



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

EnZR 56/15

Verkündet am:
7. März 2017
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 2017 durch die Präsidentin des Bundesgerichtshofs Limperg und die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Grüneberg, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 11. November 2015 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Der Tenor des vorgenannten Urteils wird wegen offenkundiger Unrichtigkeit in Nummer I 1 b wie folgt berichtigt und neu gefasst:

1. Der Beklagte wird verurteilt,

a) ...

b) 1.893,56 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 03.12.2012

c) bis e) ...

an die Klägerin zu zahlen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung des (Rest-)Entgelts für gelieferten Strom sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Anspruch.
- 2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) und der Beklagte schlossen im Jahr 1996 ein "Sonderabkommen für Nachtstromspeicherheizung in Haushalten". Dieser Vertrag enthielt neben Regelungen zur dreimonatigen Kündigungsfrist zum Quartalsende Vereinbarungen zum Entgelt für die Stromlieferung während der Niedertarifzeit und für die übrige Stromlieferung. Für die Niedertarifzeit enthielten die "Besonderen Bedingungen" des Sonderabkommens eine Preis-anpassungsklausel. Nach mehreren Strompreiserhöhungen widersprach der Beklagte erstmals Ende 2008 der von der Klägerin Ende 2007 angekündigten Strompreis-erhöhung zum 1. Februar 2008. Den folgenden Jahresabrechnungen trat er ebenfalls entgegen.
- 3 Mit Rundschreiben vom 25. Januar 2011 bot die Klägerin ihren Heizstrom-kunden den Umstieg auf einen Sondertarif mit Preisgarantie an. Das Angebot war auf zwei Wochen befristet und setzte voraus, dass etwaige Restschulden, die auf-grund eines Widerspruchs des Kunden gegen die Preiserhöhung für Heizstrom zum 1. Januar 2009 und seitdem gekürzter Zahlungen aufgelaufen waren, beglichen wür-den. Für den Fall der Nichtannahme des Angebots kündigte die Klägerin den Heiz-stromvertrag zum 30. Juni 2011. Insoweit wies sie darauf hin, dass die Kunden dann einen neuen über dem Festpreisangebot liegenden Sondervertrag abschließen könn-ten, andernfalls sie in die (teurere) Grundversorgung zurückfallen würden.
- 4 Mit einem von ihr nicht unterzeichneten Schreiben vom 29. März 2011 kün-digte die Klägerin gegenüber dem Beklagten das Lieferverhältnis zum 30. Juni 2011, wobei sie ihm für die Zeit ab dem 1. Juli 2011 alternativ den Abschluss eines Son-

dervertrags über Nachtstrom oder die Weiterbelieferung mit Heizstrom zu den Konditionen der Grundversorgung anbot. Der Beklagte wies die Kündigung im Hinblick auf die fehlende Unterschrift als formunwirksam zurück. Daraufhin kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 26. April 2011 das Lieferverhältnis erneut zum 30. Juni 2011. Mit Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2011 wies der Beklagte darauf hin, dass die Kündigung fristgerecht erst zum 30. September 2011 erklärt worden sei; für die Weiterversorgung ab 1. Oktober 2011 akzeptiere er "vorläufig und unter Vorbehalt die Weiterversorgung im günstigen Sondertarif". Insoweit werde das Angebot auf Abschluss des Sondervertrags unter Vorbehalt einer Überprüfung des Sockelpreises angenommen; der Vorbehalt wurde damit begründet, dass anderen Kunden mit dem Rundschreiben vom 25. Januar 2011 günstigere Tarife angeboten worden seien. Mit Anwaltsschreiben vom 8. Oktober 2011 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er werde sich nicht sondervertraglich binden, sondern den Stromverbrauch auf Basis des Festpreisangebots abrechnen. Den von ihm weiterhin bezogenen Strom rechnete die Klägerin ab dem 1. Oktober 2011 nach dem Tarif Grundversorgung Strom ab. Der Beklagte leistete mehrere Abschlagszahlungen.

- 5 Mit der Klage hat die Klägerin den Beklagten auf Zahlung der nach ihren Jahresabrechnungen offenen Restbeträge für die Jahre 2009 bis 2013 in Anspruch genommen, wobei sie unter anderem für den Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2011 einen Betrag von 3.461,26 € und für das Jahr 2013 einen Betrag von 11.993,79 € jeweils nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Anwaltskosten geltend gemacht hat. Das Landgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, für das Jahr 2013 allerdings nur in Höhe von 10.777,52 €. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht der Klägerin für das 4. Quartal 2011 lediglich einen Betrag von 2.414,88 € und für das Jahr 2013 einen solchen von 3.938,32 € jeweils nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Anwaltskosten zugesprochen und insoweit die weitergehende Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils mit der Maßgabe, dass sie den vom Berufungsgericht ausgesprochenen Zinsbeginn hinnimmt.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist unbegründet.

I.

7 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung, soweit dies für das Revisionsverfahren noch von Interesse ist, im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten für den im 4. Quartal 2011 und im Jahr 2013 bezogenen Strom noch eine Vergütung von 2.414,88 € bzw. 3.938,32 € zu. Dabei seien die Stromlieferungen auf Grundlage des seit dem 1. Juli 2011 geltenden Sondertarifs und nicht - wie die Klägerin meine - nach den Konditionen der Grundversorgung abzurechnen. Das zwischen den Parteien seit dem Jahr 1996 bestehende Sondervertragsverhältnis sei durch die Kündigung der Klägerin vom 26. April 2011 zum 30. September 2011 beendet worden. In der Folgezeit sei zwischen den Parteien weder ein Sondervertrag zum Festpreis noch zu den seit dem 1. Juli 2011 geltenden Sonderbedingungen geschlossen worden. Das Zustandekommen eines Sondervertrags habe die Klägerin davon abhängig gemacht, dass der Beklagte ein von ihm unterzeichnetes Vertragsformular innerhalb von zwei Wochen zurücksende, was nicht geschehen sei. Aufgrund dessen sei zwar die in dem Schreiben des Beklagten vom 16. Mai 2011 enthaltene Erklärung, er nehme das Angebot auf Abschluss des Sondervertrags unter Vorbehalt einer Überprüfung des Sockelpreises an, als neues Angebot im Sinne des § 150 BGB anzusehen, das die Klägerin jedoch nicht angenommen habe. Schließlich sei zwischen den Parteien auch kein Grundversorgungsvertrag geschlossen worden, weil der Beklagte in dem Schreiben vom 16. Mai 2011 der Geltung der Bedingungen der Grundversorgung ausdrücklich widersprochen habe. Dieser Widerspruch sei wegen des von ihm erhobenen Vorwurfs einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Kundengruppen auch nicht unbeachtlich.

- 9 Die Klägerin sei verpflichtet, den Strombezug des Beklagten auf der Basis des ab dem 1. Juli 2011 geltenden Sondertarifs abzurechnen. Sie sei als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin des § 19 Abs. 1 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle. Jedenfalls bis einschließlich 2013 sei der Markt für Elektrizitätslieferungen zum Betrieb elektrischer (Nacht-)Speicherheizungen ein eigenständiger Markt gewesen. Das Vorbringen des Beklagten, die Klägerin sei auf diesem Markt bis Ende 2013 die einzige Versorgerin mit Heizstrom in ihrem Versorgungsgebiet gewesen, habe die Klägerin erstmals in der Berufungserwiderung - allerdings unsubstantiiert - bestritten. Ebenso habe die Klägerin den Vortrag des Beklagten, jedenfalls betrage ihr Marktanteil 90%, nur unsubstantiiert bestritten.
- 10 Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 GWB schütze den privaten Endabnehmer - wie den Beklagten - vor einer unzulässigen Preisspaltung. Eine solche sei darin zu sehen, dass ein Abnehmer bei Verweigerung der Unterzeichnung eines Sondertarifvertrags zu den Bedingungen des ungünstigeren Grundversorgungstarifs beliefert werde. Bei dem Beklagten und den Kunden, die einen Sondervertrag über Heizenergie mit der Klägerin geschlossen hätten, handele es sich um gleichartige Abnehmer, weil ihr Lastprofil identisch sei. Eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung sei weder von der Klägerin dargelegt worden noch sonst ersichtlich. Bis zum Jahr 2011 habe die Klägerin die Nachtspeicherkunden automatisch in ein "Sonderabkommen Nachtspeicherung" eingruppiert; einen sachlichen Grund für eine Änderung dieser Übung habe die Klägerin nicht angegeben.
- 11 Eine sachliche Rechtfertigung für eine Preisspaltung ergebe sich auch nicht aus § 36 Abs. 1 EnWG. Diese Vorschrift habe nicht zur Folge, dass eine Versorgung nach dem Grundversorgungstarif bei einer fehlenden Einigung über den Preis stets zulässig sei. Auch Grundversorger dürften einzelne Kunden oder Kundengruppen nicht ohne sachlichen Grund bevorzugen oder benachteiligen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn - wie hier - keine Ausweichmöglichkeit bestehe.

- 12 Unabhängig von dem Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin folge eine Abrechnung nach dem ab dem 1. Juli 2011 geltenden Sondertarif im Übrigen aus § 315 BGB. Diese Vorschrift sei anwendbar, wenn sich die Parteien bei Vertragsschluss nicht über den Preis geeinigt, den Vertrag aber gleichwohl durchgeführt hätten, weil keine oder keine zumutbare Alternative bestanden habe. So liege der Fall hier. Der Beklagte habe hinsichtlich der Höhe des Preises einen Vorbehalt erklärt. Eine zumutbare Lieferalternative habe für ihn nicht bestanden. Die Klägerin habe das Vorbringen des Beklagten nicht substantiiert bestritten, dass es für Kunden mit Eintarifzähler - wie den Beklagten - ohne Umrüstung keine Wechselmöglichkeit gegeben habe. Zwar sei nach der gesetzlichen Konzeption regelmäßig davon auszugehen, dass der Abnehmer zum Grundversorgungstarif beliefert werde. Dies könne jedoch dann nicht gelten, wenn dieser Tarif - wie hier im NT-Bereich - den Besonderheiten der Stromversorgung nicht Rechnung trage. Vielmehr sei im Rahmen der Billigkeit auf den Tarif des Stromversorgers zurückzugreifen, der diesen Besonderheiten gerecht werde. Dies sei hier der seit dem 1. Juli 2011 geltende Sondertarif.
- 13 Für den Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2011 ergebe sich danach auf der Grundlage des zwischen den Parteien nicht im Streit stehenden Verbrauchs eine Gesamtforderung der Klägerin in Höhe von 2.447,81 €, wovon eine Anzahlung des Beklagten in Höhe von 32,93 € in Abzug zu bringen sei, so dass noch ein Betrag von 2.414,88 € offenstehe. Für das Jahr 2013 betrage die der Klägerin nach dem Sondertarif zustehende Vergütung 7.949,53 €, wovon Abschlagszahlungen in Höhe von insgesamt 4.011,21 € abzuziehen seien, so dass sich die noch offene Restforderung der Klägerin auf 3.938,32 € belaufe.
- 14 Schließlich habe der Beklagte der Klägerin wegen Verzugs vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 958,18 € nebst Zinsen zu erstatten. Der Erstattungsanspruch sei für eine 1,3-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 RVG und im Hinblick auf die berechnete Gesamtforderung der Klägerin für die Jahre 2009 bis 2013 nach einem Gegenstandswert von 10.168,36 € zu berechnen.

II.

15 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung lediglich im Ergebnis stand. Die Parteien haben auch für die Zeit nach dem 30. September 2011 einen Heizstromsondervertrag geschlossen.

16 1. Die Revision beanstandet allerdings zu Recht, dass auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts das Zustandekommen eines Grundversorgungsvertrags nicht verneint werden kann.

17 a) Die tatrichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen und hierauf gerichteter Vertragserklärungen ist zwar vom Revisionsgericht nur beschränkt dahin überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteile vom 13. April 2011 - VIII ZR 220/10, BGHZ 189, 196 Rn. 54, vom 12. November 2015 - I ZR 168/14, WM 2016, 968 Rn. 9 und vom 26. Januar 2016 - KZR 41/14, Rn. 43 - Jaguar-Vertragswerkstatt; jeweils mwN). Eine solche Überprüfung ergibt jedoch, dass das Berufungsgericht gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze, nämlich den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 31. Oktober 1995 - XI ZR 6/95, BGHZ 131, 136, 138, vom 26. September 2002 - I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 156, vom 29. November 2006 - VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86 Rn. 21 und vom 12. Juli 2016 - KZR 69/14, Rn. 26), verstoßen hat.

18 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist - was das Berufungsgericht im Ausgangspunkt auch nicht verkannt hat - in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens grundsätzlich ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrages in Form einer sogenannten Realofferte zu sehen. Diese wird von demjenigen konkludent angenommen, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt. Durch

diesen Rechtsgrundsatz, der in § 2 Abs. 2 der Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die (Grund-)Versorgung mit Energie und Wasser (StromGKV, GasGKV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV) lediglich wiederholt wird, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden. Er zielt darauf ab, einen ersichtlich nicht gewollten vertragslosen Zustand bei den zugrunde liegenden Versorgungsleistungen zu vermeiden. Empfänger der im Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens liegenden Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages ist dabei typischerweise der Grundstückseigentümer beziehungsweise derjenige, der die Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt (BGH, Urteile vom 10. Dezember 2008 - VIII ZR 293/07, NJW 2009, 913 Rn. 6, vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 217/10, WM 2012, 618 Rn. 16, vom 22. Januar 2014 - VIII ZR 391/12, WM 2014, 1248 Rn. 13 und vom 22. Juli 2014 - VIII ZR 313/13, BGHZ 202, 158 Rn. 12, jeweils mwN).

- 19 Aus Sicht eines objektiven Empfängers stellt sich typischerweise die Vorhaltung der Energie und die Möglichkeit der Energieentnahme an den ordnungsgemäßen Entnahmeverrichtungen nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als Leistungsangebot und damit als Vertragsangebot dar. Die Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen beinhaltet - auch bei entgegenstehenden ausdrücklichen Äußerungen - die schlüssig erklärte Annahme dieses Angebots, weil der Abnehmer weiß, dass die Lieferung nur gegen eine Gegenleistung erbracht zu werden pflegt (BGH, Urteile vom 2. Juli 2014 - VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17 Rn. 10 und vom 22. Juli 2014 - VIII ZR 313/13, BGHZ 202, 158 Rn. 12, jeweils mwN).

20

Dieser Grundsatz unterliegt allerdings Einschränkungen, wenn das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen haben. So können die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss etwa dann fehlen, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und einem Dritten besteht, aufgrund dessen die Energielieferungen erbracht werden (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 217/10, WM 2012, 618 Rn. 16, 18), wenn der Abnehmer einen Stromlieferungsvertrag mit einem anderen Energieversorger geschlossen hat und nicht weiß, dass dieser ihn nicht (mehr) beliefert (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2005 - VIII ZR 66/04, WM 2005, 1089, 1091), oder wenn ein unter Zwangsverwaltung stehendes Grundstück mit Strom beliefert wird, der nicht von dem in Anspruch genommenen Zwangsverwalter, sondern von den Mietern und Pächtern des verwalteten Grundstücks verbraucht wird (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 2014 - VIII ZR 391/12, WM 2014, 1248 Rn. 15 f.). Denn ob ein schlüssiges Verhalten als eine - hier zum Vertragsschluss führende - Willenserklärung zu werten ist, bestimmt sich nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Maßstäben. Hiernach kommt es entscheidend darauf an, wie das Verhalten objektiv aus der Sicht des Erklärungsgegners zu verstehen war, ob für den Kunden - hier den Beklagten - also nach den ihm bekannten oder jedenfalls erkennbaren Umständen ersichtlich war, dass in der im streitigen Zeitraum über den Grundstückszähler erfolgten Stromlieferung eine an ihn gerichtete Realofferte auf Abschluss eines Stromlieferungsvertrages zu sehen war (vgl. BGH, Urteile vom 26. Januar 2005 - VIII ZR 66/04, aaO, und vom 22. Januar 2014 - VIII ZR 391/12, aaO, Rn. 14).

21

c) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen das Zustandekommen eines Grundversorgungsvertrags nicht verneint werden.

22

Im Leistungsangebot der Klägerin lag ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrags in Form einer Realofferte. Mit Schreiben vom 29. März

2011 wies die Klägerin den Beklagten darauf hin, dass er ohne Abschluss eines Sondervertrags nach den Konditionen der Grundversorgung beliefert werde. Aufgrund dessen war für den Beklagten nach seinem objektiven Empfängerhorizont ersichtlich, dass in der im streitigen Zeitraum über den Grundstückszähler erfolgten Stromlieferung eine an ihn gerichtete Realofferte auf Abschluss eines Stromlieferungsvertrages in Form eines Grundversorgungsvertrages zu sehen war. Dies war ihm im Übrigen - was der Inhalt der beiden vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2011 und 8. Oktober 2011, in denen er der Einordnung seines Versorgungsverhältnisses als Grundversorgungsverhältnis widersprach, belegt - auch in subjektiver Hinsicht bewusst. Diesen Antrag hätte er, sofern zwischen den Parteien nicht - wie hier - zuvor ein Sondervertrag zustande gekommen wäre (dazu unten III.), durch den fortgesetzten Strombezug angenommen. Das Berufungsgericht hat insoweit verkannt, dass bei Energielieferungsverträgen im Falle eines nach Kündigung des (Sonder-)Vertrags mit Willen der Parteien fortgesetzten Leistungsaustauschs durch die Abnahme der Energie ein (neuer) Energielieferungsvertrag zu den tariflich festgesetzten Bedingungen zustande kommt. Insoweit kann grundsätzlich nicht angenommen werden, dass die Parteien als Grundversorger und Kunde in einem vertragslosen Zustand bleiben wollen, in dem sich die von ihnen erbrachten und zu erbringenden Leistungen nur nach den Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. BGB beurteilen würden, die für die Abwicklung der von beiden Parteien gewollten und faktisch bereits bestehenden Dauerbeziehung ungeeignet sind (vgl. BGH, Urteile vom 2. April 1964 - KZR 10/62, BGHZ 41, 271, 275 - Werkmilchabzug, vom 1. Juli 1971 - KZR 16/70, WM 1971, 1456 f. - Elektrizitätsversorgung und vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777). Dies widerspräche auch der Konzeption des Gesetzgebers, der in § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG i.V.m. § 2 StromGVV den Grundversorger einen Kontrahierungszwang unterworfen und damit zu Gunsten des Kunden - soweit nicht ein Sondervertrag im Sinne des § 41 EnWG geschlossen wird - ein vertragliches Auffangverhältnis geschaffen hat. Aufgrund dessen ist der Grundversorger nach § 36 Abs. 1 EnWG gesetzlich verpflichtet, dem Letztverbraucher den Abschluss eines Energielieferungsvertrags anzubieten.

23

Dem konkludenten Abschluss eines Grundversorgungsvertrags stünde, anders als das Berufungsgericht meint, nicht entgegen, dass der Beklagte dem unter anderem mit den vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2011 und 8. Oktober 2011 ausdrücklich widersprochen hat. Die Erklärung des Beklagten, er wolle mit der Klägerin keinen Vertrag oder jedenfalls nicht zu den Allgemeinen Bedingungen oder Allgemeinen Preisen des Grundversorgungsvertrags schließen, ist unbeachtlich, weil dies in Widerspruch zu seinem eigenen tatsächlichen Verhalten steht, weiterhin von der Klägerin Strom zu beziehen (vgl. BGH, Urteile vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 und vom 22. Februar 2012 - VIII ZR 34/11, WM 2012, 2061 Rn. 38). Vielmehr kommt zwischen dem Stromlieferungsunternehmen und dem Kunden - ob ausdrücklich oder konkludent durch tatsächliche Entnahme von Elektrizität aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens - ein Stromlieferungsvertrag zu den jeweiligen allgemeinen Tarifen zustande. Der von dem Kunden zu zahlende Preis ist durch den zuvor von dem Stromversorgungsunternehmen gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG veröffentlichten Tarif eindeutig bestimmt und als solcher mit dem Abschluss des Vertrags zwischen den Parteien vereinbart. Soweit das verlangte Entgelt der Höhe nach gegen das Verbot des § 29 GWB bzw. § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GWB verstößt, kann lediglich der überhöhte Betrag nicht verlangt werden (§ 134 BGB). Das Zustandekommen und die Wirksamkeit des Grundversorgungsvertrags bleiben dagegen im Hinblick auf den Zweck des § 36 EnWG, einen vertragslosen Zustand zu vermeiden, unberührt. Die von dem Berufungsgericht für sein gegenteiliges Ergebnis herangezogene Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 111, 310, 312) ist bereits wegen der geänderten Gesetzeslage nicht (mehr) einschlägig, zumal das Reichsgericht auf eine Nichtigkeit des Stromlieferungsvertrags nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB abgestellt hat, für die es vorliegend an jedem Anhaltspunkt fehlt.

24 2. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin habe unter Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung eine unzulässige Preisspaltung vorgenommen, indem sie den Beklagten im Falle der Ablehnung eines Sondertarifvertrags zu den Bedingungen des Grundversorgungstarifs beliefert habe. Ein solcher Missbrauch liegt auch dann nicht vor, wenn die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Marktabgrenzung, zur Normadressateneigenschaft der Klägerin nach § 19 GWB und zur Ungleichbehandlung des Beklagten im Vergleich zu Sondervertragskunden als richtig unterstellt werden.

25 § 36 Abs. 1 EnWG schreibt im Grundsatz eine Gleichpreisigkeit nur im Bereich der Grundversorgung von Haushaltskunden vor, weil hier das Wettbewerbsprinzip in Anbetracht der Versorgungspflicht nach § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG nicht greift (vgl. Hempel in Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: September 2014, § 36 EnWG Rn. 138); der Grundversorger ist kraft Gesetzes im Rahmen der Grundversorgung Monopolist. Allerdings steht es einem Energieversorgungsunternehmen auch im Rahmen der Grundversorgung frei, verschiedene - etwa verbrauchsabhängige - Tarife anzubieten (vgl. BGH, Urteile vom 11. Mai 2011 - VIII ZR 42/10, WM 2011, 1632 Rn. 32, insoweit in BGHZ 189, 356 nicht abgedruckt und vom 31. Juli 2013 - VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 111 Rn. 34, jeweils mwN). Unabhängig davon ist eine Preisspaltung zwischen Grundversorgungskunden (Tarifkunden) und Sondervertragskunden nach § 36 Abs. 1 EnWG zulässig und kartellrechtlich nicht verboten. Davon unberührt bleibt eine Preismissbrauchskontrolle nach § 29 GWB und §§ 19, 20 GWB.

26 3. Mit Erfolg rügt die Revision als rechtsfehlerhaft auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Anwendbarkeit des ab 1. Juli 2011 geltenden Sondertarifs auf das zwischen den Parteien bestehende Lieferverhältnis ergebe sich unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung der Klägerin aus § 315 BGB. Dies trifft nicht zu.

27

Bei Zustandekommen eines Grundversorgungsvertrags kann die Klägerin von dem Beklagten grundsätzlich den zu Beginn der Grundversorgung im Oktober 2011 geltenden Allgemeinen Preis als vereinbarten (Anfangs-)Preis beanspruchen. Denn diesen Allgemeinen Preis schuldete der Beklagte ungeachtet des von ihm erhobenen Widerspruchs allein durch die tatsächliche Inanspruchnahme der ihm im Rahmen der Grundversorgung angebotenen Versorgungsleistungen als vereinbarten Preis (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2012 - VIII ZR 34/11, WM 2012, 2061 Rn. 38). Dieser ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs selbst im Falle einer Monopolstellung des Lieferanten - wie hier der Klägerin in ihrer Eigenschaft als Grundversorger - keiner Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zugänglich (vgl. BGH, Urteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 17 ff., vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09, NJW 2011, 2800 Rn. 36 und vom 22. Februar 2012 - VIII ZR 34/11, WM 2012, 2061 Rn. 38). Diese Beurteilung beruht auf den Besonderheiten der auf dem Gebiet der Energiewirtschaft bestehenden Gesetzgebung für die Elektrizitäts- und Gasversorgung, für die der Gesetzgeber hat erkennen lassen, überhöhte Preise ausschließlich durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege zivilrechtlicher Auseinandersetzungen bekämpfen zu wollen, was für diesen Bereich einer analogen Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB die Grundlage entzieht (vgl. BGH, Urteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, aaO, Rn. 23 und vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 342/09, aaO).

III.

28 Das Urteil stellt sich jedoch aus anderen Gründen als richtig dar, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO). Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, zwischen den Parteien sei zum 1. Oktober 2011 kein (neuer) Heizstromsondervertrag zu den seit dem 1. Juli 2011 geltenden Bedingungen zustande gekommen. Das Gegenteil ist richtig.

1. Die tatrichterliche Auslegung von Individualvereinbarungen und hierauf gerichteter Vertragserklärungen ist zwar - wie bereits oben ausgeführt - vom Revisionsgericht nur beschränkt dahin überprüfbar, ob gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt sind. Diese Nachprüfung ergibt aber, dass die Auslegung der Erklärungen der Parteien durch das Berufungsgericht Auslegungsgrundsätze verletzt und deshalb rechtsfehlerhaft ist.

30

Maßgebend für die Reichweite der Erklärungen der Parteien ist ihr wirklicher Wille (§§ 133, 157 BGB), zu dessen Auslegung neben dem Inhalt der Erklärungen auch die beiderseits bekannten Umstände, insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, ihr Zweck und die Interessenlage der Beteiligten heranzuziehen sind.

31

2. Die Revisionserwiderung hat mit der Gegenrüge zu Recht geltend gemacht, dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme wesentliches Vorbringen des Beklagten nicht beachtet und gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze, nämlich den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung verstoßen hat. Da die dazu erforderlichen Feststellungen bereits getroffen worden sind und eine weitere Aufklärung nicht mehr in Betracht kommt, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen.

32

a) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht allein auf die Schreiben der Klägerin vom 25. Januar 2011 und 29. März 2011 abgehoben, wobei diese - entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts - lediglich den Abschluss des in dem Schreiben vom 25. Januar 2011 angebotenen Sondervertrags mit Festpreisgarantie von der Zahlung der Rückstände und der Rücksendung des unterschriebenen Vertragsformulars abhängig gemacht haben. Damit hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien nicht hinreichend ausgeschöpft. Denn für den Abschluss eines Sonder-

vertrags mit den ab 1. Juli 2011 geltenden Bedingungen sollten diese Einschränkungen nicht gelten.

33 Darüber hinaus enthielt das weitere (formwirksame) Kündigungsschreiben vom 26. April 2011 im Gegensatz zu dem (ersten) Kündigungsschreiben vom 29. März 2011 nur noch den Hinweis, sich wegen weiterer Informationen zu neuen Lieferverträgen an einen namentlich benannten Mitarbeiter der Klägerin zu wenden, nicht aber mehr die Bitte um Rücksendung des ausgefüllten Formulars. Darauf hat der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2011 geantwortet, ab 1. Oktober 2011 "vorläufig und unter Vorbehalt die Weiterversorgung im günstigsten Sondertarif" zu akzeptieren. Der für den Beklagten "günstigste Tarif" war zu diesem Zeitpunkt - wegen der Verfristung des zuvor angebotenen Festpreisvertrags - derjenige zu den ab 1. Juli 2011 geltenden Bedingungen. Dies hat der Beklagte auch selbst dadurch verdeutlicht, dass er die von der Klägerin in der Anlage zu deren Schreiben vom 29. März 2011 angebotenen Sondertarife nochmals ausdrücklich wiedergegeben hat. Darin ist gemäß § 150 Abs. 1 und 2 BGB jedenfalls ein neuer Antrag des Beklagten auf Abschluss eines Heizstromsondervertrags zu sehen. Soweit der Beklagte die Weiterversorgung durch die Klägerin nur "vorläufig" akzeptiert hat, kommt dem bei interessengerechter Auslegung eine zweifache Bedeutung zu: zum einen hat der Beklagte der Klägerin damit konkludent eine Annahmefrist bis zum Ende des noch geltenden Sonderabkommens eingeräumt (§ 148 BGB); zum anderen hat er sich selbst einen Widerruf seiner Vertragserklärung bis zur Annahme seines Antrags durch die Klägerin vorbehalten (§ 145 BGB). Auf diesen Vertragsantrag hat die Klägerin nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr reagiert, sondern im Gegenteil den Beklagten auch nach dem Auslaufen des Sonderabkommens am 30. September 2011 ununterbrochen mit Heizstrom beliefert. Durch diese nach außen hervortretende Handlung ist daher mit ihm - aus Sicht eines objektiven Empfängers - ein neuer Sondervertrag mit den seit 1. Juli 2011 geltenden Bedingungen konkludent zustandegekommen (§ 151 BGB).

Soweit die Klägerin das Zustandekommen eines Sondervertrags nach ihrem (unwirksamen) Kündigungsschreiben vom 29. März 2011 von der Einhaltung der Schriftform abhängig gemacht hat, hat der Beklagte dem durch das Anwaltsschreiben vom 16. Mai 2011 genügt (§ 127 Abs. 2 Satz 1 BGB). Eines Ausfüllens des mit dem Kündigungsschreiben übersandten Formulars bedurfte es nicht, weil die Klägerin über die darin abgefragten Informationen - soweit diese nicht ohnehin voreingetragen waren - bereits verfügte.

35

b) Das Zustandekommen eines Sondervertrags entspricht auch der beiderseitigen Interessenlage. Mit dem konkludenten Abschluss eines Heizstromsondervertrags haben die Parteien einen ersichtlich nicht gewollten vertragslosen Zustand vermieden und das Lieferverhältnis auf eine klare vertragliche Grundlage in Form der seit dem 1. Juli 2011 geltenden Allgemeinen Vertragsbedingungen der Klägerin für die Belieferung mit "Sondervertrag Nachtspeicherheizung" gestellt. Die Klägerin hat in ihren Schreiben gegenüber dem Beklagten stets ihr Interesse bekundet, einen neuen Sonderkundenvertrag abzuschließen. Aus Sicht des Beklagten bestand praktisch keine Substitutionsmöglichkeit von Heizstrom durch andere Energieträger. Der Abschluss eines Grundversorgungsvertrags wäre für ihn deutlich teurer gewesen, ohne dass damit für ihn erkennbare Vorteile verbunden gewesen wären.

36

c) Der von dem Beklagten erklärte Vorbehalt einer Entgeltüberprüfung steht dem Zustandekommen eines Heizstromsondervertrags nicht entgegen.

37

Ein Vorbehalt kann unterschiedliche Bedeutung haben. Im Allgemeinen will der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entgegentreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offenhalten, das Geleistete gemäß § 812 BGB zurückzufordern. Der Vorbehalt kann aber auch so erklärt werden, dass von der Zahlung keinerlei Rechtswirkung, insbesondere auch keine Erfüllungswirkung, ausgeht. Ein solcher Vorbehalt ist dann anzunehmen, wenn der Schuldner nur unter Zwang oder zur Ver-

meidung eines empfindlichen Übels leistet, etwa zur Abwendung der Zwangsvollstreckung. Der Leistende kann auf diese Weise erreichen, dass im späteren Rückforderungsstreit den Leistungsempfänger die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs trifft (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 2010 - EnZR 23/09, ZIP 2010, 1959 Rn. 29 mwN - Stromnetznutzungsentgelt IV). In beiden Fällen ist der Vertrag aber zu dem vom Versorger verlangten Preis geschlossen worden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 - KZR 24/04, WM 2006, 1348 Rn. 21 - Rückforderungsvorbehalt).

38

Die Klägerin kann sich einem solchen Vorbehalt nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen nicht verschließen. Eine zumindest kartellrechtliche Überprüfung der von ihr verlangten Entgelte ist - was die Revision nicht in Abrede stellt - bereits kraft gesetzlicher Anordnung nach § 29 GWB zulässig und ihr daher auch vertraglich ohne weiteres zumutbar. Unterfällt sie nicht dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift, entsteht ihr durch den Vorbehalt kein Nachteil. Unter diesen Umständen durfte die Klägerin nicht auf der vorbehaltslosen Rücksendung eines ausgefüllten Vertragsformulars bestehen und dies zur Bedingung für einen Vertragsschluss machen.

39

d) Etwas anderes folgt schließlich auch nicht daraus, dass der Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 8. Oktober 2011 einer sondervertraglichen Bindung widersprochen hat. Zu diesem Zeitpunkt war der Sondervertrag bereits zustande gekommen. Das nachträgliche Verhalten von Vertragspartnern kann den bei Vertragsschluss zum Ausdruck gebrachten objektiven Gehalt der wechselseitigen Vertragserklärungen nicht mehr beeinflussen (vgl. BGH, Urteile vom 16. Oktober 1997 - IX ZR 164/96, WM 1997, 2305, 2306 und vom 23. März 2004 - XI ZR 114/03, WM 2004, 1083, 1084). Zwar kann es Anhaltspunkte für den tatsächlichen Vertragswillen enthalten und daher für die Auslegung bedeutsam sein (vgl. BGH, aaO). Im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Schreibens vom 16. Mai 2011 und die Alternative, nämlich den Abschluss eines von dem Beklagten in dem Schreiben vom 8. Oktober 2011 ebenfalls abgelehnten - wesentlich teureren - Grundversorgungsvertrags, kann aber

aus dem Schreiben vom 8. Oktober 2011 nicht geschlossen werden, dass die Vertragsabschlusserklärung des Beklagten vom 16. Mai 2011 nicht ernst gemeint war.

IV.

40 Das Urteil des Berufungsgerichts ist wegen einer offenbaren Unrichtigkeit im Tenor zu Nummer I 1 b von Amts wegen gemäß § 319 Abs. 1 ZPO dahin zu berichtigen, dass es statt "3.105,95 €" richtig "1.893,56 €" (S. 28 Abs. 2 des Urteilsumdrucks) heißen muss.

Limperg

Kirchhoff

Grüneberg

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 17.10.2014 - 9 O 114/14 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 11.11.2015 - 6 U 164/14 (Kart.) -