

---

**Datum:** 10.02.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 27. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Grundurteil  
**Aktenzeichen:** 27 U 19/19  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2021:0210.27U19.19.00

---

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 18. September 2019 verkündete Urteil der 8. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund (8 O 60/19 [EnW]) abgeändert.

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Revision wird zugelassen.

---

**Gründe**

I.

Die Klägerin betreibt regionale Verteilnetze für Strom, Gas und Wasser in zwei Bundesländern. In ihrem Zuständigkeitsgebiet liegt auch der im ostwestfälischen ... gelegene landwirtschaftliche Betrieb des Beklagten. Der Betrieb war im Jahr 2012 an drei Anschlussstellen, die mit jeweils eigenen Zählern ausgestattet waren, mit dem Niederspannungsnetz der Klägerin verbunden und wurde darüber mit Strom versorgt. Vertragspartnerin des Stromversorgungsunternehmens, das den Betrieb seinerzeit mit Strom belieferte, war die Ehefrau des Beklagten. Sie kündigte den Stromversorgungsvertrag zum 31. Dezember 2012, weil der Beklagte zum 1. Januar 2013 einen Stromversorgungsvertrag mit der S. abschließen wollte. Der für ... zuständige Grundversorger war damals die F..

Am 26. November 2012 stellte der Beklagte einen schriftlichen Antrag auf Abschluss eines Stromlieferungsvertrags für alle drei Stromanschlüsse bei der S. (Anlage B6), darunter auch für die Verbrauchsstelle ... mit dem Zähler mit der Endnummer 8425 (...). Am 7. Dezember 2012 erhielt der Beklagte eine Eingangsbestätigung der S. (Anlage B7). Darin hieß es:

„Wir klären zunächst mit dem zuständigen Netzbetreiber die Liefermöglichkeit für Ihre Lieferstelle. Dieser Vorgang kann mehrere Wochen dauern. Nach abschließender Klärung

1

2

3

4

5

werden wir Ihnen die Auftragsbestätigung zusenden.“

Wann der Beklagte um den Jahreswechsel 2012/13 herum eine Auftragsbestätigung erhielt und wie diese aussah, ist nicht bekannt. Wie sich jedoch später herausstellte, waren der Stromzähler mit der Endnummer 8425 und die dahinterliegende Verbrauchsstelle ... in den Stromlieferungsvertrag mit der S. nicht einbezogen worden. Im Zuge des Versorgerwechsels war das dem Beklagten nicht aufgefallen. Die von dem betreffenden Zähler erfassten jährlichen Stromverbräuche, welche den in § 3 Nr. 22 EnWG genannten Jahresverbrauch von 10 000 Kilowattstunden um ein Vielfaches überstiegen, hatten bis zum Jahr 2018, als die Klägerin die vertragslose Anschlussnutzung bemerkte, weder die S. noch der örtliche Grundversorger gegenüber dem Beklagten abgerechnet. 6

Mit Rechnung vom 31. Januar 2018 (Anlage K1, Bl. 5-12 GA) verlangte die Klägerin vom Beklagten Zahlung von 126.292,74 € für die Entnahme von Strom in dem Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2017 an der Anschlussstelle, über welche die Verbrauchsstelle ... mit Strom versorgt wurde. Im September 2018 korrigierte die Klägerin, die auch die für den betreffenden Zähler mit der Endnummer 8425 zuständige Messstellenbetreiberin ist, den Forderungsbetrag anhand ihr zur Verfügung stehender Ablesewerte aus den Jahren 2015 bis 2017 (Anlage K4, Bl. 69 GA) um 2.737,40 € nach unten. 7

Die Klägerin hat behauptet, sie habe die zunächst nicht bemerkten vertragslosen Stromentnahmen mangels anderer Zuordnungsmöglichkeit ihrem Differenzbilanzkreis zuordnen und die vom Beklagten entnommenen Energiemengen ihrem Netz wieder zuführen müssen. Sie hat die Ansicht vertreten, dass ihr der gegen den Beklagten geltend gemachte Anspruch aus einem „faktischen Vertragsverhältnis“ infolge der Nutzung des Energienetzes, aus dem Netznutzungsvertrag in Verbindung mit veröffentlichten Preisblättern und auch aus einer Pflichtverletzung des Anschlussnutzungsverhältnisses zustehe. Der Beklagte habe die ihn aus § 3 Abs. 3 NAV treffende Pflicht verletzt, sie über die Aufnahme der Nutzung des Netzanschlusses in Kenntnis zu setzen. Darüber hinaus bestehe ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BGB. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

den Beklagten zu verurteilen, 10

1. an sie 126.292,74 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. Februar 2018 abzüglich einer Rechnungskorrektur vom 10. September 2018 in Höhe von 2.737,40 € zu zahlen, 11

2. an sie Mahnkosten in Höhe von 10,00 € und außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.194,90 € zu zahlen. 12

Der Beklagte hat beantragt, 13

die Klage abzuweisen. 14

Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, dass ein Anspruch der Klägerin nicht bestehe. Sie habe ihm keinen Strom geliefert. Als Netzbetreiberin sei sie wegen §§ 36, 38 EnWG nicht aktivlegitimiert. Wegen etwaiger Ansprüche aus dem Anschlussnutzungsverhältnis sei nicht er, sondern seine Ehefrau passivlegitimiert, deren vormaliges Anschlussnutzungsverhältnis zur Klägerin nicht gekündigt worden sei. Pflichten aus einem etwaigen zwischen ihm und der 15

Klägerin bestehenden Anschlussnutzungsverhältnis habe er im Übrigen auch nicht verletzt, vielmehr sei es die Klägerin gewesen, die sich um die Messstelle viele Jahre lang nicht gekümmert habe.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 18. September 2019 abgewiesen. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, dass einem Anspruch der Klägerin entgegenstehe, dass im Umfang des Scheiterns des Vertrags mit der S. ein Ersatzversorgungsverhältnis mit dem damaligen örtlichen Grundversorger begründet worden sei. 16

Die Klägerin hat gegen das ihr am 19. September 2019 zugestellte landgerichtliche Urteil am 18. Oktober 2019 Berufung beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt, die sie nach wiederholter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 20. Januar 2020 mit einem am 16. Januar 2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz begründet hat. 17

Die Klägerin beanstandet das landgerichtliche Urteil als fehlerhaft. Das vom Landgericht angenommene Ersatzversorgungsverhältnis sei nicht zustande gekommen, jedenfalls aber nach drei Monaten und damit vor Beginn des hier relevanten Zeitraums bereits wieder beendet gewesen. Ein Grundversorgungsverhältnis habe der Beklagte nicht begründen wollen. Einem solchen stehe auch entgegen, dass der Beklagte nicht Haushaltskunde im Sinne von §§ 3 Nr. 22, 36 EnWG sei. Eine rückwirkende Zuordnung der Verbräuche zu einem Grund- oder Ersatzversorger sei nach den Regelungen der GPKE-Festlegungen der Bundesnetzagentur nicht mehr möglich. Der Sachverhalt sei daher als eine sog. „geduldete Notstromentnahme“ anzusehen, aus der sich für sie Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und/oder Bereicherungsrecht ergäben. Darüber hinaus stehe ihr gegen den Beklagten gemäß § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 3 NAV ein Anspruch auf Schadensersatz aus einer Verletzung des Anschlussnutzungsverhältnisses sowie aus § 823 Abs. 1 BGB zu. 18

Die Klägerin beantragt, 19

unter Abänderung des am 18. September 2019 verkündeten Urteils des Landgerichts Dortmund, Az. 8 O 60/19 [EnW], den Beklagten zu verurteilen, 20

1. an sie 126.292,74 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. Februar 2018 abzüglich einer Rechnerkorrektur vom 10. September 2018 in Höhe von 2.737,40 € zu zahlen, 21

2. an sie Mahnkosten in Höhe von 10,00 € und außergerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 2.194,90 € zu zahlen. 22

Der Beklagte beantragt, 23

die Berufung zurückzuweisen. 24

Der Beklagte ist der Ansicht, dass der Klägerin kein Zahlungsanspruch gegen ihn zustehe. Weil die Klägerin nicht als Stromlieferantin tätig werden dürfe, könne sie einen etwaigen ihr entstandenen Aufwand keinesfalls nach Art einer geschäftsmäßigen Vergütung abrechnen, wie sie dies mit dem von ihr geforderten Entgelt tue. 25

Dem Vorbringen des Beklagten schließt sich die nach § 104 Abs. 2 EnWG beteiligte Bundesnetzagentur an. 26

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatbestandlichen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils sowie die Schriftsätze Bezug genommen.

II. 28

Die von der Klägerin mit der Berufung weiterverfolgte Klage ist dem Grunde nach aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB gerechtfertigt, so dass in Abänderung des landgerichtlichen Urteils gemäß § 304 Abs. 1 ZPO durch Grundurteil über den Grund vorab entschieden werden kann. Es ist wahrscheinlich, dass – wie für ein Grundurteil vorausgesetzt (vgl. Feskorn, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 304 Rn. 5) – der dem Grunde nach zur Entscheidung reife Anspruch in der Höhe zumindest teilweise besteht. 29

1. 30

Die Klägerin hat gegen den Beklagten keine vertraglichen Ansprüche auf Vergütung von Stromlieferungen. 31

Zwischen den Parteien ist kein Vertrag über Stromlieferungen geschlossen worden, auch nicht nach den Grundsätzen einer sogenannten Realofferte. Die diesbezügliche Rechtsprechung bezieht sich auf das Leistungsangebot von Versorgungsunternehmen, die Energie, Wasser oder Fernwärme an Kunden liefern. In deren Leistungsangebot ist grundsätzlich ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrags in Form einer sogenannten Realofferte zu sehen, das von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Versorgungsnetz Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt (BGH, Urteil vom 2. Juli 2014 – VIII ZR 316/13, zitiert nach juris, Tz. 10). Die Klägerin ist indes kein Kunden belieferndes Energieversorgungsunternehmen, sie betreibt lediglich Verteilnetze für Strom, Gas und Wasser. Als Verteilnetzbetreiberin kann sie nach den Entflechtungsvorgaben der §§ 6 ff. EnWG Kunden nicht wie eine Stromlieferantin mit Strom beliefern. 32

Etwilige vertragliche Vergütungsansprüche aus einem „faktischen Vertragsverhältnis“ infolge der Nutzung des Energienetzes oder aus einem Netznutzungsvertrag in Verbindung mit Preisblättern, auf die sich die Klägerin erstinstanzlich mit unzureichendem Sachvortrag noch gestützt hat, macht sie in der Berufungsinstanz gegen den Beklagten nicht mehr geltend. 33

2. 34

Der vom Beklagten in den Jahren 2015 bis 2017 an der Verbrauchsstelle ... verbrauchte Strom lässt sich auch keinem Stromversorgungsvertrag mit einem Energieversorgungsunternehmen zuordnen, das den Beklagten – anders als die Klägerin – im Rahmen eines Versorgungsvertrags mit Strom hätte beliefern dürfen. Der Beklagte hat in den Jahren 2015 bis 2017 an der Verbrauchsstelle ... vielmehr Strom ohne Zuordnung zu einem gesetzlichen oder vertraglichen Lieferverhältnis verbraucht. Dem entsprechenden Vorbringen der für die tatsächlichen Voraussetzungen der von ihr geltend gemachten Ansprüche darlegungsbelasteten Klägerin ist der sekundär darlegungsbelastete Beklagte, der zu dem tatsächlichen Geschehen um den Jahreswechsel 2012/13 am ehesten näher hätte vortragen können, nicht ausreichend entgegen getreten. 35

a) 36

Zwar hat das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 21. August 2019 noch den rechtlichen Hinweis erteilt, dass vom Beklagten auch für den Verbrauch an der 37

Verbrauchsstelle ... ein Energielieferungsvertrag mit der S. abgeschlossen worden sein dürfte. Spätestens in der Berufungsinstanz ist zwischen den Parteien jedoch unstrittig geworden, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Stromversorgungsvertrags zwischen dem Beklagten und der S., wie er ursprünglich geplant und im November 2012 vom Beklagten beantragt worden war, bezüglich der Anschlussstelle mit dem Zähler mit der Endnummer 8425 nicht vorgelegen haben und ein Vertrag über die Stromversorgung der Verbrauchsstelle ... mit der S. mangels einer hierfür notwendigen Annahmeerklärung dieses Unternehmens, zu der der Beklagte gegebenenfalls näher hätte vortragen müssen, nicht zustande gekommen ist.

b) 38

Der Beklagte hat durch den Stromverbrauch an der betreffenden Verbrauchsstelle auch keinen Stromversorgungsvertrag mit einem anderen Stromversorgungsunternehmen begründet. Zwar ist der Vortrag der Parteien zu den Einzelheiten des vom Beklagten und seiner Ehefrau Anfang 2013 vollzogenen Versorgerwechsels zur S. rudimentär geblieben. Aus den wenigen Angaben, auf welche sich die Klägerin stützen kann, ergibt sich aber, dass nach den damaligen Ereignissen für den Zeitraum der Jahre 2015 bis 2017 nicht von einer Versorgung des Beklagten in einem etwaige Ansprüche der Klägerin verdrängenden Vertragsverhältnis ausgegangen werden kann. 39

aa) 40

Der fehlgeschlagene Vertragsschluss bezüglich der Verbrauchsstelle ... hat hinsichtlich dieser in den beiden denkbaren Sachverhaltsvarianten zu einer übergangsweisen Ersatzversorgung gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG durch den örtlichen Grundversorger geführt, die aber entsprechend § 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG nach drei Monaten – und damit zweifelsfrei vor dem 1. Januar 2015 – ihr Ende gefunden hat. 41

(1) 42

Sollte die S. den Antrag des Beklagten bis zum 31. Dezember 2012, dem Kündigungszeitpunkt des von der Ehefrau des Beklagten gekündigten Vorgängervertrags, noch nicht angenommen haben, sondern erst in den ersten Wochen des Jahres 2013, so wäre damals bezüglich aller drei Anschlussstellen, für die der Beklagte die Versorgung beantragt hatte, durch den fortlaufenden Stromverbrauch ein Ersatzversorgungsverhältnis gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG begründet worden. 43

(a) 44

Dafür spricht, dass der bis zum Beginn des Folgevertrags zu überbrückende Zeitraum der typische Anwendungsfall der Ersatzversorgung ist (vgl. Busche, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 38 EnWG Rn. 6; Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 11 f.; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl., § 38 Rn. 13; Rasbach, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl., § 38 Rn. 4) und die alternative interimswise Weiterversorgung der Ehefrau des Beklagten in einem Grundversorgungsverhältnis (vgl. zu dieser Möglichkeit BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 – VIII ZR 326/08, zitiert nach juris, Tz. 17; Busche, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 38 EnWG Rn. 8; Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 11) hier nach den Umständen nicht angenommen werden kann. Weder ist für ein vorausgegangenes Grundversorgungsverhältnis der Ehefrau etwas vorgetragen noch wegen der beträchtlichen 45

Verbrauchsmengen des landwirtschaftlichen Betriebs sonst ersichtlich. Auch wenn Einzelheiten der Verbrauchsmengen zwischen den Parteien streitig sind, so überstiegen die jährlichen Verbrauchsmengen allein an der Verbrauchsstelle ..., auf die anhand der späteren Zählerstände geschlossen werden kann, den für grundversorgungsberechtigte Haushaltskunden gemäß § 3 Nr. 22 EnWG noch zulässigen Wert doch um ein Vielfaches. Ein erstmaliger Vertragsschluss mit dem örtlichen Grundversorger nach den Grundsätzen der sogenannten Realofferte kann ebenfalls nicht angenommen werden. An der Begründung eines dann wieder zu kündigenden Grundversorgungsverhältnisses hatten wegen des eigentlich schon zum 1. Januar 2013 geplanten Wechsels des Vertragspartners auf der Abnehmerseite sowie des Lieferanten weder der Beklagte noch seine Ehefrau ein Interesse.

(b) 46

Der Annahme der Begründung eines Ersatzversorgungsverhältnisses für alle drei Anschlussstellen steht nicht entgegen, dass das zur Ersatzversorgung gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG verpflichtete Unternehmen, der örtliche Grundversorger, hiervon mangels Unterrichtung durch die Klägerin nie Kenntnis erhalten hat. Die Begründung eines Ersatzversorgungsverhältnisses gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist nur vom Vorliegen der in § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG genannten Voraussetzungen abhängig, zu denen die Kenntnis des Grundversorgers vom Zustandekommen des Versorgungsverhältnisses nicht gehört (de Wyl, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 14 Rn. 125; Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 17; Heinlein/Weitenberg, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL Stand Juli 2020, § 38 EnWG Rn. 22; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 3. Aufl., § 38 Rn. 16). Die in § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG genannten Voraussetzungen für das Entstehen des gesetzlichen Schuldverhältnisses hätten, wenn der Folgevertrag mit der S. am 1. Januar 2013 noch nicht zu laufen begonnen hatte, vorgelegen. Der Beklagte war Letztverbraucher gemäß § 3 Nr. 25 EnWG. Er hat den Strom für seinen eigenen Bedarf bezogen. Zudem hat er ihn über das Niederspannungsnetz bezogen, ohne dass der Bezug einer Lieferung oder einem bestimmten Liefervertrag zugeordnet werden konnte. Hatte die S. den Antrag des Beklagten zum Jahresanfang 2013 noch nicht einmal teilweise angenommen, war sie nicht einmal partiell seine Vertragspartnerin. 47

(2) 48

Sollte die S. den Antrag des Beklagten auf Abschluss eines Stromversorgungsvertrags für zwei der drei Verbrauchsstellen noch rechtzeitig zum 1. Januar 2013 angenommen haben, wäre für die davon nicht erfasste Verbrauchsstelle ... ebenfalls ein Ersatzversorgungsverhältnis begründet worden. Ein Vertragsschluss des Beklagten mit dem örtlichen Grundversorger nach den Grundsätzen einer sogenannten Realofferte scheidet aus. Es kann dahinstehen, ob das schon deshalb gilt, weil es sich bei dem Beklagten zwar um einen Letztverbraucher im Sinne von § 38 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 3 Nr. 25 EnWG, aber wegen der Verbrauchsmengen nicht um einen zur Grundversorgung berechtigten Haushaltskunden gemäß § 3 Nr. 22 EnWG handelte. Es fehlte jedenfalls an den auch für einen Vertragsschluss nach den Grundsätzen der sogenannten Realofferte erforderlichen übereinstimmenden Willenserklärungen. Eine auf Abschluss eines Grundversorgungsvertrags gerichtete konkludente Willenserklärung des Beklagten durch die Stromentnahme an der die Verbrauchsstelle ... versorgenden Anschlussstelle ab dem 1. Januar 2013 scheidet aus, weil der Beklagte nach seinem von der Klägerin nicht bestrittenen Vorbringen zum damaligen Zeitpunkt davon ausging, einen Vertrag über den Strombezug an allen drei Anschlussstellen mit der S. abgeschlossen zu haben (vgl. zu einer solchen Sachverhaltskonstellation auch 49

Heinlein/Weitenberg, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL Stand Juli 2020, § 38 EnWG Rn. 13; siehe auch BGH, Urteil vom 6. Juli 2011 – VIII ZR 217/10, zitiert nach juris, Tz. 18). Für ihn stellte sich die Bereitstellung von Strom an der betreffenden Anschlussstelle nicht als ein Angebot des örtlichen Grundversorgers dar, das er durch Stromentnahme annehmen konnte, sondern als eine Belieferung durch die S.. Mangels Erklärungsbewusstseins des Beklagten lag auch umgekehrt kein Angebot von ihm an den Grundversorger vor, der wiederum keinen Anlass hatte anzunehmen, der Beklagte wolle ein Angebot von ihm annehmen oder ihm eines unterbreiten. Der Beklagte hatte mit dem von ihm an die S. gerichteten Antrag auf Abschluss eines Sonderkundenvertrags zum Ausdruck gebracht, keine Grundversorgung zu wünschen.

(3) 50

Das nach beiden denkbaren Sachverhaltsalternativen ab dem 1. Januar 2013 mit dem örtlichen Grundversorger begründete Ersatzversorgungsverhältnis für die Verbrauchsstelle ... hat jedoch bereits nach drei Monaten gemäß § 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG – auch ohne zwischenzeitliche Kenntnis des Ersatzversorgers – kraft Gesetzes wieder sein Ende gefunden. Die hiervon möglicherweise abweichende Rechtsansicht der beteiligten Bundesnetzagentur, die annimmt, dass der betreffende Kunde solange noch dem Ersatzversorger zuzuordnen sei, bis Letzterer gegebenenfalls die Sperre des Anschlusses betreibe, ist nach Ansicht des Senats mit dem Gesetzeswortlaut des § 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG nicht in Einklang zu bringen. 51

bb) 52

An das mit Ablauf des 31. März 2013 beendete Ersatzversorgungsverhältnis mit dem örtlichen Grundversorger hat sich für den fortwährenden Strombezug an der die Verbrauchsstelle ... versorgenden Netzanschlussstelle kein weiteres vertragliches oder gesetzliches Stromversorgungsverhältnis angeschlossen. 53

(1) 54

Einen Sonderkundenvertrag über die Stromversorgung an der betreffenden Anschlussstelle hat der Beklagte im Anschluss an das Ersatzversorgungsverhältnis nicht abgeschlossen. Auch ein Vertrag über die Stromversorgung im Grundversorgungsverhältnis ist im Anschluss an das Ersatzversorgungsverhältnis weder ausdrücklich noch konkludent durch die Stromentnahme zustande gekommen. Die für Letzteres notwendigen übereinstimmenden wechselseitigen Willenserklärungen lassen sich nach den vorliegenden Umständen nicht annehmen (vgl. auch Busche, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 38 EnWG Rn. 15 a.E.). Auch für den Zeitpunkt der kraft Gesetzes eingetretenen Beendigung des Ersatzversorgungsverhältnisses steht nicht fest und wird von keiner Partei behauptet, dass der Beklagte schon erkannt hatte, dass sein Vertragsverhältnis zur S. nur zwei der drei von ihm genutzten Anschlussstellen erfasste und seine Stromversorgung nicht insgesamt in dieses Vertragsverhältnis eingebettet war. Zudem war er aufgrund der für die Verbrauchsstelle ... in Rede stehenden Verbräuche, auf die anhand späterer Zählerstände geschlossen werden kann, erkennbar kein grundversorgungsberechtigter Haushaltskunde. 55

(2) 56

An das beendete Ersatzversorgungsverhältnis hat sich auch nicht gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnWG ein weiteres Ersatzversorgungsverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis mit dem örtlichen Grundversorger angeschlossen. Zwar enthält das EnWG für den Fall, dass – wie 57

hier – bis zum Ablauf des dreimonatigen Ersatzversorgungszeitraums vom Letztverbraucher, der kein Haushaltskunde ist, kein neuer Stromversorgungsvertrag abgeschlossen wird, keine Regelung. Daraus folgt allerdings keine planwidrige Regelungslücke, die gegebenenfalls durch die Annahme einer ununterbrochenen Kette sich aneinander anschließender Ersatzversorgungsverhältnisse nach § 38 EnWG zu schließen sein könnte.

Der Gesetzgeber hat, wie den Gesetzesmaterialien entnommen werden kann, den Ersatzversorgungszeitraum bewusst beschränken wollen. Überlegungen, auf eine Befristung des Ersatzversorgungsverhältnisses zu verzichten (vgl. BR-Drs. 613/1/04, S. 32), haben im Gesetzgebungsverfahren keine Zustimmung gefunden (vgl. BT-Drs. 15/4068, S. 7) und sind nicht Gesetz geworden. Aufgrund der im EnWG angelegten Unterscheidung zwischen Haushaltskunden und Letztverbrauchern, die keine Haushaltskunden sind, kann auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber die unterschiedlichen Folgen für diese beiden Gruppen übersehen hat, die sich aus der in § 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG vorgesehenen Befristung ergeben, wenn es binnen des Ersatzversorgungszeitraums zu keinem neuen Vertragsschluss kommt. Während dem Haushaltskunden im Anschluss an das Ersatzversorgungsverhältnis der Weg in die Grundversorgung durch eine Stromentnahme aus dem Elektrizitätsversorgungsnetz eröffnet war (vgl. auch BR-Drs. 306/06, S. 25) und ist, stand und steht anderen Letztverbrauchern dieser Weg nicht offen. Dieses Ergebnis kann jedoch nicht als planwidrig angesehen werden und die nochmalige Begründung eines Ersatzversorgungsverhältnisses rechtfertigen, weil es Ausdruck einer unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit der beiden Verbrauchergruppen ist, die im EnWG an verschiedenen Stellen Niederschlag gefunden hat. Der Gesetzgeber wollte Haushaltskunden „als das schwächste Glied in der Versorgungskette“ (vgl. BT-Drs. 15/4068, S. 7) durch die Regelungen des EnWG besonderes schützen. So hat er für andere Letztverbraucher, die große Strommengen nicht für den Haushalt, sondern für andere Zwecke kaufen, und wirtschaftlich stärker sind, eine dem § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG vergleichbare Versorgungspflicht von Energieversorgungsunternehmen nicht vorgesehen. Im Hinblick hierauf wäre es systemwidrig, eine solche durch die Möglichkeit einer Aneinanderreihung von Ersatzversorgungsverhältnissen herbeizuführen.

Dass der Letztverbraucher, der nicht Haushaltskunde ist, nach Beendigung des Ersatzversorgungsverhältnisses in einen vertragslosen Zustand gerät, wenn er bis dahin keinen neuen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, führt weder für ihn noch den Netzbetreiber zu unzumutbaren Ergebnissen. Dem Letztverbraucher steht es frei, diesen Zustand durch einen Vertragsschluss zu beenden. Der Netzbetreiber seinerseits kann, wenn er die fortgesetzten Stromverbräuche keinem Stromlieferanten bilanziell zuordnen kann, den Netzanschluss sperren (wie hier de Wyl, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl., § 14 Rn. 128; Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 22; Heinlein/Weitenberg, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 107. EL Stand Juli 2020, § 38 EnWG Rn. 29; Rasbach, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Aufl., § 38 Rn. 1; Pritzsche, Ersatzversorgung, Anschlussnutzungsverträge und Notstromentnahme im Übertragungsnetz, in: Ludwigs, Regulierender Staat und konfliktschlichtendes Recht. Festschrift für Matthias Schmidt-Preuß zum 70. Geburtstag, S. 981 f.).

c) 60

Entgegen der Annahme des Beklagten und der beteiligten Bundesnetzagentur stehen Ansprüchen der Klägerin wegen Stromentnahmen an der betreffenden Anschlussstelle auch nicht die §§ 36, 38 EnWG entgegen. Dabei kann dahinstehen, ob infolge fortgesetzten Strombezugs ohne vertragliche Zuordnung unter die Begrifflichkeit der „geduldeten 61



Notstromentnahme“ gefasste Ansprüche von Verteilnetzbetreibern nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag (vgl. dazu Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 8) oder nach Bereicherungsrecht gegenüber Haushaltskunden grundsätzlich ausscheiden. Bei dem Beklagten handelt es sich gerade nicht um einen Haushaltskunden und damit grundversorgungsberechtigten Letztverbraucher. Aus diesem Grund kann der Beklagte auch aus dem – in der Literatur kritisch besprochenen (vgl. Milovanovi?, IR 2020, 155) – Beschluss des 3. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. November 2019 – VI-3 Kart 801/18 (V) – nichts für sich herleiten. Der 3. Kartellsenat bezieht sich ausdrücklich auf grundversorgungsberechtigte Letztverbraucher beziehungsweise Haushaltskunden und sieht für diese keinen Anwendungsbereich für eine „geduldete Notstromentnahme“ durch den Netzbetreiber, weil sich bei Haushaltskunden in Niederspannung infolge der §§ 36, 38 EnWG, der StromGVV und der GPKE-Festlegungen der Bundesnetzagentur keine Zuordnungslücken ergäben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. November 2019 – VI-3 Kart 801/18 (V), zitiert nach juris, Tz. 84). Das gilt, wie der vorliegende Fall anschaulich zeigt, jedoch nicht für Letztverbraucher im Niederspannungsbereich, die keine Haushaltskunden und damit nicht grundversorgungsberechtigt sind. Die Entscheidung des 3. Kartellsenats ist aus diesem Grund auch insofern nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar, als sie davon ausgeht, dass Verbräuche eines Haushaltskunden stets dem Grundversorger bilanziell zuzuordnen seien, unabhängig davon, ob zu diesem ein Schuldverhältnis besteht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. November 2019 – VI-3 Kart 801/18 (V), zitiert nach juris, Tz. 81). Außerhalb – wie hier – der Grund- und Ersatzversorgung kommt eine bilanzielle Zuordnung zu einem Grundversorger nicht in Betracht. Daher kann die zwischen den Parteien streitige Frage, wie lange rückwirkend überhaupt noch eine bilanzielle Zuordnung erfolgen könnte, hier dahinstehen.

Entgegen der Annahme des Beklagten und der beteiligten Bundesnetzagentur stehen hier auch die Entflechtungsvorschriften der §§ 6 ff. EnWG, die das Monopol des jeweiligen Netzbetriebs von dem Wettbewerbsbereich der Belieferung von Kunden mit Strom abgrenzen wollen, Ansprüchen der Klägerin gegen den Beklagten nicht entgegen. Die Duldung oder unterlassene Unterbindung der Entnahme von Strom durch den Verteilnetzbetreiber an der von ihm kontrollierten Anschlussstelle ist mit einem vertraglichen Lieferverhältnis nicht gleichzusetzen (wie hier Pritzsche, a.a.O., S. 973). Der Verteilnetzbetreiber wird dadurch, wofür auch § 3 Nr. 18a EnWG spricht, nicht zum Stromlieferanten. Er begibt sich nicht in ein Lieferverhältnis mit dem Netznutzer, sondern muss die Stromentnahme zunächst sogar unabhängig von seinem Willen hinnehmen. Der ohne jegliche vertragliche Grundlage Strom aus einem Netz entnehmende Netznutzer seinerseits nimmt gar nicht am Strommarkt teil, sondern hat über den genutzten Netzanschluss nur noch eine Rechtsbeziehung zum Netzbetreiber.

Soweit die beteiligte Bundesnetzagentur darauf hinweist, dass die rechtliche Problematik des vorliegenden Falles darauf zurückzuführen sei, dass die Klägerin die sie treffenden Pflichten im Zusammenhang mit der Durchführung des Lieferantenwechsels zum Jahreswechsel 2012/13 verletzt habe, mag dies zutreffen, hindert aber das Entstehen etwaiger Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten nicht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der dafür in Betracht kommenden zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen vorliegen. So liegt es hier.

3.

62

63

64

65

Der Klägerin steht gegen den Beklagten dem Grund nach ein Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen für die kontinuierliche Duldung beziehungsweise unterlassene Unterbindung der Entnahme von Strom in den Jahren 2015 bis 2017 an der die Verbrauchsstelle ... versorgenden Anschlussstelle nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB zu.

a)

66

Die Klägerin hat mit der ununterbrochenen Hinnahme von Stromentnahmen an der betreffenden Anschlussstelle mit dem Stromzähler mit der Endnummer 8425 in den Jahren 2015 bis 2017 gemäß § 677 BGB ein Geschäft auch für den Beklagten geführt. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft „für einen anderen“ besorgt. Das ist der Fall, wenn er das Geschäft nicht (nur) als eigenes, sondern (auch) als fremdes führt, also in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen, wird der Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Dasselbe gilt für den Willen, ein fremdes Geschäft mit zu besorgen, falls es sich auch um ein objektiv fremdes Geschäft handelt, wozu genügt, dass es seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugutekommt (ständige Rspr. des Bundesgerichtshofs, vgl. z.B. BGH, Urteile vom 5. Juli 2018 – III ZR 273/16, zitiert nach juris, Tz. 20, vom 1. Februar 2018 – III ZR 53/17, zitiert nach juris, Tz. 8, und vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 1/04, zitiert nach juris, Tz. 20). Davon abzugrenzen sind objektiv eigene oder neutrale Geschäfte, die ihren Fremdcharakter erst durch den Willen des Geschäftsführers zu einer Fremdgeschäftsführung erhalten.

67

Dies zugrunde gelegt sind eine Fremdgeschäftsführung und ein Fremdgeschäftsführungswille hier zu bejahen. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass die Klägerin im Jahr 2015 – anders als Netzbetreiber zur Zeit der Geltung des § 10 EnWG 1998 – nicht auch örtlicher Grundversorger war (siehe zum alten Recht BGH, Urteile vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 1/04 und VIII ZR 66/04). Auch kann dahinstehen, ob das Fehlen dieser Doppelrolle und damit einer Versorgungspflicht des Netzbetreibers eine Fremdgeschäftsführung sogar besonders nahe legt (so wohl Pritzsche, a.a.O., S. 978). Jedenfalls hat die Klägerin als Verteilnetzbetreiberin anstatt den Anschluss zu sperren ihre Stromnetzinfrastruktur und die Netzfunktion weiterhin in einer Weise aufrechterhalten, die es dem Beklagten ermöglichte, für die Verbrauchsstelle ... kontinuierlich Strom zu beziehen. Das kam ihm zugute.

68

Ein Fremdgeschäftsführungswille wird in einem solchen Fall vermutet (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 – VIII ZR 66/04, zitiert nach juris, Tz. 25). Tatsächliche Umstände, die diese Vermutung widerlegen könnten, hat der insoweit darlegungsbelastete Beklagte nicht vorgetragen. Sie sind auch sonst nicht erkennbar. Der langjährige Irrtum der Klägerin über die Situation an der betreffenden Anschlussstelle steht einem Fremdgeschäftsführungswillen, der bei einer länger dauernden Geschäftsbesorgung in den Zeiträumen vorhanden sein muss, in denen die Aufwendungen getätigt werden (siehe BGH, Urteil vom 5. Juli 2018 – III ZR 273/16, zitiert nach juris, Tz. 28), nicht entgegen. Die Klägerin kann wegen dieses Irrtums nicht angenommen haben, ein ausschließlich eigenes Geschäft zu tätigen. Bei verständiger Würdigung kann das Vorbringen der Parteien nur so verstanden werden, dass die Klägerin allenfalls zu Beginn der vertragslosen Anschlussnutzung des Beklagten von Stromentnahmen an dem betreffenden Anschluss überhaupt keine Kenntnis hatte. Für spätere Zeiträume, insbesondere den hier relevanten von 2015 bis Ende 2017 kann von einer fehlenden Kenntnis hingegen nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin den Zähler mit der Endnummer 8425 im Jahr 2015 und dann auch in den beiden Folgejahren hat ablesen

69

lassen. Für die Jahre 2013 und 2014 ist zwischen den Parteien streitig, ob der Beklagte von der Klägerin zur Verfügung gestellte Selbstablesekarten ausgefüllt an die Klägerin zurückgesandt hat. Angesichts dessen kann sich der Irrtum der Klägerin in dem hier maßgeblichen Zeitraum nur auf die Vertragslosigkeit der Anschlussnutzung bezogen haben, nicht aber auf die Anschlussnutzung selbst.

b) 70

Für die Geschäftsführung der Klägerin fehlte es an einem Auftrag oder einer sonstigen Berechtigung. 71

c) 72

Die Übernahme der Geschäftsführung durch die Klägerin entsprach auch dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Beklagten, weil nur ohne Anschlussperre und durch die Aufrechterhaltung der Netzfunktion die ununterbrochene Versorgung der Verbrauchsstelle ... mit Strom sichergestellt war. Dafür, dass der vertragslos Strom beziehende Beklagte lieber eine Anschlussperre hätte hinnehmen wollen, ist nichts vorgetragen oder ersichtlich. 73

d) 74

Die Klägerin hat demnach gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz derjenigen Aufwendungen für die Geschäftsführung, die sie nach den Umständen für erforderlich halten durfte. Als solche kommen die Aufwendungen für den Ausgleich der Energieverluste in ihrem Netz in Betracht, die auf die Stromentnahmen des Beklagten zurückzuführen sind. 75

Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin ihrem Netz für den von ihm entnommenen Strom wieder Energiemengen zuführen musste und ihr damit ein Aufwand entstanden ist, kann er damit nicht durchdringen. Die mit der Stromentnahme verbundenen physikalischen Gesetzmäßigkeiten und bilanziellen Konsequenzen können als solche nicht bestritten werden. 76

Die Frage des genauen Umfangs der Verbräuche des Beklagten und des dafür notwendigen Ausgleichs ist eine Frage der Anspruchshöhe und bleibt der noch notwendigen Klärung im Betraysverfahren vorbehalten. 77

4. 78

Der dem Grunde nach gegebene Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag verdrängt einen etwaigen bereicherungsrechtlichen Anspruch der Klägerin. Dieser wäre nur für den Fall zu bejahen, dass ein Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB zu verneinen ist. Dann stünde der Klägerin gegen den Beklagten ein bereicherungsrechtlicher Anspruch aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt., 818 Abs. 2 BGB in gleicher Höhe zu (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. November 2019 – VI-3 Kart 801/18 (V), zitiert nach juris, Tz. 75; Busche, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl., § 38 EnWG Rn. 15). Weil die Klägerin einer Stromlieferantin nach den Entflechtungsvorgaben der §§ 6 ff. EnWG nicht gleichgestellt werden darf, würde der ihr nach § 818 Abs. 2 BGB zu leistende Wertersatz nicht höher ausfallen können als ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB. 79

5. 80

81

Ob dem Grunde nach auch Schadensersatzansprüche der Klägerin gegen den Beklagten aus § 280 Abs. 1 BGB oder aus Deliktsrecht in Betracht kommen können, kann dahinstehen. Diese Ansprüche haben neben dem Anspruch aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB keine Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 1978 – VI ZR 39/77, zitiert nach juris, Tz. 13). Der Senat kann ausschließen, dass der Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB oder aus Deliktsrecht höhere Forderungen zustünden, als ihr aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zustehen. Zum einen hat die Klägerin den ihr entstandenen Schaden bereits erstinstanzlich dahingehend konkretisiert, dass sie ihrem Netz die vom Beklagten entnommene Menge an Energie wieder zuführen musste. Damit deckt sich der geltend gemachte Schaden mit den nach den Umständen erforderlichen Aufwendungen, deren Ersatz im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangt werden kann. Zu weitergehenden Schäden hat die Klägerin nichts vorgetragen. Darüber hinaus trifft die Klägerin an der Schadensentstehung infolge eigener Versäumnisse bei der Erfüllung ihrer Pflichten aus den GPKE-Festlegungen der Bundesnetzagentur und der StromNZV im Zuge des Lieferantenwechsels des Beklagten und seiner Ehefrau ein erhebliches Mitverschulden im Sinne von § 254 Abs. 1 BGB. Darauf weisen der Beklagte und die Bundesnetzagentur mit Recht übereinstimmend hin. Dieses Mitverschulden rechtfertigt im Ergebnis die Kürzung eines etwaigen Schadensersatzanspruchs um mindestens die Hälfte.

6. 82

In welcher Höhe der Anspruch der Klägerin aus §§ 677, 683 Satz 1, 670 BGB besteht, kann, weil der Sachverhalt insoweit noch weiterer Aufklärung bedarf, noch nicht abschließend bestimmt werden und ist vom weiteren Verlauf des Betragsverfahrens abhängig. 83

Die Ansicht der Klägerin, sie könne gegenüber dem Beklagten für die verbrauchten Strommengen einen bestimmten Tarif abrechnen, erscheint dem Senat allerdings zweifelhaft. Der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen gemäß §§ 683 Satz 1, 670 BGB hat nicht den Zweck, die Klägerin so zu stellen wie eine Stromlieferantin, zumal eine Umgehung der Entflechtungsregeln der §§ 6 ff. EnWG durch Ansprüche infolge einer sogenannten „geduldeten Notstromentnahme“ ausgeschlossen werden muss. Für die Berechnung des Aufwendungsersatzanspruchs der Klägerin dürften daher anstelle von Tarifen eher die Kosten für zum Ausgleich von Energieverlusten benötigter Regelenergie maßstäblich sein (siehe Ehring, in: Elspass/Graßmann/Rasbach, EnWG, § 38 Rn. 9; Pritzsche, a.a.O., S. 980). Insoweit werden die Parteien im Betragsverfahren nochmals Gelegenheit haben, sich zu der Frage der zutreffenden Berechnungsweise zu äußern. 84

III. 85

Gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 1. Alt. ZPO ist im vorliegenden Verfahren die Revision zuzulassen, weil eine höchstrichterliche Entscheidung zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist. Der Rechtsstreit wirft eine Vielzahl verallgemeinerungsfähiger rechtlicher Fragen auf, für deren Beurteilung eine höchstrichterliche Orientierungshilfe bisher noch gänzlich fehlt. Nur beispielhaft erwähnt seien das zutreffende Verständnis des § 38 EnWG in Konstellationen der vorliegenden Art, der Anwendungsbereich der von dem Begriff der sogenannten „geduldeten Notstromentnahme“ erfassten zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen im Bereich der Stromversorgung in Niederspannung sowie – bereits mit Blick auf das nachfolgende Betragsverfahren – die Grundlagen der Berechnung eines Aufwendungsersatz- oder ggf. Wertersatzanspruchs. 86

