

**19 S 24/10**  
(Geschäftsnummer)



Verkündet am  
26.10.2010

## **Landgericht Frankfurt (Oder)**

Im Namen des Volkes

### **Urteil**

**In dem Berufungsverfahren**

.....

- Berufungskläger und Beklagter -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Steffen Siewert, Am  
Markt 11, 15345 Eggersdorf

g e g e n

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

- Berufungsbeklagte und Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Clifford Chance  
Partnerschaftsgesellschaft, Königsallee  
59, 40215 Düsseldorf

hat die 9. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder) auf die  
mündliche Verhandlung vom 26.10.2010  
durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht .... als Vorsitzende,  
den Richter am Landgericht ....  
und die Richterin am Landgericht Dr. ....  
als beisitzende Richter(innen) für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Amtsgerichts Strausberg vom 25.01.2010 - 9 C 127/09 - wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz 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 333,92 € festgesetzt.

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die Klägerin begehrt vom Beklagten den Ausgleich von Zahlungsrückständen für die Lieferung von Erdgas in den Jahren 2006 und 2007.

Die Klägerin versorgt den Beklagten seit September 1994 mit Erdgas. Der Liefervertrag kam in der Weise zustande, dass der Beklagte der Klägerin zunächst ein ausgefülltes Auftragsformblatt übersandte. Mit Schreiben vom 31.10.1994 übersandte die Klägerin dem Beklagten sodann eine schriftliche „Vertragsbestätigung“. In dieser heißt es u.a.:

*„ ...Grundlage des Vertragsverhältnisses zwischen Ihnen und uns ist die Bundeseinheitliche Verordnung über Allgemeine Versorgungsbedingungen. Ein Exemplar dieser Bedingungen ist beigelegt. Bei Lieferung zu Gas-Sondervereinbarungen gelten auch die Allgemeinen Versorgungsbedingungen als Vertragsgrundlage. ...“*

Dem Bestätigungsschreiben war die AVBGasV als Anlage beigelegt. Der Beklagte wurde von der Klägerin mit Gas im sog. Tarif „Sondervereinbarung 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 2,096 Cent / kWh vereinbart. Die Klägerin hat den Arbeitspreis im Weiteren mehrfach erhöht. Der Beklagte widersprach den von der Klägerin ab dem 01.08.2005 vorgenommenen Preisänderungen.

Mit Schreiben vom 8.1.2007 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 24.01.2007 beehrte die Klägerin vom Beklagten die Zahlung von 149,82 € für den Zeitraum vom 04.01.2006 bis 31.12.2006. Zugrunde gelegt wurde hierbei ein Entgelt in Höhe von 1.721,82 € für die Lieferung von 30.508 kWh Erdgas abzüglich berücksichtigter Vorauszahlungen in Höhe von 1.572,00 €.

Die Abrechnung gestaltet sich im Einzelnen wie folgt:

| Berechnung                    | Preise       | Menge kwh       | Tage     | Betrag            |
|-------------------------------|--------------|-----------------|----------|-------------------|
| <b>04.01.06-31.01.06</b>      |              |                 |          |                   |
| Sondervereinbarung SI         | Arbeitspreis | 4,08 Cent/kWh   | x 4.589  | 187,23 €          |
| Sondervereinbarung SI         | Grundpreis   | 120 € Jahr      | x 28     | 9,21 €            |
| <b>01.02.06-31.07.06</b>      |              |                 |          |                   |
| Sondervereinbarung SI         | Arbeitspreis | 4,46 Cent/kWh   | x 13.040 | 581,58 €          |
| Sondervereinbarung SI         | Grundpreis   | 120 € Jahr      | x 181    | 59,51 €           |
| <b>01.08.06-31.10.06</b>      |              |                 |          |                   |
| Sondervereinbarung SI         | Arbeitspreis | 4,46 Cent/kWh   | x 4.043  | 180,32 €          |
| Sondervereinbarung SI         | Grundpreis   | 120 € Jahr      | x 92     | 30,25 €           |
| <b>01.11.06-31.12.06</b>      |              |                 |          |                   |
| Sondervereinbarung SI         | Arbeitspreis | 4,71 Cent/kWh   | x 8.836  | 416,18 €          |
| Sondervereinbarung SI         | Grundpreis   | 120 € Jahr      | x 61     | 20,05 €           |
|                               |              | Summe Erdgas    | 30.508   | 1.484,33 €        |
|                               |              | zzgl. 16% Mwst. |          | 237,49 €          |
| <b>Rechnungsbetrag Erdgas</b> |              |                 |          | <b>1.721,82 €</b> |

Mit der Jahresabrechnung vom 16.01.2008 beehrte die Klägerin vom Beklagten die Zahlung von 333,92 € für den Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2007. Zugrunde gelegt wurde hierbei ein Entgelt in Höhe von 1.384,10 € für die Lieferung von 23.252 kWh Erdgas abzüglich berücksichtigter Vorauszahlungen in Höhe von 1.050,18 €.

Die Abrechnung gestaltet sich im Einzelnen wie folgt:

| Berechnung                    | Preise       | Menge kwh          | Tage     | Betrag            |
|-------------------------------|--------------|--------------------|----------|-------------------|
| 01.01.07-31.03.07             | Arbeitspreis | 4,71 Cent/kWh      | x 10.238 | 482,21 €          |
| Sondervereinbarung SI         | Grundpreis   | 120 € Jahr         | x 90     | 29,59 €           |
| <b>Sondervereinbarung SI</b>  |              |                    |          |                   |
| 01.04.07-31.12.07             | Arbeitspreis | 4,31 Cent/kWh      | x 13.014 | 560,90 €          |
| classic                       | Grundpreis   | 120 € Jahr         | x 275    | 90,41 €           |
| <b>classic</b>                |              |                    |          |                   |
|                               |              | Summe Erdgas zzgl. | 23.252   | 1.163,11 €        |
|                               |              | 19% Mwst.          |          | 220,99 €          |
| <b>Rechnungsbetrag Erdgas</b> |              |                    |          | <b>1.384,10 €</b> |

Mit ihrer Klage macht die Klägerin die verbleibende Entgeltforderung aus

Jahresabrechnungen vom 24.01.2007 und 16.01.2008 in Höhe von 333,92 € gegen den

Beklagten geltend. Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das amtsgerichtliche Urteil Bezug genommen, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Das Amtsgericht hat der Klage mit Urteil vom 25.02.2010 stattgegeben. Es hat hierbei insbesondere die Ansicht vertreten, dass es sich bei dem vorliegenden Gasversorgungsvertrag um einen Tarfkundenvertrag handele, bei welchem die AVBGasV Anwendung finde. Aus § 4 AVBGasV folge ein Preisänderungsrecht der Klägerin.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte seine Auffassung weiter, dass ein Sonderkundenvertrag streitgegenständlich sei, in welchem weder Preiserhöhungsklauseln einbezogen, noch vertragliche Vereinbarungen über die Möglichkeit einer Gaspreiserhöhung gegeben seien. Vor dem Vertragsschluss sei der Beklagte vor allem nicht über die Einbeziehung allgemeiner Gasversorgungsbedingungen informiert worden. Dies sei erst mit der Übersendung der Vertragsbestätigung erfolgt.

Der Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil des Amtsgerichts vom 25.02.2010 abzuändern, und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Der Beklagte sei als Tarfkunde anzusehen, die AVBGasV bzw. die Nachfolgeregelung GasGVV sei auf den streitgegenständlichen Vertrag kraft Gesetzes anzuwenden. Aus § 4 AVBGasV folge ein Preisanpassungsrecht für die Klägerin. Selbst wenn es sich vorliegend um einen Sonderkundenvertrag handele, folge das Preisanpassungsrecht aus § 4 AVBGasV. Auch wenn nicht mehr geklärt werden könne, ob dem vom Beklagten ausgefüllten Auftragsformular ein Exemplar der AVBGasV beigelegt gewesen sei, seien die Anforderungen an eine wirksame Einbeziehung erfüllt. Indem die Klägerin nämlich in der Vertragsbestätigung ausdrücklich auf die Geltung der AVBGasV verwiesen habe, habe insoweit ein neues Angebot vorgelegen, welches der Beklagte konkludent durch den widerspruchsfreien Gasbezug angenommen habe. Die Klägerin habe insoweit auch auf eine ausdrückliche Annahmeerklärung verzichtet, indem sie zum Ausdruck brachte, dass für die Annahme der Bezug des Gases ausreichend sei.

## II.

1. Die Berufung des Beklagten 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).

2. Die Berufung ist auch begründet.

Es ist entgegen der Ansicht des Amtsgerichts davon auszugehen, dass der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung des Entgeltes für die Erdgaslieferungen im Zeitraum 04.01.2006 bis zum 31.12.2006 sowie im Zeitraum vom 01.01.2007 bis 31.12.2007 vollständig erfüllt wurde.

Die verfahrensgegenständlichen Abrechnungen vom 24.01.2007 und 18.01.2008 erweisen sich in Bezug auf den Arbeitspreis als überhöht. Die berechneten Arbeitspreise zwischen 4,08 Cent/kWh und 4,71 Cent/kWh können nicht zugrunde gelegt werden. Es verbleibt beim unstrittig ursprünglich vereinbarten Ausgangspreis von 2,096 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 zunächst - 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. Die Klägerin hat dem Beklagten mit dem Schreiben vom 31.10.1994 die Versorgung mit Erdgas im Tarif „Sondereinbarung I“ bestätigt. Im

Vertragsanpassungsschreiben der Klägerin vom 08.01.2007 ist ausdrücklich davon die Rede, dass der Beklagte derzeit Erdgas auf Grundlage der „besonders preisgünstigen Sondereinbarung 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 Grund Versorgung sowie den Ergänzenden Bestimmungen der EWE AG nichts anderes geregelt ist. Dabei ist auch unstrittig, dass der mit dem Vertrags Schluss angenommene Tarif „Sondereinbarung S1“ 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 unstrittig 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 - bis zum 31.03.2007 - in § 4 AVBGasV gefunden hätten. Im Sonderkundevertrag findet die AVBGasV aber 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 ein Formular der Klägerin ausfüllte, mit dem er bei ihr die Erdgasversorgung beantragte. Dem folgte eine schriftliche Vertragsbestätigung durch die Klägerin. Die genannten Umstände sind insoweit unstrittig. 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 abgegebenen Angebotes, im Folgenden durch die Entnahme von Gas praktisch 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.). Dass dem Auftragsformular vorliegend die AVBGasV bereits beigelegt gewesen ist, hat die Klägerin nicht ausdrücklich behauptet. Zwischen den Parteien ist zwar nun unstrittig, dass jedenfalls 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 eben 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 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 noch 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.

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). Hierfür wäre erforderlich, dass die Klägerin zuvor einen anderen Willen zum Ausdruck brachte. Die Klägerin hat nun aber vorgetragen, dass bereits im Auftragsblatt auf die Geltung der AVBGasV hingewiesen wurde, diese ggf. sogar dem Antragsformular - was die Klägerin ausdrücklich offen lässt - beigelegt gewesen ist. 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. Weiterhin sieht die Kammer auch im Verhalten des Beklagten nach Zusendung der Vertragsbestätigung keine zumindest stillschweigende Zustimmung für die vertragliche

Einbeziehung der AVBGasV. Vor allem kann dem Vertragsbestätigungsschreiben aus Sicht des Beklagten nicht entnommen werden, dass sich dieser durch eine zukünftige Entnahme von Gas praktisch den Bedingungen der Klägerin unterwerfen will. Denn im Vertragsbestätigungsschreiben heißt es, dass „Grundlage des Vertragsverhältnisses ... die Bundeseinheitliche Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Gas“ 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 umfassend unterwerfen will. Weder aus dem Vertragsbestätigungsschreiben, noch aus den vorgelegten Rechnungen wird aber deutlich, dass die AVBGasV nicht lediglich als ohnehin „vorgeschriebene“ Verordnung -wie es die Klägerin in diesem Verfahren auch selbst vertreten hat - zur Anwendung gebracht ist. Etwas anderes kann auch nicht daraus folgen, wenn im Vertragsbestätigungsschreiben vom 31.10.1994 zusätzlich für Gas-Sondereinbarungen „auch“ auf die „Allgemeinen Versorgungsbedingungen“ verwiesen wurde. Unabhängig davon, dass die Klägerin diese Versorgungsbedingungen nicht vorgelegt hat, ergibt sich hieraus nicht, dass die AVBGasV als AGB verstanden werden musste. Denn aus Sicht des Verbrauchers können neben einer ggf. kraft Gesetzes anwendbaren Verordnung auch zusätzlich AGB gelten. Eine hinreichende Klarstellung kann deshalb in der entsprechenden

Formulierung nicht gesehen werden. Nur, wenn aber für den Beklagten tatsächlich wahrnehmbar gewesen wäre, dass er mit seinem Verhalten den Vertrag ändernde allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin in Form der AVB GasV akzeptiert, käme eine stillschweigende Einbeziehung überhaupt in Frage. Dies ist aus den genannten Gründen aber nicht anzunehmen.

Auch die Tatsache, dass sich der Beklagte erstmals im Jahr 2005 gegen eine Preiserhöhung der Klägerin 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).

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).

c. Legt man für die Jahresabrechnung vom 24.01.2007 nun den anfänglichen und unverändert gebliebenen Arbeitspreis von 2,096 Cent/kWh zugrunde, so verbleibt ein Rechnungsbetrag für die Erdgaslieferungen in Höhe von 874,03 €. Dem stehen nach dem unstreitigen Vortrag der Klägerin Vorauszahlungen in Höhe von 1.572,00 € (12 x 131,00 €) gegenüber, so dass bereits Erfüllung eingetreten ist.

Legt man weiterhin für die Jahresabrechnung vom 16.01.2008 ebenfalls den Arbeitspreis von 2,096 Cent/kWh zugrunde, so verbleibt ein Rechnungsbetrag für die Erdgaslieferungen in Höhe von 722,76 €. Dem stehen nach dem unstreitigen Vortrag der Klägerin im Berufungsverfahren - im Gegensatz zur Abrechnung - Vorauszahlungen in Höhe von 1.200,00 € (12 x 120,00 €) gegenüber, so dass auch insoweit bereits Erfüllung eingetreten ist.

Mithin sind Ansprüche der Klägerin aus den verfahrensgegenständlichen Jahresabrechnungen vom 24.01.2007 und 16.01.2008 bereits durch Erfüllung erloschen, § 362 Abs. 1 BGB.



### 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.