

19 S 48/09

(Geschäftsnummer)



verkündet am 26.10.2010

Lehmann, Justizobersekretärin

als Urkundsbeamt(e) der Geschäftsstelle

Landgericht Frankfurt (Oder)

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

EWE ENERGIE AG vertreten durch den Vorstand, Tirpitzstraße 39, 26122 Oldenburg

- Berufungsklägerin und Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Kramer, Lemke, Wilken,
Gartenstraße 18,
26122 Oldenburg

g e g e n

- Berufungsbeklagter und Beklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Erik Wassermeier,
Anna-Louisa-Karsch-Straße 7,
10178 Berlin

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder)
auf die mündliche Verhandlung vom 26.10.2010
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Seidel als Vorsitzende,

den Richter am Landgericht Weinmann
und die Richterin am Landgericht Dr. Weder
als beisitzende Richter(innen)

für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin vom 16.07.2009 gegen das Urteil des Amtsgerichts Strausberg vom 01.07.2009 – 23 C 241/08 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet (§§ 708 Nr. 10, 711 ZPO).

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 407,12 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt vom Beklagten den Ausgleich von Zahlungsrückständen für die Lieferung von Erdgas.

Am 22.07.1999 beantragte der Beklagte bei der Klägerin einen Gas-Neuanschluss für sein Einfamilienhaus. In dem vom Beklagten ausgefüllten Antragsformular heißt es u.a.:

„ ... Es wird die Versorgung mit Erdgas zum Sondertarif der EWE beantragt.

Anmerkungen zur Auftragserteilung: ...

Der Auftrag erfolgt aufgrund der „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden“ (AVBGasV) vom 21. Juni 1979 einschließlich der „Ergänzenden Bestimmungen der EWE Aktiengesellschaft“ in der jeweils gültigen Fassung. ...“

Im Anschluss übersandte die Klägerin dem Beklagten eine schriftliche Vertragsbestätigung. In dieser heißt es u.a.:

„...Grundlage des Vertragsverhältnisses zwischen Ihnen und uns ist die bundeseinheitliche Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Gas (AVBGasV). Ein Exemplar dieser Bedingungen ist beigelegt. ...“

Dem Schreiben war die AVBGasV als Anlage beigelegt. Der Beklagte wurde von der Klägerin mit Gas im sog. Tarif „Sondereinbarung S I“ beliefert. In den Jahresabrechnungen wurde unter dem Punkt „Erläuterungen“ auf die Anwendung der AVBGasV bzw. später die GasGVV von der Klägerin hingewiesen. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war ein Arbeitspreis von 2,39 Cent / kWh vereinbart.

Der Beklagte widersprach erstmals mit Schreiben vom 12.12.2004 einer von der Klägerin vorgenommenen Gaspreiserhöhung und der entsprechenden Jahresabrechnung vom 10.12.2004.

Mit der Jahresabrechnung vom 16.12.2005 - Abrechnungszeitraum 30.11.2004 bis 28.11.2005 - begehrte die Klägerin vom Beklagten die Zahlung von 89,76 € und setzte 80 € als neuen monatlichen Abschlagsbetrag fest. Zugrunde gelegt wurde hierbei ein Entgelt in Höhe von 871,45 € für die Lieferung von 16.970 kWh Erdgas. Als Arbeitspreise waren 3,60 Cent/kWh für 12.666 kWh (30.11.2004 bis 31.07.2005) und 4,08 Cent/kWh für 4.304 kWh (01.08.2005 bis 28.11.2005) im sog. Tarif „Sondereinbarung S I“ abgerechnet. Der Beklagte hatte im Abrechnungszeitraum Vorauszahlungen in Höhe von 786,69 € geleistet.

Mit Schreiben vom 23.12.2005 widersprach der Beklagte der zum 01.08.2005 vorgenommenen Preiserhöhung bzw. der Jahresabrechnung vom 16.12.2005.

Unter dem 27.2.2006 widersprach der Beklagte einer Preiserhöhung zum 1.2.2006 und berief sich hierbei auch auf § 30 AVBGasV.

Mit der Jahresabrechnung vom 19.12.2006 - Abrechnungszeitraum 29.11.2005 bis 30.11.2006 - beehrte die Klägerin vom Beklagten die Zahlung von 302,94 € und setzte 89 € als neuen monatlichen Abschlagsbetrag fest. Zugrunde gelegt wurde hierbei ein Entgelt in Höhe von 998,68 € für die Lieferung von 16.953 kWh Erdgas. Als Arbeitspreise waren 4,08 Cent/kWh für 5.583 kWh (29.11.2005 bis 31.01.2006), 4,46 Cent/kWh für 7.017 kWh (01.02.2006 bis 31.07.2006), 4,46 Cent/kWh für 2.203 kWh (01.08.2006 bis 31.10.2006) und 4,71 Cent/kWh für 2.150 kWh (01.11.2006 bis 30.11.2006) im sog. Tarif „Sondervereinbarung S I“ abgerechnet. Der Beklagte hatte im Abrechnungszeitraum Vorauszahlungen in Höhe von 813,05 € geleistet.

Der Beklagte widersprach mit Schreiben vom 28.12.2006 auch der Jahresabrechnung vom 19.12.2006 aufgrund einer aus seiner Sicht unbilligen Gaspreiserhöhung. In Bezug auf die Vorauszahlungen für die nächste Abrechnungsperiode führt er in diesem Schreiben folgendes aus:

„Hieraus ergibt sich eine monatliche Vorauszahlung ab Januar 2007 von monatlich 70 €, statt der von ihnen festgesetzten 89 €. Aus der Jahresabrechnung 2006 ergibt sich eine Nachzahlung von 0,05 €, welche mit dem 1. Abschlagbetrag im Januar 2007 gezahlt wird.“

Der Beklagte zahlte Ende Dezember 2006 70,05 € und in den folgenden Monaten des Jahres 2007, außer Januar, zum Monatsanfang jeweils 70 €.

Mit Schreiben vom 4.1.2007 informierte die Klägerin den Beklagten über eine Anpassung der Vertragsbedingungen, nachdem die GasGVV an die Stelle der AVBGasV getreten war. In dem Schreiben heißt es u.a.:

„...Nach dem neuen Gesetz hat jeder Haushaltskunde Anspruch auf die Belieferung mit Erdgas im Rahmen der Grundversorgung. Dies entspricht bei EWE der Versorgung zur „EWE Erdgas Grundversorgung“ (ehemals Basistarif). Erfolgt die Erdgasbelieferung

außerhalb dieser Grundversorgung, müssen nach dem neuen Gesetz bestimmte Regelungen angepasst werden. Sie beziehen Ihr Erdgas derzeit auf Grundlage der für Sie besonders preisgünstigen Sondervereinbarung nicht nach der Grundversorgung. Deshalb müssen wir Ihren Vertrag anpassen. Für die Erdgasversorgung entsprechend der Preisregelung „EWE Erdgas classic“ (ehemals SI) gelten ab dem 1. April 2007 folgende Bestimmungen:

Vertragsgrundlage

Die Lieferung von Erdgas erfolgt auf der Grundlage der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV...)...

Mit der Jahresabrechnung vom 17.12.2007 begehrte die Klägerin vom Beklagten die Zahlung von 407,12 € und setzte 81 € als neuen monatlichen Abschlagsbetrag fest. Zugrunde gelegt wurde hierbei ein Entgelt in Höhe von 944,23 € für die Lieferung von 14.872 kWh Erdgas abzüglich berücksichtigter Vorauszahlungen in Höhe von 537,11 €. Die Abrechnung gestaltet sich im Einzelnen wie folgt:

Berechnung	Preise		Menge kwh	Tage	Betrag
01.12.06 – 31.12.06					
Sondervereinbarung SI	Arbeitspreis	4,71 Cent/kWh	x 2.338		110,12 €
Sondervereinbarung SI	Grundpreis	120 € Jahr		x 31	10,19 €
01.01.07 – 31.03.07					
Sondervereinbarung SI	Arbeitspreis	4,71 Cent/kWh	x 6.374		300,22 €
Sondervereinbarung SI	Grundpreis	120 € Jahr		x 90	29,59 €
01.04.07 – 02.12.07					
classic	Arbeitspreis	4,31 Cent/kWh	x 6.160		265,50 €
classic	Grundpreis	120 € Jahr		x 246	80,88 €
		Summe Erdgas	14.872		796,50 €
		zzgl. 19% Mwst. auf 676,19 €			128,48 €
		zzgl. 16% Mwst. auf 120,31 €			19,25 €
Rechnungsbetrag Erdgas					944,23 €

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Entgeltforderung aus der Jahresabrechnung vom 17.12.2007 in Höhe von 407,12 € gegen den Beklagten geltend gemacht. Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das amtsgerichtliche Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Amtsgericht hat die Klage mit Urteil vom 01.07.2009 abgewiesen. Es hat zunächst darauf verwiesen, dass die Klage lediglich wegen eines Betrages in Höhe von 74,23 € schlüssig sei, da im Hinblick auf die geleisteten monatlichen Abschläge von 70 € statt 537,11 € ein Gesamtabschlagsbetrag von 870 € in die Jahresabrechnung hätte eingestellt werden müssen. Wegen der verbleibenden 74,23 € hat das Amtsgericht darauf abgestellt, dass die einseitigen Preiserhöhungen nicht rechtmäßig gewesen seien, so dass ausgehend vom erstmaligen Widerspruch des Beklagten im Jahr 2004 der Preisstand von Ende 2004 in Ansatz gebracht werden müsse. Danach müsse ein Arbeitspreis von 3,60 Cent/kWh zugrunde gelegt werden, so dass sich kein Nachzahlungsbetrag mehr ergäbe.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin den geltend gemachten Anspruch weiter. In Bezug auf die vom Amtsgericht vorgenommene Berücksichtigung von Vorauszahlungen meint sie, dass die Entscheidung überraschend sei. Insoweit seien schon die Erklärungen des Beklagten zu seinen künftigen Zahlungen (Anlage K 22) undurchsichtig gewesen und dieser habe die Zahlungen auch nicht wie angekündigt vorgenommen. Es sei auch klargestellt gewesen, dass die Klägerin die Bezahlung des bis zum 02.12.2007 gelieferten Erdgases mit der Klage verlange. Selbst wenn man zu Gunsten des Beklagten Vorauszahlungen in Höhe von 840 € in der Jahresabrechnung für 2007 berücksichtigen würde, würden dann für die Jahresabrechnungen 2005, 2006 noch Beträge offen stehen, so dass es bei den geltend gemachten 407,12 € verbleibe. Insofern werde - hilfsweise - die Klageforderung auch auf die Jahresabrechnungen 2005 und 2006 gestützt. Dies sei wegen des unveränderten Kerns des Lebenssachverhaltes auch keine Klagänderung, selbst wenn dies aber so wäre, sei die Klageänderung in der Berufungsinstanz zulässig. Im Übrigen sei der Beklagte als Tarifikunde anzusehen, die AVBGasV sei auf den streitgegenständlichen Vertrag kraft Gesetzes anzuwenden gewesen. Aus § 4 AVBGasV folge nun entgegen der Ansicht des Amtsgerichts ein Preisanpassungsrecht für die Klägerin. Selbst wenn es sich vorliegend um einen Sonderkundenvertrag handele, folge das Preisanpassungsrecht aus § 4 AVBGasV. Der Beklagte habe die AVBGasV bereits vor Vertragsschluss mit dem Auftragsschreiben erhalten und eine Vielzahl der auf dieser Grundlage vorgenommenen Preisanpassungen ohne Beanstandungen akzeptiert. Zumindest mit der unstreitigen Übersendung der AVBGasV durch die Vertragsbestätigung habe der Beklagte durch die fortgesetzte Gasentnahme das „neue“ Angebot in Form der Einbeziehung der AVBGasV angenommen. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass bei Massengeschäften bzw.

Dauerschuldverhältnissen nicht dieselben strengen Einbeziehungs Voraussetzungen gelten können, wie bei Verträgen, die auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet seien. Insbesondere folge dies schon daraus, dass der Gaslieferungsvertrag bereits konkludent durch die bloße Entnahme von Gas geschlossen werden könne. Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass der Beklagte sich mit seinen Widersprüchen lediglich gegen die Billigkeit von Preiserhöhungen gewandt hatte, die Klägerin habe die Billigkeit aber gewahrt. Die Einbeziehung der AVB GasV folge weiterhin auch daraus, dass der Beklagte sich außergerichtlich selber auf die Geltung der Verordnung berufen habe. Letztlich habe es sich um eine jahrelange vom beiderseitigen Willen getragene Übung gehandelt, dass das Vertragsverhältnis auf Grundlage der AVB GasV abgewickelt werde. Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben, sei von einer Einbeziehung auszugehen.

Die Klägerin beantragt,

das angefochtene Urteil des Amtsgerichts vom 01.07.2009 abzuändern, und den Beklagten zu verurteilen, an sie 407,12 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 25.11.2008 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil im Ergebnis.

II.

Die Berufung der Klägerin ist gemäß § 511 Abs. 1 ZPO statthaft und auch im übrigen zulässig, insbesondere gemäß § 517 ZPO fristgerecht eingelegt. Das Amtsgericht hat die Berufung zugelassen (§ 511 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Die Berufung ist allerdings unbegründet.

Das Amtsgericht hat im Ergebnis zu Recht das Bestehen des geltend gemachten Zahlungsanspruchs aus dem verfahrengegenständlichen Gaslieferungsvertrag abgelehnt.

1. Streitgegenständlich ist zunächst die Bezahlung der von der Klägerin erstellten Jahresabrechnung vom 17.12.2007 mit welcher 407,12 € als Entgeltforderung für die Lieferung von Gas im Zeitraum vom 01.12.2006 bis 02.12.2007 geltend gemacht wurden. Dies ist dem Wortlaut der Anspruchsbegründung, eindeutig zu entnehmen (Bl. 79 d.A.). Danach machte die Klägerin ausschließlich Entgeltforderungen für die Belieferung des Beklagten mit Erdgas im Zeitraum vom 01.12.2006 bis zum 02.12.2007, welcher Gegenstand der Abrechnung vom 17.12.2007 ist, geltend. Soweit die Klägerin, wie sie mit ihrer Berufung zum Ausdruck bringt, „hilfsweise“ auch auf die Entgeltforderungen aus den Jahresabrechnungen 2005 und 2006 zurückgreifen möchte, ist dies nur im Rahmen einer Klageänderung möglich, § 263 ZPO. Denn die Abrechnungen für die Jahre 2005 und 2006 betreffen mit den abweichenden Leistungszeiträumen andere Lebenssachverhalte, so dass ein neuer Streitgegenstand gegeben ist. Eine Klageerweiterung ist dahingehend auch vor dem Amtsgericht nicht erfolgt. Die Klägerin hat nämlich erstinstanzlich zu keinem Zeitpunkt erklärt, dass sie ihren Anspruch (hilfsweise) auch auf die Jahresabrechnungen 2005 und 2006 stützen will. Auch die Erklärung der Klägerin im Schriftsatz vom 29.05.2009, dass sie die restliche Bezahlung des bis zum 02.12.2007 gelieferten Erdgases verlange, ist zu unspezifiziert, um eine Klageänderung begründen zu können. Weder wird in Abweichung von der Anspruchsbegründung klargestellt, dass weitere Abrechnungszeiträume streitgegenständlich sein sollen, noch wird ein solcher Abrechnungszeitraum konkret benannt. Allerdings erachtet die Kammer eine entsprechende Klageänderung im Berufungsverfahren gemäß § 533 ZPO für zulässig. Die Tatsachengrundlagen hinsichtlich der Jahresabrechnungen 2005 und 2006 sind unstrittig, so dass die Kammer sie auch der Verhandlung und Entscheidung zugrunde zu legen hat (§ 533 Nr. 2 ZPO). Die Klageerweiterung ist auch unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit sachdienlich, weil die Streitpunkte der Parteien ohne weitergehenden Aufwand einer Erledigung zugeführt werden können (§ 533 Nr. 1 ZPO).

2. Es ist nun davon auszugehen, dass der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung des Entgeltes für die Erdgaslieferungen im Zeitraum 01.12.2006 bis 02.12.2007 -

Abrechnungsjahr 2007 - durch den Beklagten bereits durch dessen Abschlagszahlungen vollständig erfüllt wurde.

a. Die Abrechnung vom 17.12.2007 erweist sich zunächst in Bezug auf die in Ansatz gebrachten Arbeitspreise als überhöht. Die berechneten Arbeitspreise von 4,71 Cent/kWh bzw. 4,31 Cent/kWh können nicht zugrunde gelegt werden. Es verbleibt beim unstreitig ursprünglich vereinbarten Ausgangspreis von 2,39 Cent/kWh, da von einem Preisänderungsrecht zugunsten der Klägerin nicht ausgegangen werden kann und der Arbeitspreis auch nicht durch eine sonstige Vereinbarung angepasst wurde.

(a) Die Kammer geht - entgegen dem Amtsgericht - davon aus, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Liefervertrag nicht um einen Grundversorgungsvertrag im Sinne von § 36 Abs. 1 EnWG 2005, § 1 Abs. 1 GasGVV handelt, sondern um einen Vertrag über die Belieferung von Haushaltskunden mit Energie außerhalb der Grundversorgung im Sinne von § 41 EnWG 2005 (Normsonderkundenvertrag). Maßgeblich dafür, ob ein Grundversorgungsvertrag oder ein Sondervertrag vorliegt, ist die Einzelfallsauslegung (vgl. BGH NJW 2009, 2667). Vorliegend spricht alles dafür, dass es sich um einen Sondervertrag außerhalb der Grundversorgung handelt. Bereits nach dem Wortlaut des vom Beklagten unterschriebenen Antragsformulars vom 22.07.1999 wurde die Versorgung mit Erdgas zum „Sondertarif“ der EWE „beantragt“. Im Vertragsanpassungsschreiben der Klägerin vom 04.01.2007 ist ausdrücklich davon die Rede, dass der Beklagte derzeit Erdgas auf Grundlage der „besonders preisgünstigen Sondervereinbarung und nicht der Grundversorgung“ beziehe. Diesem Schreiben beigelegt waren die „Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Lieferung von Energie...außerhalb der Grundversorgung“ in denen es unter Punkt 1 unter anderem heißt, dass die Lieferung von Erdgas nur insoweit auf Grundlage der GasGVV erfolge, soweit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen außerhalb der Grundversorgung sowie den Ergänzenden Bestimmungen der EWE AG nichts anderes geregelt ist. Dabei ist auch unstreitig, dass der mit dem Vertragsschluss angenommene Tarif „Sondervereinbarung SI“ nicht den „Basistarif“ der Klägerin darstellt, sondern günstigere Konditionen im Hinblick auf einen erhöhten Jahresverbrauch aufweist. Es ist gerade typisches Merkmal eines Vertrages außerhalb der Grundversorgung, dass sich das Entgelt nach Tarifen bestimmt, welche nach typisierten Kriterien wie der Verbrauchsmenge bemessen sind (vgl. KG Berlin ZMR 2009, 280). Die Einbeziehung der AVBGasV bzw. die Veröffentlichung von Tarifen spielt dabei

keine maßgebliche Rolle (KG Berlin a.a.O.). Letztlich hat nun auch der Bundesgerichtshof in der Entscheidung vom 14.07.2010 - Az. VIII 246/08 - für entsprechende Vertragsverhältnisse darauf abgestellt, dass die Klägerin selbst den verfahrensgegenständlichen Tarif ausdrücklich als „Sondertarif“ bezeichnet hat und auch der Nachfolgtarif „EWE Erdgas classic“ nach den AGB der Klägerin als „außerhalb der Grundversorgung“ eingeordnet wurde.

(b) Maßgeblich für die Höhe des Arbeitspreises im Sonderkundenvertrag ist die Vereinbarung der Parteien. Insbesondere ist in einem derartigen Vertragsverhältnis kein variabler Preis vereinbart, sondern ein fester Preis mit einer etwaigen Befugnis zur nachträglichen Preisänderung (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2010 – Az. VIII 246/08 – Rdn. 53). Demnach ist zunächst grundsätzlich der Lieferpreis zugrunde zu legen, welcher bei Vertragsschluss vereinbart wurde. Kam es, was hier unstreitig der Fall ist, seit dem Vertragsschluss zu verschiedenen Preiserhöhungen, so ist es Sache der Klägerin, die Einbeziehung einer entsprechenden zur einseitigen Preisänderung berechtigenden Vereinbarung darzulegen und zu beweisen. Die Klägerin geht zwar davon aus, dass der von ihr abgerechnete Arbeitspreis durch wirksame Preiserhöhungen zustande gekommen sei, welche ihre Grundlage in § 4 AVBGasV gefunden hätten. Im Sonderkundevertrag findet aber AVBGasV keine unmittelbare Anwendung, sondern bedarf, wenn hierauf zurückgegriffen werden soll, der Einbeziehung als allgemeine Geschäftsbedingung (BGH NJW 2008, 2172).

Die Kammer geht nun davon aus, dass hier eine wirksame Einbeziehung nicht zugrunde gelegt werden kann.

Vorliegend erfolgte der Vertragsschluss in der Weise, dass der Beklagte am 22.07.1999 ein Formular der Klägerin ausfüllte, mit dem er bei dieser „die Versorgung mit Erdgas zum Sondertarif“ beantragte. Dem folgte eine schriftliche Vertragsbestätigung durch die Klägerin. Die genannten Umstände sind insoweit unstreitig. Damit kam das Vertragsverhältnis unter Abwesenden zustande, indem der Beklagte ein schriftliches Angebot abgegeben hatte, welches die Klägerin in Form der schriftlichen Vertragsbestätigung annahm. Es besteht insoweit auch kein Anhalt, dass ein Vertrag bereits vor Vertragsbestätigung - etwa durch die faktische Entnahme von Erdgas - konkludent zustande gekommen ist. Zwar ist anerkannt, dass die Entnahme von Gas aus dem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens zu einem Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten führen kann (vgl. Palandt/Ellenberger,

BGB, Vor § 145 Rdn. 27, 69. Aufl.). Allerdings haben die Vertragsparteien hier durch ihr Verhalten gerade zum Ausdruck gebracht, dass sie den Vertrag über Erdgaslieferungen in einer bestimmten Art und Weise abschließen wollen, was durch ein ausdrückliches Angebot und eine ausdrückliche Annahme hinreichend dokumentiert ist. Soweit der Beklagte bereits vor Vertragsannahme durch die Klägerin Erdgas entnommen haben sollte - was allerdings nicht substantiiert vorgetragen ist - kann sich allenfalls ergeben, dass die entsprechenden Leistungen, bereits dem erst nachträglich abgeschlossenen Vertrag unterfallen sollten, worauf es hier aber nicht im Einzelnen ankommt. Es kann jedenfalls kein Vertragsbindungswille des Beklagten in der Weise unterstellt werden, dass er losgelöst von seinem in Form des Formularantrags vom 22.07.1999 abgegebenen Angebotes, im Folgenden durch die Entnahme von Gas nochmals separat einen (weiteren) Vertrag schließen und sich damit - unabhängig vom Regelungsgegenstand des Antragsformulars - den „üblichen“ Bedingungen unterwerfen wollte.

Im Rahmen des vorliegenden Vertragsschlusses unter Abwesenden konnte nun die AVBGasV nur dann gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG vertraglich einbezogen werden, wenn bei Vertragsschluss der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft worden war, in zumutbarer Weise vom Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Insoweit ist bei einem Vertragsschluss unter Abwesenden die vorherige Übersendung der AGB erforderlich (Palandt/Grüneberg, BGB, § 305 Rdn. 35, 69. Aufl.). Dies hat die Klägerin zwar vorgetragen, indem sie behauptete, dass dem Antragsformular ein Exemplar der AVBGasV beigelegt gewesen ist. Allerdings ist das Beweisangebot der Klägerin für ihre entsprechende Behauptung, worauf die Kammer auch hingewiesen hatte, unzureichend. Die Klägerin hat nämlich lediglich einen Zeugen aus Oldenburg zum Beweis angeboten, der für eine externe Druckerei tätig ist, welche die Vertragsunterlagen herstellt. Insofern ist allerdings nicht ersichtlich, welche Feststellungen der Zeuge zum Vertragsschluss mit dem Beklagten getroffen haben soll. Zum Ausschluss des Ausforschungsbeweises ist es erforderlich, dass die Klägerin die Erkenntnisquellen ihrer Behauptungen näher spezifiziert (vgl. Zöller/Greger, ZPO, § 373 Rdn. 8, 28. Aufl.), was in Bezug auf das relevante Beweisthema nicht im Ansatz geschehen ist. So ist völlig offen und unsubstantiiert, in welchem Zusammenhang dem Beklagten mit dem Antragsformular die AVBGasV übergeben worden sein soll. Die Klägerin hatte insoweit insbesondere ausdrücklich eine „Aushändigung“ behauptet und mit der Benennung des Zeugen unter Beweis gestellt. Sie hat aber nicht näher

erläutert, wann durch wen und in welcher Art und Weise es zur Übergabe gekommen sein soll, zumal ausweislich des Auftragsformulars die Zweigstelle Seelow im Land Brandenburg für den Vertragsschluss „zuständig“ gewesen ist. Dass eine lediglich für den Druck der Vertragsunterlagen in Oldenburg verantwortliche Person hierzu eine Aussage treffen kann, erscheint ohne weitergehende Erläuterungen abwegig, so dass die Vernehmung des Zeugen auf eine Ausforschung hinauslaufen würde und deshalb zu unterbleiben hatte.

Zwischen den Parteien ist zwar nun unstreitig, dass dem Vertragsbestätigungsschreiben der Klägerin ein Exemplar der AVBGasV beigelegt gewesen ist. Dies genügt aus Sicht der Kammer aber nicht, um die Voraussetzungen des § 2 AGBG zu erfüllen. Denn damit konnte praktisch erst nach Vertragsschluss durch den Beklagten als Verbraucher hiervon Kenntnis genommen werden (vgl. OLG Oldenburg IR 2010, 108). Sinn und Zweck der Vorschrift ist, dass der Vertragspartner die Gelegenheit erhalten soll, sich bei Vertragsabschluss mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut zu machen, damit er die Rechtsfolgen und Risiken eines Vertragsabschlusses abschätzen kann (BGHZ 109, 192, 196). Die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme muss deshalb bestehen, bevor sich der Kunde durch eine auf die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerichtete Erklärung bindet (BGH NJW 2010, 864). Dies ist aber gerade nicht der Fall, wenn von den AGB erst nach Vertragsschluss Kenntnis genommen werden kann, indem sie der schriftlichen Vertragsbestätigung als Anlage beigelegt sind. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass es sich vorliegend für die Klägerin um ein Massengeschäft handelt. Denn für den Beklagten liegt jedenfalls kein Massengeschäft vor. Deshalb besteht auch kein Anlass, zu Lasten des Beklagten von den gerade für den Verbraucherschutz bestehenden Vorschriften über die Voraussetzungen der Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen, Abstriche zu machen. Bereits seit langem ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass gegenüber einem Verbraucher für die wirksame Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG der bloße Hinweis auf diese regelmäßig nicht ausreichend ist (vgl. etwa BGHZ 109, 192). Das Erfordernis einer Überlassung der Geschäftsbedingungen vor Vertragsschluss schafft dabei auch im Massengeschäft keine unbilligen Nachteile für den Verwender. Denn wenn etwa, wie hier, der Vertragsschluss über ein Antragsformular des Verwenders in Gang kommt, können - wie ja von der Klägerin auch behauptet - in diesem Rahmen auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis gebracht werden. Insofern ist und war es auch unproblematisch möglich, im Massengeschäft den Erhalt der AGB

beweisbar zu dokumentieren, indem etwa mit der Unterschrift unter das Antragsformular zugleich die zusätzliche Übergabe der Geschäftsbedingungen bestätigt wird.

Eine Aushändigung der AVBGasV ist auch nicht deshalb entbehrlich gewesen, weil diese als Rechtsverordnung im Bundesgesetzblatt und Internet eingesehen werden kann. Im Hinblick darauf, dass die als AGB einbezogene AVBGasV umfassende Vertragsmodalitäten regelt, ergibt sich das Erfordernis der Überlassung (vgl. OLG Oldenburg IR 2010, 108). Etwas anderes folgt auch nicht im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu in Mietverträgen für eine Umlagevereinbarung ausreichenden Bezugnahme auf die „BetrKV“ (vgl. etwa BGH NJW 2009, 2058). Denn in einem Mietvertrag geht es mit einem Verweis auf die „BetrKV“ nur darum, zu konkretisieren, welche Betriebskosten umgelegt werden können. Insofern wird lediglich für einen Teilbereich des Vertrages auf normierte Definitionen verwiesen. Dagegen setzt die Problematik, ob die AVBGasV Vertragsbestandteil geworden ist, bereits an der grundlegenden Frage an, ob es überhaupt zu einer Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen, welche das gesamte Vertragsverhältnis modifizieren sollen, gekommen ist. Die Rechtsfolgen und Risiken einzubeziehender allgemeiner Geschäftsbedingungen kann der Verbraucher aber eben nur abschätzen, wenn ihm diese vor Vertragsschluss überlassen werden. Ein bloßer Hinweis hierauf im Angebotsformular, welchem aus dem Empfängerhorizont des Verbrauchers noch nicht einmal in der erforderlichen Klarheit zu entnehmen ist, dass die AVBGasV als allgemeine Geschäftsbedingung gelten soll, kann nicht genügen.

Scheitert insofern die Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, kommt der Vertrag ohne sie zustande, unabhängig davon, ob der Verwender seinen Willen zur Einbeziehung zum Ausdruck gebracht hat, eine nachträgliche Einbeziehung kann dann nur im Wege der Vertragsänderung erfolgen (BGH NJW 2010, 864). Auch von einer solchen Vertragsänderung kann nun aber vorliegend nicht ausgegangen werden.

Das Schweigen auf bzw. die Entgegennahme nachträglich übersandter AGB kann nicht als Einverständnis zum Abschluss eines Änderungsvertrages gewertet werden (Palandt/Grüneberg, BGB, § 305 Rdn. 47, 69. Aufl.). Insbesondere sieht die Kammer in der bloßen Beifügung der AVBGasV im Vertragsbestätigungsschreiben auch nicht die Abgabe eines „neuen“ Angebotes seitens der Klägerin, nun nur noch unter Einbeziehung der AVBGasV als AGB einen Vertrag schließen zu wollen (§ 150 Abs. 2 BGB). Denn das Vertragsbestätigungsschreiben korrespondiert mit dem vom Beklagten eingereichten

Antragsformular, welches bereits (allgemein) auf die AVBGasV abstellte. Insofern war es offenbar von Anfang an - und nicht erst mit der Vertragsbestätigung - der Wille der Klägerin, die AVBGasV in den Vertrag einzubeziehen, was, wie ausgeführt, daran scheiterte, dass die Einbeziehungsvoraussetzungen nicht gegeben sind. Mithin hat die Klägerin gerade kein abänderndes „neues“ Angebot abgegeben. Im Übrigen ist das Vertragsbestätigungsschreiben in Bezug auf die Geltung der AVBGasV auch nicht in der Weise formuliert, als dass ein neues Angebot überhaupt zu ersehen gewesen wäre. Weiterhin sieht die Kammer auch im Verhalten des Beklagten nach Zusendung der Vertragsbestätigung keine zumindest stillschweigende Zustimmung für die vertragliche Einbeziehung der AVBGasV. Die Klägerin hatte exemplarisch ein „Vertragsbestätigungsschreiben“ vorgelegt. In diesem heißt es, dass „Grundlage des Vertragsverhältnisses ... die bundeseinheitliche Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Gas (AVBGasV)“ ist. Aus dem Empfängerhorizont des Beklagten als Verbraucher ergibt sich mit dieser Formulierung gerade nicht, dass er im Falle eines Nichtreagierens praktisch der vertraglichen Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zustimmt, welche vor allem ein ihm nachteiliges Preisänderungsrecht mit sich bringen. Denn die erklärte Bezugnahme auf eine „bundeseinheitliche Verordnung“ kann auch so verstanden werden, dass von einem Ordnungsgeber vorgegebene Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden (müssen). Gerade dieser Umstand führt nun auch dazu, dass der jahrelange - einwendungsfreie - Gasbezug nicht dafür spricht, dass sich der Beklagte nachträglich auf die Einbeziehung der AVBGasV als AGB eingelassen hat. Dies wäre nur denkbar, wenn dem Beklagten tatsächlich ein Rechtsbindungswille in der Weise unterstellt werden kann, dass er sich der von der Klägerin als AGB auf den Vertrag angewendeten AVBGasV nun umfassend unterwerfen will. Weder aus dem Vertragsbestätigungsschreiben, noch aus den vorgelegten Rechnungen wird aber deutlich, dass die AVBGasV nicht lediglich als ohnehin „vorgeschriebene“ Verordnung zur Anwendung gebracht ist. Nur, wenn aber für den Beklagten wahrnehmbar gewesen wäre, dass er mit seinem Verhalten den Vertrag ändernde allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin akzeptiert, käme eine stillschweigende Einbeziehung in Frage. Dies ist aus den genannten Gründen, auch wenn es sich vorliegend praktisch um ein Dauerschuldverhältnis handelt, aber nicht anzunehmen.

Auch die Tatsache, dass sich der Beklagte erstmals im Jahr 2004 gegen die Billigkeit einer von der Klägerin vorgenommenen Preiserhöhung wandte, spielt hierbei keine Rolle. Denn im Bereich der Sondervertragskunden wird der einseitig erhöhte Tarif mangels einer

hinreichenden Beanstandung gemäß § 315 Abs. 3 BGB nicht automatisch zum zwischen den Parteien vereinbarten Preis (BGH, Urteil vom 14.07.2010 – Az. VIII 246/08 – Rdn. 59). Ein entsprechendes Kundenverhalten kann nämlich nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die „Berechtigung“ des Versorgungsunternehmens zur Preiserhöhung akzeptiert wird (BGH a.a.O.). Durch die Mitteilungen von Preisänderungen macht der Gasversorger nur von seinem etwaig bestehenden Preisänderungsrecht Gebrauch. Auch insoweit kann in dem Umstand, dass der Kunde weiterhin Gas bezieht und erhöhte Abschläge zahlt, keine Annahme eines - vom Gasversorger als solches gemeinten und vom Kunden als solches erkannten - Modifizierungsangebotes gesehen werden (vgl. AG Gummersbach, Urteil vom 01.09.2010, Az. 16 C 218/09).

Etwas anderes kann auch nicht aus dem Umstand folgen, dass der Beklagte vorgerichtlich selbst auf die AVBGasV verwiesen hat. Der Beklagte hat sich insoweit lediglich auf eine Rechtsverordnung berufen, wobei die Klägerin selbst - auch in diesem Verfahren - davon ausgegangen war, dass diese aufgrund eines Tarifikundenvertrages hier bereits unmittelbare Anwendung findet. Insofern besteht kein Anhalt dafür, dass die Verordnung vom Beklagten gerade als einbezogene Geschäftsbedingung verstanden und akzeptiert wurde. Dass der Beklagte im vorliegenden Verfahren, anwaltlich vertreten, von Anfang an den Standpunkt eingenommen hat, dass die AVBGasV nur als allgemeine Geschäftsbedingung einbezogen sein könne, besagt nicht, dass er deren Einbeziehung zuvor akzeptiert hatte. Den vorgerichtlichen Widersprüchen (Bl. 360ff d.A.) kann dies jedenfalls nicht entnommen werden. Die Kammer sieht deshalb entgegen der Ansicht der Klägerin auch kein widersprüchliches Verhalten des Beklagten, welches im Hinblick auf § 242 BGB die Annahme rechtfertigen würde, dass die Verneinung einer vertraglichen Einbeziehung der AVBGasV gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen würde.

Ein einseitiges Preisänderungsrecht der Klägerin kann letztlich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung folgen. Die fehlende Einbeziehung einer Preisänderungsklausel führt nicht dazu, dass sich das Vertragsgefüge unbillig zugunsten des Beklagten verschiebt. Denn die Klägerin hatte jederzeit die vertragliche Möglichkeit, sich von dem Vertrag durch Kündigung zu lösen (vgl. BGH Urteil vom 13.02.2010, Az. VIII ZR 81/08; BGH Urteil vom 28.10.2009, Az. VIII ZR 320/07; OLG Köln Urteil vom 19.02.2010, Az. 19 U 143/09).

b. In der Abrechnung vom 17.12.2007 sind nun Abschlagszahlungen des Beklagten in Höhe von 537,11 € berücksichtigt. Der Beklagte leistete allerdings im abgerechneten Zeitraum unstreitig 840,00 € und zwar so, dass zum Anfang eines jeden Monats (12x) 70,00 € geleistet worden. Bereits in diesem Zahlungsmodus sieht die Kammer eine Leistungsbestimmung gemäß § 366 Abs. 1 BGB in der Weise, dass der Beklagte damit nicht etwa Rückstände aus Abrechnungen vorangegangener Jahre, sondern ausschließlich die laufenden Abschläge zum Ausgleich bringen wollte. Auch wenn die Klägerin in der Abrechnung vom 19.12.2006 einen monatlichen Abschlag von 89,00 € gefordert hatte, so hat der Beklagte, wenn er dem entgegen zum Monatsanfang 12 x 70 € leistete, bereits hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass er seine Zahlungen als gekürzte Abschläge verstanden wissen will. Im übrigen hat der Beklagte auch mit seinem bei der Klägerin am 29.12.2006 eingegangenen Schreiben (Anlage K22) erklärt, dass er Abschläge für den Leistungszeitraum ab Januar 2007 in Höhe von monatlich 70 € statt der geforderten 89 € erbringen wird. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist dieses Schreiben weder undurchsichtig, noch hat sich der Beklagte insoweit durch abweichende Zahlungen widersprüchlich verhalten. Vielmehr hat der Beklagte, genau wie er es angekündigt hatte, für den Abrechnungszeitraum monatliche Abschläge von 70 € geleistet. Damit lag nun aber sogar eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung vor. Dabei spielt es auch keine Rolle, inwieweit sich der Beklagte in Bezug auf frühere Forderungen an eigene Tilgungsbestimmungen gehalten hat. Für den verfahrensgegenständlichen Leistungszeitraum war jedenfalls eine hinreichende Tilgungsbestimmung gegeben und der Beklagte hat auch entsprechend seiner Ankündigung 12 x 70 € geleistet. Die Klägerin musste deshalb die Zahlungen gemäß § 366 Abs. 1 BGB als Vorauszahlungen verrechnen. Daher hätten in der Jahresabrechnung 2007 Abschläge von 840,00 € Berücksichtigung finden müssen.

c. Vom - unverändert gebliebenen - Arbeitspreis in Höhe von 2,39 Cent/kWh ausgehend hätte im verfahrensgegenständlichen Zeitraum der Höhe nach nur folgende Abrechnung erfolgen können:

Berechnung	Preise	Menge kwh	Tage	Betrag
01.12.06 – 31.12.06				
	Arbeitspreis	2,39 Cent/kWh	x 2.338	55,88 €
	Grundpreis	120 € Jahr	x 31	10,19 €
01.01.07 – 31.03.07				
	Arbeitspreis	2,39 Cent/kWh	x 6.374	152,34 €

	Grundpreis	120 € Jahr	x 90	29,59 €
01.04.07 – 02.12.07				
	Arbeitspreis	2,39 Cent/kWh	x 6.160	147,22 €
	Grundpreis	120 € Jahr	x 246	80,88 €
	Summe Erdgas	14.872		476,10 €
	zzgl. 19% Mwst. auf 410,03 €			77,91 €
	zzgl. 16% Mwst. auf 66,07 €			10,57 €
	Rechnungsbetrag Erdgas			564,58 €

Aufgrund der zugunsten des Beklagten anzurechnenden Vorauszahlungen von 840,00 € ist der bestehende Anspruch der Klägerin auf Zahlung von 564,58 € damit bereits durch Erfüllung erloschen, § 362 Abs. 1 BGB.

d. Entsprechendes folgt auch für die durch die Klageänderung streitgegenständlich gewordenen Abrechnungen für die Jahre 2005 und 2006. Auch diese Abrechnungen sind überhöht und es muss aus den genannten Gründen der ursprünglich vereinbarte Arbeitspreis von 2,39 Cent/kWh zugrunde gelegt werden.

Für die Abrechnung vom 16.12.2005 - Abrechnungszeitraum 30.11.2004 bis 28.11.2005 – ergibt sich dann statt des Rechnungsbetrages von 871,45 € für die Erdgaslieferungen lediglich ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 609,29 €. Dieser Anspruch ist aber bereits aufgrund der nach dem Vortrag der Klägerin im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen in Höhe von 786,69 € durch Erfüllung erloschen.

Für die Abrechnung vom 19.12.2006 - Abrechnungszeitraum 29.11.2005 bis 30.11.2006 - ergibt sich statt des Rechnungsbetrages von 998,68 € für die Erdgaslieferungen lediglich ein Anspruch der Klägerin in Höhe von 609,97 €. Dieser Anspruch ist ebenfalls aufgrund der nach dem Vortrag der Klägerin im Abrechnungszeitraum geleisteten Vorauszahlungen in Höhe von 813,05 € durch Erfüllung erloschen.

III.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird zugelassen, da die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Regelungen der AVBGasV als allgemeine Geschäftsbedingungen in einen

Energielieferungsvertrag einbezogen werden können, für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen klärungsbedürftig erscheint und somit grundsätzliche Bedeutung hat, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Seidel

Dr. Weder

Weinmann