, sich im Interesse des Schuldners um ein aus dessen Sicht bestmögliches Deckungsgeschäft zu bemühen. Es soll hierdurch nur eine Besserstellung des Schuldners gegenüber

der Situation bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vertrages verhindert werden (Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 Rn. 88). Da die Beklagte vorträgt, sie habe den nicht abgenommenen Strom über die Strombörse zum Börsenpreis veräußern müssen und mangels entgegen stehenden Vortrages der Klägerin nicht unterstellt werden kann, dass die Beklagte ohne weiteres in der Lage wäre, nicht abgenommene Mindestmengen anderweitig zum Vertragspreis zu veräußern, erscheint das Abstellen auf einen angemessenen Anteil des durchschnittlichen, an der Strombörse erzielbaren Preises als eine probate Bezugsgröße. Soweit die Klägerin das anders sieht, erläutert sie auch nicht, weshalb dieser Börsenpreis, der nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen aus dem Ergebnis von Angebot und Nachfrage resultiert, den allgemeinen tatsächlichen Gegebenheiten widersprechen sollte und auf welchen anderen Bezugswert richtigerweise abgestellt werden müsste. Dass diese Bezugsgröße nicht einseitig zu Lasten der Klägerin gewählt wurde, zeigt sich darin, dass auch die Beklagte den Börsenpreis gegen sich gelten lässt, und zwar für den Fall, dass der Strombedarf der Klägerin das vereinbarte Toleranzband überschreitet und der Marktpreis den Vertragspreis übersteigt; dann wird jede zusätzliche Kilowattstunde mit dem 1,1-fachen dieses Börsenpreises abgerechnet (Ziff. 1.3 Abs. 2 der Anlage 1). Soweit die Klägerin schließlich auch mit der Berufung erneut beanstandet, die geforderte Pauschale übersteige den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden (Bl. 39 GA), weil der Preis an der Strombörse mit dem tatsächlich eintretenden Schaden nichts zu tun und die Klägerin weder Aufwand noch Kosten habe (Bl. 101 GA), übersieht sie, dass es bei der vorliegenden Berechnung gerade nicht um einen von der Beklagten nachzuweisenden Schadensersatzanspruch geht, sondern um anderweitigen Erwerb im Sinne des § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB, für den sie selbst darlegungs- und beweisbelastet wäre. Dementsprechend geht auch die Einschätzung, die in Anwendung der Klausel geschuldeten Beträge überstiegen den nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge zu erwartenden Schaden, schon im Ansatz fehl.

**(dd)**

Andere substantielle Bedenken gegen die Angemessenheit der Klausel sind nicht ersichtlich und werden von der Berufung nicht aufgezeigt. Das gilt insbesondere für den Hinweis der Klägerin, das Landgericht habe ohne Darlegung eigener

Sachkenntnis oder ausreichende vorherige Aufklärung aus der handelsbräuchlichen Verwendung auf die Praktikabilität und Angemessenheit der Vereinbarung geschlossen. Das Landgericht hat im Zuge der Darstellung der Grundsätze der Inhaltskontrolle von AGB, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, lediglich auf die Bestimmung des § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB hingewiesen und in diesem Zusammenhang unter Rückgriff auf entsprechende Literaturfundstellen – abstrakt und ohne Bezug zu der hier verwendeten Klausel – darauf hingewiesen, dass die handelsbräuchliche Verwendung innerhalb einer Branche die Vermutung der Praktikabilität und Angemessenheit einer solchen Vereinbarung im geschäftlichen Verkehr im Grundsatz in sich trage (Seite 13 des Urteils). Die Klägerin bemängelt diese Argumentation; jedoch sagt sie nicht, welche ggf. aus ihrer Sicht zu berücksichtigenden Gewohnheiten oder Gebräuche einer Wirksamkeit der im konkreten Fall verwendeten Klausel entgegenstehen sollen.

**(d)**

Schließlich verstößt die streitgegenständliche Klausel auch nicht gegen das in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerte Transparenzgebot. Nach dieser Vorschrift kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung in AGB nicht klar und verständlich ist. Danach ist der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben gehalten, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen; insbesondere müssen Nachteile und Belastungen so weit erkennbar werden, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2005 – IV ZR 273/03, BGHZ 162, 210). Das ist hier in ausreichendem Maße geschehen, und Anderes wird im Übrigen auch von der Klägerin nicht geltend gemacht. Die verwendete Klausel ist aus sich heraus verständlich. Die die Klägerin treffende Verpflichtung, nicht abgenommene Mindestmengen zunächst in voller Höhe zu vergüten, geht daraus klar und eindeutig hervor, die geschuldeten Beträge lassen sich ohne weiteres errechnen, die Grundlagen zur Berechnung des Anrechnungsbetrages werden in klarer und verständlicher Weise dargestellt. Verwendete Fachbegriffe, insbes. der Verweis auf den „Phelix Day Base“, werden auch für die Klägerin als einer im Rechtsverkehr erfahrenen Kapitalgesellschaft (Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB) in ausreichender Weise erläutert.

**c)**

Ist die streitgegenständliche Klausel in Ziff. 1.3 Abs. 4 der Anlage 1 mithin als wirksam anzusehen, so liegt ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erlangten Vergütung durch die Beklagte vor und scheidet der mit der Klage geltend gemachte Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) schon aus diesem Grunde. Dessen unbeschadet, wäre die vorliegende Klage aber auch für den Fall, dass die vereinbarte Klausel entgegen den vorstehenden Ausführungen als unwirksam anzusehen wäre, unbegründet, weil sich die Rechtslage bei Anwendung des dann zu Zuge kommenden Gesetzesrechts nicht anders darstellen würde:

**aa)**

Rechtsfolge einer – im Folgenden unterstellten – Unwirksamkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen wäre, dass der Vertrag gemäß § 306 Abs. 1 Alt. 1 BGB im Übrigen wirksam bleibt und sich sein Inhalt gemäß § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften richtet; hierzu zählen auch die Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB, in denen die ergänzende Vertragsauslegung ihre Grundlage hat. Eine ergänzende Vertragsauslegung kommt dabei 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 (BGH, Urteil vom 14. Juli 2010 – VIII ZR 246/08, BGHZ 186, 180; Basedow, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 306 Rn. 21 ff., 23). Vorliegend existieren mit den §§ 275, 326 BGB gesetzliche Regelungen, die durch die streitgegenständliche Klausel ausgestaltet werden, auf die aber in Ermangelung einer solchen vorrangigen vertraglichen Regelung ohne weiteres zurückgegriffen werden kann. Wird die Erfüllung der Leistungspflicht des Schuldners – hier: der Beklagten – unmöglich, weil nach Ablauf der Vertragsperiode die vereinbarte Leistung – bis zur Höhe der Mindestabnahmemenge – nicht mehr erbracht werden kann, so richtet sich das Schicksal der Gegenleistung nach § 326 Abs. 2 BGB, sofern der Gläubiger – wie hier die Klägerin – das Risiko der Nichterfüllung vertraglich übernommen hat (vgl. BGH,

Urteil vom 11. November 2010 – III ZR 57/10, NJW-RR 2011, 916; Urteil vom 13. Januar 2011 – III ZR 87/10, BGHZ 188, 71).

**bb)**

Dass die Klägerin durch die von ihr erbrachte Zahlung auf den nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB im vertraglich vereinbarten Mindestumfang fortbestehenden Vergütungsanspruch mehr geleistet hätte, als sie nach dem Gesetz schuldete, und die Beklagte dadurch zu Unrecht bereichert wäre, hat sie nicht dargelegt und bewiesen. Zwar musste sich die Beklagte gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2 BGB auf ihren grundsätzlich fortbestehenden Vergütungsanspruch dasjenige anrechnen lassen, was sie infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung ihrer Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlassen hat. Dass und in welchem konkreten Umfang dies der Fall war, hätte allerdings die Klägerin darlegen und beweisen müssen, nachdem die Beklagte vorgetragen hatte, nicht abgenommene Strommengen zum Börsenpreis veräußert und unter Berücksichtigung ihrer damit verbundenen Aufwendungen das 0,9-fache dieses Preises an die Klägerin rückvergütet zu haben, wodurch sie ihrer sekundären Darlegungslast (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2004 - X ZR 108/02, NJW-RR 2004, 989; Ernst, in: MünchKommBGB, a.a.O., § 326 Rn. 127) gerecht geworden war. Dies hat die Klägerin jedoch nicht getan, worauf der Senat ausdrücklich hingewiesen hat. Damit steht nicht fest, dass der Beklagten über die von ihr eingeräumten und der Klägerin gutgebrachten Beträge weitere Vorteile verbleiben, die sie tatsächlich gezogen oder böswillig nicht gezogen hat und um die sie daher ungerechtfertigt bereichert wäre. Deshalb scheiterte die Rückzahlungsklage auch, wenn man mit der Klägerin davon ausgehen wollte, dass die beanstandete vertragliche Regelung unwirksam ist und der Fall nach dem dispositiven Gesetzesrecht zu lösen wäre.

**3.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Streitgegenstand ist ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch, dessen Bestehen einer Beurteilung im Einzelfall unterliegt. Dass sich die in diesem Zusammenhang zu beurteilende Frage der Wirksamkeit der Vertragsklausel in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Fortentwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl. BGH, Beschluss vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288), ist nicht erkennbar; überdies ist diese Frage letztendlich auch nicht entscheidungserheblich.

#### 4.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 3, 4 ZPO, §§ 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG.

gez. Dr. Müller

Dr. Eckstein-Puhl

Dr. Schneider

Ausgefertigt

Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle