



Ausfertigung



# OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 23 U 4606/08

1 HKO 275/08 LG Landshut

Verkündet am 12.03.2009

Die Urkundsbeamtin:

Mann

Justizangestellte

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

**In dem Rechtsstreit**

**Erdgas Südbayern GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Werner Bähre, Ungsteiner Straße 31, 81539 München

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Patt und Kollegen, Weststraße 21, 09112 Chemnitz

gegen

- Beklagte und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Cornelia Ahrens, Erlenstegenstraße 113, 90491 Nürnberg

wegen Forderung

**Endurteil:**

- I. Auf die Berufung des Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts Landshut vom 20.08.2008 aufgehoben.
- II. Die Klage wird abgewiesen.
- III. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
- IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Nach geheimer Beratung des Gerichts verkündet der Vorsitzende folgenden

**Beschluss:**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 1.366,56 Euro festgesetzt (§§ 63, 47, 48 GKG, § 3 ZPO).

Das Urteil wird sodann gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu Protokoll begründet wie folgt:

Auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter.

Der Senat ist zuständig zur Entscheidung über die Berufung des Urteils der Handelskammer des Landgerichts Landshut gemäß Abschnitt II A 5 a der Geschäftsverteilung. Eine Zuständigkeit des Kartellsenats besteht nicht. Keine der Parteien stützt im vorliegenden Rechtsstreit ihre Argumentation auf kartellrechtliche Gesichtspunkte. Inhaltlich handelt es sich um keine Streitigkeit nach dem EnWG, sodass die vom Amtsgericht vorgenommene und vom Landgericht hingenommene Verweisungsentscheidung – worauf es zwar nicht ankommt – bereits jede rechtliche Grundlage fehlt. Eine Zuständigkeit nach § 106 EnWG besteht nicht. Wie bei der als Vorbild dienenden Vorschrift des § 91 GWB (vgl. BGH, Beschluss vom 20.08.2007, X ARZ 247/07 TZ 5) führt die Entscheidung eines Kartelllandgerichts in einer objektiv nicht kartellrechtlichen Streitigkeit nicht zu einer Kartellberufungssache (Loewenhein/Meessen/Riesenkampff/Zuber, Kartellrecht Bd. 2, 2006, Seite 1034). Der Senat hat im Übrigen, worauf er schon in der letzten Sitzung hingewiesen hat, bereits vor der Terminierung beim Kartellsenat angefragt und dieser hat seine Zuständigkeit verneint.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die streitgegenständliche Mehrforderung für die Zeit vom 01.07.2005 bis 30.06.2007, da sie kein Recht zur Tarifierhöhung gegenüber dem Beklagten hatte.

Ein solches Recht stand der Klägerin nicht aus § 4 AVBGasV zu, da der Beklagte nicht Tarifikunde, sondern Sondervertragskunde war, auf den diese Vorschrift nicht anwendbar ist (BGH, Teilurteil vom 29.04.2008, KZR 12/07 TZ 29; Urteil vom

17.12.2008, XIII ZR 274/06 TZ 12; Kammergericht, Urteil vom 28.10.2008, 21 U 160/06 TZ 52; OLG Oldenburg, Urteil vom 05.09.2008, 12 U 49/07 TZ 27).

Die Sonderkundeneigenschaft des Beklagten ergibt sich aus dem Umstand, dass unstreitig mit ihm nach dem ursprünglichen Vertragsschluss eine feste Laufzeit von 5 Jahren vereinbart worden ist, also von der Regelung der Grundversorgung durch einzelvertragliche Änderung abgewichen worden ist. Dahinstehen kann, ob der Beklagte auch deshalb Sonderkunde ist, weil mit ihm der Tarif „ESB Multi“ vereinbart worden ist.

Eine Einbeziehung von § 4 AVBGasV, die ihrerseits keine näheren Regelungen zu einer Preiserhöhung enthält, durch K 1 kommt aus Rechtsgründen nicht in Betracht, da dies den Beklagten als Verbraucher unangemessen benachteiligt, § 307 BGB (BGH 29.04.2008 TZ 17 bis 21; BGH 17.12.2008 TZ 13 bis 26; Kammergericht TZ 32 bis 51; OLG Oldenburg TZ 76 bis 91).

Ein solches Recht ergibt sich auch nicht aus einer ergänzenden Vertragsauslegung (vgl. BGH 17.12.2008 TZ 25). Dies wäre auch eine geltungserhaltende Reduktion. Gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 306 Abs. 2 BGB für Sonderkunden, bei denen kein Abschlusszwang besteht, ist nicht § 4 AVBGasV, sondern der Grundsatz, dass auch befristete Verträge eingehalten werden müssen und nicht einseitig verändert werden können.

Mangels Hauptforderung besteht kein Zinsanspruch.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 708 Nr. 10, 713, 543 Abs. 2 ZPO. Dass § 4 AVBGasV nicht für Sonderkunden gilt und für solche auch nicht durch AGB vereinbart werden kann, ist nach Überzeugung des Senats insbesondere nach der Entscheidung des BGH vom 17.12.2008 eindeutig geklärt. Die Sonderkundeneigenschaft des Beklagten ist im folgenden Einzelfall unproblematisch. Es entsprach sogar noch im letzten Termin der Rechtsauffassung der

Klägerin, dass die Vereinbarung einer festen Vertragslaufzeit zur Sonderkunden-  
eigenschaft führt.

Ende der Verhandlung: 17.27 Uhr.

Das Protokoll wurde mittels PC erstellt.

Dr. Nitsche  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Mann  
Justizangestellte



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift  
München, den 16.03.2009  
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

*Steinhart*

Steinhart, Justizhauptsekretärin  
Urkuundsbeamtin der Geschäftsstelle