

6a S 108/09
(Geschäftsnummer)



Verkündet am 16.07.2010

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Landgericht Frankfurt (Oder)

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Berufungsverfahren

...

– Klägerin und Berufungsklägerin –

- Prozessbevollmächtigte: ... -

gegen

...

– Beklagter und Berufungsbeklagter –

- Prozessbevollmächtigte: ... -

...

– Streithelferin –

- Prozessbevollmächtigte: ... -

hat die 6. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Oder)
auf die mündliche Verhandlung vom 18.05.2010

durch den ...,

die ...,

und den ...

für R e c h t erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Amtsgerichts Eberswalde vom 14.7.2009, Az. 2 C 325/08, abgeändert und der Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Betrag in Höhe von 138,99 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 6.4.2007 sowie weitere Nebenkosten in Höhe von 5,56 € zu zahlen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt 84% der Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen sowie 84% der durch die Nebenintervention verursachten Kosten; der Beklagte trägt 16% der Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Streitwert: 879,48 €

Gründe**I.**

Die Klägerin verlangt Zahlung für die Lieferung von Strom an den Beklagten in der Zeit vom 3.2.2006 bis zum 28.2.2007.

Die Klägerin ist Grundversorger im Sinne des § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG für das in Rede stehende Versorgungsgebiet. Der Beklagte ist Haushaltskunde im Sinne des § 3 Nr. 22 EnWG.

Der Beklagte bewohnt ein Doppelhaus, dessen eine Hälfte bis zum 31.12.2005 von der nicht am Rechtsstreit beteiligten Frau ... bewohnt wurde. Frau ... bezog bis zu diesem Zeitpunkt Strom von der Klägerin über den Stromzähler mit der Nummer 8000165308. Mit Schreiben vom 4.3.2006 kündigte Frau ... ihren Stromliefervertrag und teilte zugleich mit, dass „*durch Umbau der Zähler zum 31.12.2005 mit dem Zählerstand von 8871 kWh freigeschaltet*“ worden sei.

Der Beklagte bezog vor dem 1.1.2006 Strom von der Streithelferin über den Stromzähler mit der Nummer 8000153204.

Im Zuge des Auszugs von Frau ... fanden Umbaumaßnahmen im Haus statt, in dessen Rahmen der Zähler mit der Nummer 8000153204 ausgebaut und die gesamte

Stromversorgung des Doppelhauses über den Zähler mit der Nummer 8000165308 geschaltet wurde. Der genaue Zeitpunkt des Zählerumbaus ist streitig.

Der Beklagte teilte der Streithelferin die geänderte Zählernummer mit. Er ging davon aus, dass die Stromlieferung im Jahr 2006 durch die Streithelferin erfolgte und zahlte die laufenden Abschläge sowie den sich aus der Endabrechnung für das Jahr 2006 ergebenden Nachzahlungsbetrag in Höhe von 166,65 €. Mit Wirkung zum 31.12.2006 endete der Stromliefervertrag mit der Streithelferin.

Mit Schreiben vom 2.1.2007 wies der Beklagte die Klägerin auf den zum Jahreswechsel 2005/2006 erfolgten Zähleraustausch hin. Zudem heißt es in dem Schreiben:

„Leider hat die Fa. ... als auch die Fa. ..., trotz ausdrücklicher Zusage, die Veränderungen an Sie, Fa. ..., weiterzumelden, versäumt. Aber auch unser Schreiben vom 4.3.2006 sowie zuvor schon der mündliche Hinweis an Ihren Ableser am 20.02.2006 an Sie wurde nicht beachtet.“

Der Beklagte bezog ab dem 1.1.2007 weiterhin Strom und schloss mit Wirkung zum 1.3.2007 einen Stromliefervertrag mit einem anderen Stromanbieter, der ... GmbH, ab.

Mit Rechnungen vom 25.1.2007, 1.3.2007 und 21.3.2007 rechnete die Klägerin gegenüber dem Beklagte über die Zeiträume 3.2.2006 -20.2.2006, 21.2.2006 – 19.2.2007 bzw. 20.2.2007 – 28.2.2007 in Höhe von insgesamt 879,48 € ab. Wegen der Einzelheiten der Abrechnungen wird auf Bl. 21 ff. d.A. Bezug genommen.

Die Klägerin behauptet, der Zähleraustausch sei am 3.2.2006 erfolgt. Von dem Zähleraustausch habe sie erst mit Schreiben vom 2.1.2007 erfahren. Sie meint, zwischen ihr und dem Beklagten habe in der Zeit vom 3.2.2006 bis 28.2.2007 ein Stromliefervertrag bestanden. Dieser sei dadurch zustande gekommen, dass der Beklagte Strom über den Zähler mit der Nummer 8000165308 bezogen habe und damit konkludent das Angebot der Klägerin zum Abschluss eines Stromliefervertrages angenommen habe. Der Beklagte könne sich nicht auf den mit der Streithelferin geschlossenen Vertrag berufen, da dieser Stromanbieter mit der Klägerin keine Vereinbarung über die Netznutzung getroffen habe. Die Streithelferin hätte die Netznutzung bei der Klägerin als Netzbetreiberin elektronisch anmelden und sich genehmigen lassen müssen, was unterblieben sei. Der vom Beklagten entnommene Strom stamme deshalb von der Klägerin und nicht von der Streithelferin. Darüber hinaus meint die Klägerin unter Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH NJW-RR 2005, 1426), ihr stünde der

geltend gemachte Anspruch auch als Aufwendungsersatzanspruch nach den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB zu.

Der Beklagte behauptet, der Zählerwechsel sei bereits vor dem 1.1.2006 erfolgt. Er meint, dass zwischen ihm und der Klägerin in der Zeit vom 1.1.2006 bis zum 31.12.2006 keinerlei vertragliche Beziehungen bestanden hätten. Bezüglich des Zeitraums vom 1.1.2007 bis zum 28.2.2007 schulde er der Klägerin zwar Entgelte, es fehle jedoch bislang eine Abrechnung der Klägerin, aus der sich die auf diesen Zeitraum entfallenden Entgelte ermitteln ließen.

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

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten keine vertraglichen Beziehungen zustande gekommen seien. Die Entnahme von Strom durch den Beklagten sei nicht als konkludente Annahme eines Angebots der Klägerin zu bewerten, da der Beklagte bereits das Angebot der Streithelferin angenommen habe.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin den geltend gemachten Anspruch weiter. Sie meint, das Vertragsverhältnis zwischen dem Beklagten und der Streithelferin sei in erster Instanz streitig gewesen. Der Beklagte habe das Bestehen eines solchen Vertragsverhältnisses nicht nachgewiesen. Sie rügt darüber hinaus die vom Amtsgericht unterlassene Prüfung von Aufwendungsersatzansprüchen nach den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB. Unabhängig davon hätte das Amtsgericht Entgelt für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 28.2.2007 in Höhe von 138,99 € zusprechen müssen. Dieser Betrag ergäbe sich nachvollziehbar aus den vorgelegten Abrechnungen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

Mit am 11.12.2009 beim Berufungsgericht eingegangenem und der ... GmbH am 17.12.2009 zugestelltem Schriftsatz hat der Beklagte der ... GmbH den Streit verkündet. Mit am 5.5.2010 eingegangenem Schriftsatz hat die ... GmbH den Streitbeitritt auf Seiten des Beklagten erklärt. Die Streithelferin ist der Ansicht, dass der an den Beklagten gelieferte Strom dem Vertragsverhältnis mit der Streithelferin zuzuordnen sei, weil der (unbewusste) Wechsel des Stromzählers für die rechtliche Bewertung des Vertragsverhältnisses ohne Relevanz sei.

II.

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet und im Übrigen unbegründet.

1.

Die Klägerin kann vom Beklagten Zahlung in Höhe von 138,99 € für die Lieferung von Strom in der Zeit vom 1.1.2007 bis 28.2.2007 gemäß §§ 38, 36 Abs. 1 EnWG verlangen.

a)

Gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 EnWG gilt Energie als vom Grundversorger im Sinne des § 36 EnWG geliefert, wenn der Letztverbraucher die Energie über das Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Niederspannung bezieht, ohne dass dieser Bezug einer Lieferung oder einem bestimmten Liefervertrag zugeordnet werden kann. Gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 EnWG ist der Grundversorger berechtigt, für die Energielieferung die gesondert veröffentlichten Allgemeinen Preise zu verlangen.

Die Klägerin ist Grundversorger im Sinne des § 36 EnWG. Der Beklagte ist Haushaltskunde im Sinne des § 3 Nr. 22 EnWG und damit auch Letztverbraucher im Sinne des § 3 Nr. 25 EnWG, der Energie über das Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in Niederspannung bezieht. Die Stromlieferung in der Zeit vom 1.1.2007 bis 28.2.2007 lässt sich einer bestimmten Lieferung oder einem bestimmten Liefervertrag nicht zuordnen. Denn nachdem der Stromliefervertrag mit der Streithelferin zum 31.12.2006 endete, schloss der Beklagte erst wieder mit Wirkung zum 1.3.2007 einen weiteren Stromlieferungsvertrag, diesmal mit der ... GmbH.

b)

Bei dem für die Zeit vom 1.1.2007 bis zum 28.2.2007 in Rede stehenden Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten handelt es sich um ein auf maximal drei Monate befristetes gesetzliches Schuldverhältnis gemäß § 38 Abs. 1 EnWG. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist ein (zunächst unbefristeter) Stromlieferungsvertrag im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses zwischen Klägerin und Beklagten nicht durch konkludentes Handeln in Form des Verbrauchs von Strom durch den Beklagten zustande gekommen. Die Lehre von der sogenannten „Realofferte“ findet gegenüber der spezielleren gesetzlichen Regelung der Ersatzversorgung gemäß § 38 EnWG keine Anwendung mehr. Nach der Liberalisierung des Strommarktes durch das Energiewirtschaftsgesetz 2005 besteht innerhalb des Anwendungsbereichs des § 38 EnWG für die – historisch bedingte – Lehre von der Realofferte kein Bedarf. Sie widerspricht Wortlaut, Systematik und Sinn der gesetzlichen

Regelung des § 38 EnWG, insbesondere vor dem Hintergrund der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung mit Blick auf die Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und das Rates vom 26.6.2003, dessen Umsetzung das EnWG 2005 diente (vgl. amtliche Anmerkung zum EnWG 2005).

Vor Inkrafttreten des EnWG 2005, d.h. solange die Haushaltsversorgung innerhalb eines bestimmten Gebietes in der Regel nur durch einen Stromlieferanten auf der Grundlage allgemeiner Preise und Bedingungen erfolgen konnte, haben die Zivilgerichte - in ständiger Rechtsprechung und mit der allgemeinen Meinung im Schrifttum - die Möglichkeit eines Vertragsschlusses allein durch Energieentnahme angenommen. Danach war in dem vom (alleinigen) Versorgungsunternehmen bereit gehaltenen Leistungsangebot ein Angebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrages in Gestalt einer sogenannten „Realofferte“ gesehen worden. Mit der Entnahme der angebotenen Versorgungsleistung durch den Verbraucher ist das Angebots auf Abschluss eines Versorgungsvertrages durch konkludentes Handeln angenommen worden (BGHZ 115, 311, 314; BGH NJW 2003, 3131; BGH NJW-RR 2005, 639; Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl., Einf. v. 145, Rn. 28).

Nach der Liberalisierung des Strommarktes durch das EnWG 2005 und nach der auch dem Verbraucherschutz dienenden Richtlinie 2003/54/EG bleibt für die Lehre von der Realofferte im Anwendungsbereich des § 38 EnWG allerdings kein Raum mehr. Die Fallgestaltungen, die bislang mit der Lehre von der Realofferte aufgefangen worden sind, sind nunmehr der Regelung der Ersatzversorgung nach § 38 EnWG zuzuordnen. Die Ersatzversorgung nach § 38 EnWG beginnt von Gesetzes wegen, ohne dass es des Austausches von Willenserklärungen bedarf. Der Grundversorger kann (als Ersatzversorger) seinen Zahlungsanspruch unmittelbar auf § 38 Abs. 1 EnWG stützen (Salje, EnWG, § 38, Rn. 14). Ein rechtsgeschäftlicher Liefervertrag, der eine Ersatzversorgung im Sinne des § 38 EnWG ausschließen würde, kommt nicht mehr durch die einfache Entnahme von Strom zustande. Denn andernfalls gäbe es für das in § 38 EnWG normierte befristete gesetzliche Rechtsverhältnis keinen Anwendungsbereich, da die Lehre von der Realofferte die von § 38 EnWG erfassten Fälle der Ersatzversorgung nahezu vollständig abdeckt. Dem Gesetzgeber war die Lehre von der Realofferte bei Erlass des EnWG 2005 bekannt, so dass davon auszugehen ist, dass die - historisch vorbildlose - Regelung des § 38 EnWG (vgl. Salje a.a.O. § 38 Rn. 1; Britz/Hellermann/Herms, EnWG, § 38 Rn. 3) die bis dahin geltende Lehre von der Realofferte jedenfalls im Anwendungsbereich des § 38 EnWG ablösen sollte. Aus Wortlaut

und Systematik des EnWG ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber die Lehre von der Realofferte aufrecht erhalten wollte (zweifelnd Hellermann a.a.O § 38 Rn. 12).

Diese Auslegung des § 38 EnWG ist auch aufgrund der zugrundeliegende Richtlinie 2003/54/EG (im folgenden nur „Richtlinie“) geboten. Gemäß Art. 3 Abs. 5 S. 1 der Richtlinie ergreifen die Mitgliedsstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden und tragen insbesondere dafür Sorge, dass für schutzbedürftige Kunden ein angemessener Schutz besteht. Zumindest im Fall der Haushalts-Kunden schließen solche Maßnahme die in Anhang A der Richtlinie aufgeführten Maßnahmen zum Schutz der Kunden ein, Art. 3 Abs. 5 S. 5 der Richtlinie. In Anhang A der Richtlinie sind der notwendige Inhalt und die Mindestbedingungen der Versorgungsverträge festgelegt, die im Voraus bekannt sein müssen und die vor Abschluss oder Bestätigung des Vertrages bereitgestellt werden müssen. Ausgangspunkt der Richtlinie ist offenbar, dass dem Kunden vor Vertragsschluss die entsprechenden Vertragsbedingungen mitgeteilt werden müssen. Diesen Verbraucher schützenden Vorgaben wird die Lehre von der Realofferte nicht gerecht, da sie die Einhaltung dieser Vorgaben nicht zu gewährleisten vermag.

c)

Entgegen der Auffassung des Beklagten liegt eine Abrechnung für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 28.2.2007 in nachprüfbarer Form vor. Aus den Abrechnungen vom 1.3.2007 sowie vom 21.3.2007 ergeben sich folgende Entgelte:

Abrechnung	Zeitraum	Entgelt
1.3.2007	1.1.2007 – 19.2.2007	99,20 €
	Mehrwertsteuer	18,85 €
21.3.2007	20.2.2007 – 28.2.2007	17,60 €
	Mehrwertsteuer	3,34 €
	Summe	138,99 €

Inhaltliche Einwendungen gegen die Abrechnungen hat der Beklagte nicht erhoben.

2.

Für den Zeitraum vom 3.2.2006 bis zum 31.12.2006 hat die Klägerin keinen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten. Die in dieser Zeit vom Beklagten entgegen genommenen Stromlieferungen sind dem Liefervertrag mit der Streithelferin zuzuordnen.

a)

Bereits vor dem 1.1.2006 hatte der Beklagte Strom von der Streithelferin bezogen. Dieser Vertrag blieb bis zum 31.12.2006 wirksam.

Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die Ansicht der Klägerin, der Vertragsschluss zwischen dem Beklagten und der Streithelferin sei in erster Instanz streitig gewesen. Denn die Tatsache eines früheren Vertragsschlusses zwischen dem Beklagten und der Streithelferin hat die Klägerin erstinstanzlich zugestanden. Nach Vorlage der Schlussrechnung vom 12.1.2007 und einer Kopie des Kontosauszuges des Beklagten vom 30.1.2007, aus dem die Zahlung des mit der Schlussrechnung geforderten Betrages in Höhe von 166,65 € hervorgeht (Bl. 36 ff. d.A.), hat sich die Klägerin hierzu mit Schriftsatz vom 13.1.2009 wie folgt geäußert (vgl. Bl. 44 d.A.):

„Der Beklagte trägt vor, für die Zeit vom 1.1.2006 bis 31.12.2006 Strom vom Energieversorger ... bezogen und auch bezahlt zu haben. Letzteres mag zwar der Fall sein, dass dem Beklagten der Strom über den streitgegenständlichen Zähler jedoch von dem Versorger ... geliefert worden sein soll, wird bestritten.

[...]

Hinsichtlich des Zählers mit der Eigentumsnummer 8000153204 war der Beklagte Kunde nicht bei der Klägerin, sondern beim Lieferanten“ [...]

Daraus geht nicht ausdrücklich hervor, dass der Vertragsschluss als solcher bestritten ist. Jedenfalls ist die Rechtstatsache des Vertragsschlusses zwischen dem Beklagten und der Streithelferin als unstrittig zu behandeln.

Davon zu unterscheiden ist die – allein vom Gericht zu beantwortende – Rechtsfrage, welchem Rechtsverhältnis die in Rede stehende Stromlieferung zuzuordnen ist. Denn die in ein grundsätzlich von verschiedenen Energieversorgern eingespeiste Energie eines Leitungsnetzes vermischt sich darin derart, dass eine Unterscheidung nach den einspeisenden Energieversorgern an der Abnahmestelle des Stroms schon physikalisch unmöglich ist. Denn bei Strom bzw. Energie handelt es sich um eine immaterielle Größe, die sich einer

unterscheidenden Bestimmung im sachenrechtlichen Sinne aufgrund ihrer physikalischen Eigenschaften entzieht. Bei gleicher Frequenz der eingespeisten Ströme gibt es offenkundig keine physikalische Eigenschaft des Stroms oder der übertragenen Energie, die ihre Unterscheidung nach der Einspeisequelle ermöglichen könnte. Die eingespeisten Ströme bzw. Energien addieren sich zu einem einheitlichen Ganzen; die Entnahme von Strom bzw. Energie führt zur unspezifischen Verringerung der noch zur Verfügung stehenden Gesamtenergie. Feststellbar ist lediglich die Menge der eingespeisten und entnommenen Energie, wobei sich bei einer Vielzahl von gleichzeitig wirkenden Energieversorgern und Verbrauchern jedoch nicht angeben lässt, dass eine an einer bestimmten Stelle eingespeiste Energie der an einer anderen Stelle entnommenen Energie genau entspricht. Wenn eine Unterscheidung nach der Einspeisequelle schon physikalisch nicht möglich ist, dann ist diese Frage auch einem Beweis grundsätzlich nicht zugänglich. Es handelt sich um eine rein bewertende, d.h. normative und nur vom Gericht zu beantwortende Frage. Die entsprechenden Beweisangebote der Klägerin gehen damit ins Leere.

b)

Der dem Beklagten im Jahr 2006 gelieferte Strom ist dem zwischen dem Beklagten und der Streithelferin geschlossenen Vertrag zuzuordnen, so dass für eine Ersatzversorgung im Sinne des § 38 EnWG für das Jahr 2006 kein Raum ist. Denn beide Vertragsparteien sind erkennbar davon ausgegangen, dass die Stromlieferung im Rahmen des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages erfolgte. Die Streithelferin hat die erforderlichen Abrechnungen erstellt; der Beklagte seinerseits hat die geforderten Abschläge sowie den Endabrechnungsbetrag an die Streithelferin gezahlt.

Die Zuordnung unterbleibt nicht deshalb, weil zwischenzeitlich der Stromzähler des Anschlusses ausgetauscht wurde und dadurch eine andere Nummer erhielt. Die Zuordnung einer Stromlieferung zu einem Lieferungsvertrag erfolgt aufgrund wertender, normativer Kriterien und nicht allein aufgrund der Nummer des Stromzählers, wie die Klägerin meint. Der Austausch des Stromzählers führte nicht zur Beendigung des mit der Streithelferin bestehenden Vertrages. Denn die Lieferung des Stroms durch die Streithelferin an den Beklagten konnte auch nach dem Zähleraustausch weiterhin erfolgen. Unstreitig konnte die Belieferung des Beklagten durch die Streithelferin zumindest über den (später ausgebauten) Zähler mit der Nummer 8000153204 erfolgen; die Streithelferin musste also über die Berechtigung zur Netzdurchleitung zum Anschluss des Beklagten verfügen. Daran ändert sich nichts, wenn der Stromzähler nach einem Austausch eine andere Nummer erhält. Zwar mag

die Nummer des Stromzählers aus technischen und organisatorischen Gründen der Identifikation eines Stromanschlusses und eines Stromlieferungsvertrages dienen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass allein die Stromzählernummer nunmehr für die rechtliche Zuordnung und Bewertung eines Stromlieferungsvertrages maßgeblich wäre. Sofern die Klägerin meint, der Beklagte schulde allein deshalb Zahlung, weil er den Stromzähler mit der Nummer 8000165308 statt den mit der Nummer 8000153204 weiterbenutzt habe, ist dies rechtlich unerheblich, vergleichbar einer (offensichtlichen) Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*). Denn im vorliegenden Fall hing es nur vom Zufall ab, welcher der beiden ursprünglich vorhandenen Zähler im Rahmen des Austausches letztlich verwendet werden würde. Eine Erklärung mit rechtsgeschäftlichem Inhalt lässt sich dem Zähleraustausch deshalb nicht entnehmen. Unzutreffend ist daher auch die Ansicht der Klägerin, der Streithelferin sei die Netzdurchleitung nicht genehmigt worden.

c)

Da der Beklagte zutreffend von einem wirksamen Vertragsverhältnis mit der Streithelferin ausging, kann die Klägerin auch nach der Lehre von der Realofferte kein vertragliches Entgelt verlangen. Denn die Entnahme von Strom kann vor diesem Hintergrund nicht als auf einen Vertragsschluss gerichtetes Handeln gedeutet werden.

Im Übrigen stünde der Klägerin auch kein Anspruch auf Aufwendungsersatz nach den Grundsätzen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB zu, wie dies durch den BGH in anderen Fällen entschieden worden ist (BGH NJW-RR 2005, 639; BGH NJW-RR 2005, 1426). Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die vom BGH entschiedenen Fälle solche vor Inkrafttreten des EnWG 2005 betraf, so dass der vorliegende Fall vor dem Hintergrund einer geänderten Gesetzeslage zu entscheiden ist.

Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 38 EnWG bleibt kein Raum für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB. Die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag widerspricht den Zielen des EnWG und denen der zugrunde liegenden Richtlinie 2003/54/EG, insbesondere dem Ziel der verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität, § 1 Abs. 1 EnWG, und dem Ziel der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität gemäß § 1 Abs. 2 EnWG.

Gemäß Ziffer 2 der Erwägungen der Richtlinie sind konkrete Maßnahmen erforderlich, um gleiche Ausgangsbedingungen bei der Elektrizitätsversorgung sicherzustellen und die Gefahr einer Marktbeherrschung und von Verdrängungspraktiken zu verringern. Nach Ziffer 6 der

Erwägungen der Richtlinie setzt ein funktionierender Wettbewerb voraus, dass der Netzzugang nichtdiskriminierend, transparent und zu angemessenen Preisen gewährleistet ist. Art. 3 Abs. 3 S. 1 der Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass alle Haushaltskunden in ihrem Hoheitsgebiet über eine Grundversorgung verfügen, also das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu angemessenen, leicht und eindeutig vergleichbaren und transparenten Preisen haben. Gemäß Art. 3 Abs. 5 S. 3 der Richtlinie gewährleisten die Mitgliedsstaaten einen hohen Verbraucherschutz, insbesondere in Bezug auf die Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren. Die Mitgliedsstaaten haben sicherzustellen, dass zugelassene Kunden tatsächlich zu einem neuen Lieferanten wechseln können, Art. 3 Abs. 5 S. 4 der Richtlinie.

In Fällen wie dem vorliegenden, in dem der Grundversorger Aufwandsersatz vom Kunden deshalb fordert, weil der Vertragspartner des Kunden angeblich nicht über die Genehmigung zur Netzdurchleitung verfügt, kann der Grundversorger etwaige Ansprüche gegen den Kunden nicht auf das Rechtsinstitut der Geschäftsführung stützen. Denn die Anwendung dieses Rechtsinstituts würde den Kunden einem unnötig Kosten- und Prozessrisiko aussetzen, welches mit dem Ziel einer verbraucherfreundlichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität gemäß § 1 Abs. 1 EnWG und der Verpflichtung zur Transparenz der Preise und Vertragsbedingungen gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1, Abs. 5 S. 3 der Richtlinie 2003/54/EG nicht vereinbar ist. Die Frage, ob der vertraglich gebundene Energieversorger über eine Genehmigung zur Netzdurchleitung verfügt, ist vom Haushaltskunden regelmäßig nicht selbst feststellbar. Der Kunde ist dabei auf die Mitwirkung des Netzbetreibers bzw. des Energieversorgers angewiesen. Im Fall von Streitigkeiten zwischen dem Netzbetreiber und dem Energieversorger über das Bestehen einer Netzdurchleitungsgenehmigung ist dem Kunden eine hinreichend sichere eigene Beurteilung in aller Regel nicht möglich. Gelängen die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag in der Weise zur Anwendung, wie in der vor Erlass des EnWG 2005 ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung, so liefe der Kunde Gefahr, den von ihm nur einmal bezogenen und gegenüber seinem Vertragspartner bereits bezahlten Strom nachträglich nochmals an den Grundversorger zahlen zu müssen. Zwar könnte der Kunde den doppelt gezahlten Betrag als Schadenersatz von seinem Vertragspartner zurück verlangen; zudem könnte der Kunde im Wege der Streitverkündung das mit der Frage des Bestehens einer Netzdurchleitungsgenehmigung verbundene prozessuale Risiko absichern. Es bleibt jedoch der Umstand, dass der Kunde bei Abschluss eines Stromlieferungsvertrages mit einer vom Grundversorger abweichenden Vertragspartei

jederzeit Gefahr läuft, die von ihm gezahlten Entgelte im Fall von Streitigkeiten zwischen dem Grundversorger und dem Energieversorger über die Netzdurchleitung zunächst doppelt zahlen zu müssen. Die Regelungen des EnWG 2005 müssen aufgrund ihrer ausdrücklich Verbraucher schützenden Zielrichtung dahingehend ausgelegt werden, dass der Verbraucher vor unnötigen finanziellen Belastungen und Prozessrisiken möglichst freigehalten wird. Da das EnWG 2005 in § 38 eine ausdrückliche Regelung für eine vertragsfreie Lieferung von Strom enthält und der Grundversorger insoweit hinreichend vor finanziellen Verlusten durch vertragsfreie Stromlieferungen geschützt wird, besteht schon kein Bedarf für die Anwendung der Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Anwendungsbereich des § 38 EnWG. Etwaige Streitigkeiten über das Bestehen und den finanziellen Ausgleich von Netzdurchleitungsgenehmigungen können direkt zwischen dem Grundversorger bzw. Netzbetreiber und dem Energieversorger ausgetragen werden. Dafür sprechen nicht zuletzt die für solche Streitigkeiten entwickelten speziellen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen der §§ 20 ff. EnWG, die aufgrund ihrer Komplexität und der Beteiligung einer Regulierungsbehörde offensichtlich nicht dafür ausgelegt sind, von einem Verbraucher nachvollzogen zu werden.

Schließlich spricht auch das in § 1 Abs. 2 EnWG normierte Ziel eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs gegen die Anwendung der Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Denn der Grundversorger würde gegenüber dem Energieversorger des Haushaltskunden in unnötiger Weise doppelt privilegiert, indem ihm ein Entgeltanspruch direkt gegen den Kunden zuerkannt wird und indem ihm ein Wettbewerbsvorteil vermittelt wird, weil der Kunde bei Abschluss eines Vertrages mit dem Grundversorger die dargelegten finanziellen und prozessualen Risiken vermeiden kann.

d)

Die Klägerin kann den Ersatz vorgerichtlicher Mahnkosten nur in Höhe von 3 Euro verlangen (§§ 280, 286 BGB). Der Beklagte kam in Verzug, indem er die Zahlung für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 28.2.2007 nicht zum Fälligkeitstermin leistete. Der der Klägerin durch den Verzug entstandene Schaden, namentlich die Mehrkosten an Material und Porto für den Versand der drei Mahnschreiben, wird gemäß § 287 ZPO auf 1 € pro Schreiben geschätzt. Soweit die Klägerin eine höhere Pauschale von 5,11 € verlangt, übersteigt eine solche Pauschale die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Kosten im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 2 StromGVV. Der allgemeine Verwaltungsaufwand für die Rechtsverfolgung, insbesondere anteilige Personalkosten, darf bei der Berechnung der Pauschale entgegen der

Ansicht der Klägern nicht berücksichtigt werden (vgl. BR-Drs. 306/06, S. 38; AG Meldorf, Urteil vom 4.12.2007, Az. 84 C 1075/07, zitiert nach juris). Denn diese Kostenpositionen stellen keinen kausalen Schaden dar, weil sie auch ohne den Verzug der Beklagten angefallen wären (vgl. BGH, NJW 1976, 1256). Soweit die Klägerin auf das Urteil des OLG Brandenburg Az. 3 U 68/07 verweist, betrifft das Urteil nicht die spezielle Regelung des § 17 Abs. 1 StromGKV und verhält sich in den Entscheidungsgründen nicht zur Höhe der Mahnkosten. In dem weiter zitierten Urteil des OLG Brandenburg, Az. 7 U 174/07, wurden Mahnkosten schon gar nicht zugesprochen.

3.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 101 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts zuzulassen. Soweit ersichtlich sind bislang zu § 38 EnWG 2005 keine höchstrichterliche Entscheidung ergangen. Da die hier relevante Konstellation in der Vergangenheit von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anders entschieden worden ist, erscheint es zur Fortbildung des Rechts erforderlich, für die hier vorliegende Rechtsfrage eine höchstrichterliche Entscheidung zu ermöglichen.

...

...

...