

10 O 11/22 [EnW]



## Landgericht Dortmund

### Beschluss

In dem Rechtsstreit

der Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V., vertr. d. d. Vorstand Wolfgang  
Schuldzinski, Mintropstr. 27, 40215 Düsseldorf,

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigte:



gegen

die Stadtwerke Gütersloh GmbH, vertr. d. d. Gf., Berliner Str. 260, 33330 Gütersloh,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:



hat die I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund  
am 02.03.2022

durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht 

**beschlossen:**

Der Antrag des Antragstellers vom 25.01.2022 auf Erlass einer einstweiligen  
Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden dem Antragsteller auferlegt.

Der Streitwert für das Verfahren wird auf 10.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

## I.

Der Antragsteller ist ein Verein, der sich satzungsgemäß unter anderem der Durchsetzung von Verbraucherinteressen und -rechten widmet. Er ist in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes eingetragen.

Die Antragsgegnerin ist ein kommunales Energieversorgungsunternehmen mit Sitz in Gütersloh, Grundversorger im Sinne von § 36 Abs. 1 und 2 EnWG und Ersatzversorger im Sinne von § 38 Abs. 1 EnWG für die leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas im Netzgebiet der Allgemeinen Versorgung in Gütersloh.

Die Antragsgegnerin nimmt bei der Preisgestaltung in der Grund- und Ersatzversorgung entgegen früherer Praxis nun eine Differenzierung zwischen Neu- und Altkunden vor. Sie unterscheidet für die Frage der zu entrichtenden Entgelte danach, wann der Vertragsschluss mit ihr erfolgte. Für Kunden, deren Vertrag am 21. Dezember 2021 oder hiernach begonnen hat, gelten dabei andere Preise, als für solche Kunden, deren Vertrag vor dem 21. Dezember 2021 begonnen hat. Wegen der Preisblätter der Antragsgegnerin zu Strom und Gas mit Hinweis auf Geltung bei Abschluss ab 21. Dezember 2021 wird auf die Anlage AS 2 zur Antragschrift Bezug genommen.

Der Antragsteller meint, der Verfügungsanspruch ergebe sich aus § 2 Abs. 1 UKlaG wegen eines Verstoßes gegen die verbraucherschützende Norm des § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Zudem folge ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch aus §§ 3a, 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 S. 1 UWG wegen eines Verstoßes gegen die Marktverhaltensregelung des § 36 EnWG.

Eine Aufspaltung der Grundversorgung innerhalb der Gruppe der Haushaltskunden in Neu- und Bestandskunden lasse § 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG nicht zu. Es stelle eine Diskriminierung dar, einen am 20. Dezember 2021 in das Versorgungsgebiet der Antragsgegnerin umgezogenen Verbraucher anders zu bepreisen, als einen am 21. Dezember dorthin gezogenen Verbraucher.

Der Antragsteller beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, es bei Meidung eines Ordnungsgeldes von bis zu 250.000,00 EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, Ordnungshaft zu vollstrecken an den Mitgliedern des Vorstands, es im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern im Zusammenhang mit Strom-und/oder Gaslieferverträgen in

der Grund-und/oder Ersatzversorgung künftig zu unterlassen, Haushaltskunden im Sinne des § 3 Nr. 22 EnWG zu unterschiedlichen Preisen zu beliefern, wenn für die Unterscheidung allein das Datum des Vertragsschlusses wesentlich ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Zunächst handele es sich bei § 36 EnWG nicht um ein Verbraucherschutzgesetz im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG. Auch liege ein Verstoß gegen § 36 EnWG nicht vor. § 36 EnWG stelle auch keine Marktverhaltensregel dar.

Der Antragsteller hat die Antragschrift zunächst beim Landgericht Bochum eingereicht. Dieses hat am 10.02.2022 die Verweisung des Verfahrens an das „Landgericht Dortmund -Kammer für Handelssachen/ Energiekammer-“ beschlossen (Bl. 239 der Akten).

## II.

1.

Vorliegend war eine Eilentscheidung gemäß § 944 ZPO durch den Vorsitzenden geboten, weil angesichts des von dem Antragsteller beanstandeten Verhaltens der Antragsgegnerin eine rasche Entscheidung erforderlich ist, wie sie bei der Bestimmung eines Termins zur mündlichen Verhandlung und der Hinzuziehung der ehrenamtlichen Handelsrichter nicht gewährleistet werden könnte. Für die Bejahung der besonderen Dringlichkeit nach § 944 ZPO ist es dabei nicht notwendig, dass die Entscheidung für die Antragstellerin positiv ausfallen muss, weil auch die negative schnelle Entscheidung die Antragstellerin insofern begünstigt, als sie ihr Rechtsschutzziel nunmehr umgehend beim Rechtsmittelgericht weiterverfolgen kann (vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 1986, 715; Münchener Kommentar, ZPO, 6. Aufl., § 944, Rn. 3f).

2.

Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund mit der Sonderzuständigkeit für Streitigkeiten nach dem EnWG folgt bereits aus der Bindungswirkung des Beschlusses des Landgerichts Bochum vom 10.02.2022.

3.

Der Antragsteller hat unter keinem hier denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt einen Verfügungsanspruch gegen die Antragsgegnerin, so dass dahinstehen kann, ob auch ein Verfügungsgrund besteht.

a)

Der Verfügungsanspruch folgt insbesondere nicht aus §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG i. V. m. §§ 36 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 1 EnWG. Die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG können bereits nicht festgestellt werden, so dass die Frage, ob es sich hierbei um eine verbraucherschützende Norm handelt, offenbleiben kann.

aa)

Das Gebot der Gleichpreisigkeit wird nicht schon dadurch verletzt, dass ein Grund- bzw. Ersatzversorger überhaupt mehrere Preise und Tarife anbietet. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, welcher die Kammer folgt, steht es Energieversorgungsunternehmen auch im Rahmen der Grundversorgung frei, verschiedene, etwa verbrauchsabhängige Tarife anzubieten (BGH, Beschluss vom 13.04.2021, Az. VIII ZR 277/19; BGH, Urteil vom 7.3.2017, Az.: EnZR 56/15 – Preisspaltung, BGH, Urteil vom 11.05.2011, Az.: VIII ZR 42/10, Rn. 32; OLG Hamm, Urteil vom 24.1.2014, Az.: I-19 U 77/13). Dem steht weder der Wortlaut (LG Köln, Beschluss vom 08.02.2022, Az.: 31 O 14/22 (Anlage AG 15)) noch Sinn und Zweck (LG Leipzig, Beschluss vom 01.02.2022, Az.: 01 HK O 167/22 EV (Anlage AG 16)) des § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG entgegen.

Dabei geht die Argumentation des Antragstellers fehl, der BGH habe nur verbrauchsabhängige Differenzierungen in den Tarifen im Blick gehabt. Dem steht schon entgegen, dass der BGH eine offenere Formulierung gebrauchte, indem er auf „etwa“ oder „auch“ verbrauchsabhängige Tarife Bezug nahm, wenn es ggf. in den konkreten Sachverhalten auch jeweils um verbrauchsabhängige Tarife ging.

bb)

Die Kammer hält zudem dafür, dass ein Verstoß gegen § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG nur insoweit in Betracht kommen könnte, als dass die Antragsgegnerin gegen den ihr auferlegten Kontrahierungszwang verstoßen würde, mithin nicht zu den veröffentlichten Bedingungen Strom bzw. Gas liefern würde. Solches ist aber nicht geltend gemacht. Eine weitergehende Überprüfung der sachlichen Berechtigung der hier vorgenommenen Preisspaltung wäre mit der Ratio der Norm nicht in Einklang zu bringen. Diese gibt dem Haushaltskunden lediglich einen Anspruch auf Grundversorgung, regelt also das „Ob“ des Abschlusses eines Versorgungsvertrages, nicht aber die Einzelheiten der Ausgestaltung des Individualvertrages über die Energielieferung und die Höhe des hierfür zu zahlenden Preises (OLG Köln WuM 2009, 364; OLG Oldenburg MDR 2011, 505; Kment, EnWG, 2. Aufl., § 36, Rn. 13). Das „Ob“ des Abschlusses des Vertrages ist vorliegend aber nicht berührt. Davon zu unterscheiden ist die hier gegebene Konstellation, in der

jeder neue Grundversorgungskunde abschließen kann, jedoch nicht zu allen veröffentlichten Tarifen. Insofern kann dem Antragsteller nicht gefolgt werden, wenn er meint, alle Tarife müssten jedem Kunden, unabhängig vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses („Allgemein“) zugänglich sein. Auch bei verbrauchsabhängigen Tarifen ist es möglich, dass die jeweiligen Voraussetzungen nicht von allen Interessenten erfüllt werden können, ohne dass der Vorwurf, die Tarife seien nicht allgemein zugänglich, gerechtfertigt wäre.

Etwas anderes folgt nicht aus Art. 27 Abs. 1 der der Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.06.2019 (Elektrizitätsbinnenmarkts-RL), wonach alle Haushaltskunden das Recht auf Versorgung mit Elektrizität einer bestimmten Qualität zu wettbewerbsfähigen, leicht und eindeutig vergleichbaren, transparenten und diskriminierungsfreien Preisen haben. Die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL geht nicht per se davon aus, dass eine Preisspaltung innerhalb der Gruppe der Haushaltskunden zu einer Diskriminierung führt, weil sie voraussetzt, dass es verschiedene Preise geben kann (LG Köln a.a.O.).

cc)

Selbst aber dann, wenn die von der Antragsgegnerin vorgenommene „Preisspaltung“ im Rahmen des § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG darauf zu überprüfen wäre, ob sie Neukunden diskriminiert, wäre ein Verstoß gegen diese Norm nicht festzustellen, weil es sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung gibt. Die Kammer macht sich im Anschluss an das Landgericht Köln (a.a.O.) hierzu ebenfalls die Rechtsauffassung der Landeskartellbehörde NRW zu eigen.

Die Landeskartellbehörde NRW führt zur Zulässigkeit der Preisspaltung im Grundversorgungstarif Folgendes aus:

„...“

Durch die Auferlegung der Grundversorgungspflicht wird die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) des Grundversorgers berührt. Zu ihrer Verfassungsmäßigkeit bedarf die Grundversorgungspflicht daher einer insgesamt verhältnismäßigen Ausgestaltung. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber z.B. in § 36 Abs. 1 S. 2 EnWG vorgesehen, dass die Grundversorgungspflicht entfällt, wenn die Versorgung aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar ist.

Aus diesem Ausnahmetatbestand folgt jedoch keine Art „abstraktes Leistungsverweigerungsrecht“ dergestalt, dass der Grundversorger bei steigenden externen Kosten von der Grundversorgungspflicht Abstand nehmen durfte. Erfasst wird nur eine drohende wirtschaftliche Unzumutbarkeit in einer schon bestehenden gegenseitigen konkreten Lieferbeziehung, also im jeweiligen individuellen Vertragsverhältnis, sodass dieser Ausnahmetatbestand bei vorliegendem Sachverhalt keine Anwendung findet.

Verwehrt man es dem Grundversorger nun auf die steigenden Preise im Rahmen der Beschaffung von Primärenergie nicht in Form einer Preisspaltung für Neukunden zu reagieren, so könnte dies eine verfassungswidrige Ausgestaltung der Grundversorgungspflicht sein.

Auch aus Sicht des Verbraucherschutzes ist das Ergebnis interessengerecht. Könnte der Grundversorger nicht mithilfe einer Preisspaltung auf die - unverschuldete - Weitergabe des unternehmerischen Risikos der preisgünstigen Energielieferanten reagieren, so drohte auch hier die Gefahr der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit. Eine solche ist jedoch aufgrund der Rolle der Grundversorgung aus Verbraucherschutzgründen zu verhindern und das wirtschaftliche Risiko bei den Neukunden zu tarifieren. Diesen steht gem. § 20 Abs. 1 StromGVV, § 20 Abs. 1 GasGVV frei, innerhalb von zwei Wochen den Grundversorgungsvertrag zu kündigen und in ein Wettbewerbsprodukt, also einen günstigeren Tarif entweder beim Grundversorger selbst oder einem anderen Energielieferanten zu wechseln."

(Vermerk zur Zulässigkeit der Preisspaltung im Grundversorgungstarif, Anl. AG 8, Bl. 48p ff. d. A.)

In Ergänzung hierzu streitet zudem für die Zulässigkeit der Preisspaltung: Hätte die Antragsgegnerin den anderen Weg gewählt, und die Preise ohne Unterscheidung zwischen Alt- und Neukunden erhöht, so wäre dies erst mit einem zeitlichen Verzug möglich gewesen. Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 StromGVV/Gas GVV sind Änderungen der Preise nur zum Monatsersten und erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam, die mindestens sechs Wochen vor der beabsichtigten Änderung erfolgen muss. Damit wäre die Möglichkeit der Antragsgegnerin, Kostensteigerungen weiterzugeben, eingeschränkt worden, was den Bereich der Versorgungssicherheit tangiert. Denn die Möglichkeit für Energieversorgungsunternehmen Kostensteigerungen weiterzugeben dient auch dem Zweck der Versorgungssicherheit. Denn diese betrifft nicht nur die technische Sicherheit der Energieversorgung und die Sicherstellung einer für die Versorgung der Abnehmer stets ausreichenden Energiemenge. Sie hat vielmehr insoweit auch einen ökonomischen Aspekt, als die nötigen Finanzmittel für die Unterhaltung von Reservekapazitäten, für Wartungsarbeiten, Reparaturen, Erneuerungs- und Ersatzinvestitionen bereit stehen müssen. Das wiederum setzt voraus, dass diese Mittel durch auskömmliche Versorgungsentgelte erwirtschaftet werden können (BGH, Urteil vom 28.10.2015 – VIII ZR 158/11; BGHZ 192, 372 = NJW 2012, 1865 Rn. 27 ff.).

In der Folge hätten hier zudem Grundversorgungsverträge sowie die Ersatzversorgung kundenseitig kurzfristig beendet werden können, §§ 20 Abs. 1 Satz 1 StromGVV/GasGVV, 38 Abs. 2 Satz 1 EnWG, so dass für einen

Übergangszeitraum relativ günstige Preise von Neukunden hätten „mitgenommen“ werden können.

dd)

Die Frage, ob in den Tarifen ggf. überhöhte Preise verlangt wurden, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Insofern wäre eine Überprüfung zwar durchaus kartellrechtlich möglich, jedoch nicht in der hier vorliegenden prozessualen Konstellation (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 7.3.2017 – EnZR 56/15 – Preisspaltung, Rn. 27).

b)

Ein Anspruch nach §§ 8, 3, 3a UWG i. V. m. §§ 36 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 1 EnWG scheidet wegen eines fehlenden Verstoßes gegen § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG ebenfalls aus.

Es kann mithin auch dahinstehen, ob es sich bei § 36 Abs. 1 S. 1 EnWG um eine Marktverhaltensregelung i. S. v. § 3a UWG handelt.

4.

Die vorliegende Entscheidung ist auch der Antragsgegnerin zuzustellen. § 922 Abs. 3 ZPO findet auf das Verfahren über den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach zutreffender Auffassung keine Anwendung, wenn – wie hier – ein Überraschungseffekt für den Erfolg der Verfügung keine Rolle spielt (Bornkamm, WRP 2019, 1042f; vgl. Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 922, Rn. 27).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Der Vorsitzende

██████████