Oberlandesgericht Hamm, 19 U 69/11

Datum:	07.12.2012
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	19. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	19 U 69/11
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2012:1207.19U69.11.00

Vorinstanz:	Landgericht Essen, 11 O 321/10
Schlagworte:	Schätzung des Stromverbrauchs, Manipulation der Messeinrichtung, unerlaubte Stromentnahme, Cannabisplantage
Normen:	§ 18 StromGVV
Leitsätze:	Grundlagen der Schätzung des Stromverbrauchs in entsprechender Anwendung von § 18 StromGVV in Fällen, in denen der Kunde durch Manipulation oder Umgehung der Messeinrichtung unerlaubt Strom zum Betrieb einer Cannabisplantage entnommen hat.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 02. März 2011 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen teilweise abgeändert.

Der Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hagen vom 19.09.2010 (10-2441802-0-9) wird insoweit aufrechterhalten, als dem Beklagten hiermit die Zahlung von 50.593,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2009 sowie von 131,18 € an weiteren Nebenforderungen auferlegt wurde. Im Übrigen wird der Vollstreckungsbescheid aufgehoben; die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen die Klägerin zu 14 % und der Beklagte zu 86%, mit Ausnahme der durch den

Erlass des Vollstreckungsbescheides entstandenen Kosten, welche der Beklagte trägt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Das am 02. März 2011 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Essen ist, soweit es aufrecht erhalten bleibt, für die Klägerin ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren

Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor

der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden

Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e : 1

I. 2

Die Klägerin, Energieversorgungsunternehmen, begehrt von dem Beklagten Vergütungen für Stromlieferungen; hilfsweise hat sie ihren Klageanspruch auf Vertragsstrafe gestützt. Der Beklagte hatte für eine von ihm mit Wirkung zum 15.07.2007 angemietete Wohnung gemeinsam mit dem Zeugen O unter Umgehung der Zähleinrichtungen unerlaubt Strom entnommen und damit eine Cannabisplantage gespeist. Vertragspartner der Klägerin war der Beklagte im Rahmen der Grundversorgung. Die Klägerin hat, nachdem die Cannabisplantage im August 2009 von der Polizei im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens entdeckt worden war, aufgrund der polizeilichen Angaben den Stromverbrauch geschätzt, dem Beklagten in Rechnung gestellt und einen Vollstreckungsbescheid erwirkt, gegen den der Beklagte Einspruch eingelegt hatte. 3

Wegen der weiteren Feststellungen wird gemäß § 540 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 4

Das Landgericht hat die Klägerin zunächst aufgefordert, ihren Anspruch innerhalb von 2 Wochen zu begründen. Nach fruchtlosen Fristablauf hat es Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und der Klägerin eine Frist zur Begründung des Anspruch gesetzt. Die innerhalb dieser gesetzten Frist eingegangene Anspruchsbegründung ist dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten ohne weitere Verfügung oder Belehrung und ohne förmliche Zustellung übersandt worden. Eine Klageerwiderung des Beklagten ist nicht eingegangen. Im – mehrmals verlegten - Termin zur mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten bestritten, dass eine Stromentnahme außerhalb von 5

2009 stattgefunden habe und auch in 2009 nicht in dem Umfang, wie von der Klägerin geltend gemacht. Er hat insofern eine Schriftsatznachlassfrist begehrt.

Das Landgericht hat sodann mit dem angefochtenen Urteil den Vollstreckungsbescheid aufrechterhalten und zur Begründung ausgeführt, dass die Schätzungen des Stromverbrauchs durch die Klägerin plausibel dargelegt seien und demgegenüber der Beklagte nicht substantiiert dargelegt habe, in welcher Höhe der - angeblich geringere – Stromverbrauch angefallen sei. Ihm obliege insoweit die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Schätzung unrichtig sei. Dem Beklagten sei auch keine Schriftsatznachlassfrist zu gewähren, da die Anspruchsbegründung dem Beklagten vor mehr als 4 Monaten zugestellt worden sei. Im Übrigen hätte der Beklagte nach § 340 ZPO III 1 ZPO bereits in seiner Einspruchsschrift die Verteidigungsmittel vorbringen müssen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen. 6

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner form- und fristgerecht eingelegten Berufung und begehrt die Aufhebung des Vollstreckungsbescheides, soweit ihm hiermit ein Betrag von mehr als 5.110,96 € auferlegt wurde. 7

Er rügt Verfahrensfehler des Landgerichts. Sein Prozessbevollmächtigter habe die Frist zur Klageerwiderung versäumt, weil ihm die Anspruchsbegründung ohne besondere Belehrung oder Fristsetzung zur Klageerwiderung formlos übersandt worden sei. Aus diesem Grunde sei in seiner Kanzlei keine Frist notiert worden. Bei ordnungsgemäßem Verfahrensgang hätte er sämtlichen Vortrag in der Berufungsbegründung bereits in der Klageerwiderung geltend gemacht. Auch der Hinweis des Landgerichts auf § 340 ZPO sei fehlerhaft, da die Vorschrift des § 340 III ZPO gemäß § 700 III 3 ZPO bei einem Vollstreckungsbescheid nicht gelte und er gar nicht in der Lage gewesen sei, Einwendungen gegen einen noch nicht begründeten Anspruch vorzubringen. 8

In der Sache macht der Beklagte geltend, dass die Schätzung der Klägerin lediglich auf den nicht begründeten Angaben der Polizeibeamten in dem Ermittlungsverfahren basiere. Eine eigene Ermittlung der Schätzungsgrundlagen habe sie nicht vorgenommen. Das LG hätte den Vortrag der Klägerin nicht als unstreitig ansehen dürfen, da ein Verstoß gegen § 18 I StromGVV vorliege. Tatsächlich sei der Stromverbrauch wesentlich geringer. Der Stromverbrauch habe nur in der Zeit von Anfang 2009 bis zu seiner Festnahme am 11.08.2009 stattgefunden, zudem in erheblich geringerem Umfang. Dieser Verbrauch sei zudem von dem Hauptzollamt in dem Steuerfestsetzungsverfahren bestätigt worden. Nachdem sich im Laufe des Berufungsverfahrens herausgestellt hat, dass der Stromzähler Im Januar 2008 ausgetauscht wurde, behauptet der Beklagte zudem, dass bei diesem Austausch die Manipulation hätte entdeckt werden müssen, wenn sie zu diesem Zeitpunkt bereits stattgefunden hätte. Hieraus ergebe sich die Richtigkeit seines Vorbringens zum Zeitpunkt des Aufbaus der Cannabisplantage und zum Beginn der unerlaubten Stromentnahme. 9

Der Klägerin stünden demnach lediglich eine Vergütung von 4.979,78 € aus der Rechnung vom 29.10.2009 für den Zeitraum vom 27.09.2008 bis zum 17.08.2009 sowie die Kosten der Ab- und Anmeldung des Zählers (39,90 € + 71,28) und Mahnkosten von 20 €, zusammen also ein Betrag von 5.110,96 € zu. 10

Der Beklagte beantragt, 11

unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Hagen vom 19.09.2010 (10-2441802-0-9) aufzuheben, soweit ihm hierdurch eine Zahlung 12

über 5.110,96 € hinausgehend auferlegt wurde und die Klage im Übrigen abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, 13

die Berufung zurückzuweisen. 14

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Verfahrensführung durch das LG sei nicht zu beanstanden. Der Beklagte sei daher mit seinem Vorbringen ausgeschlossen. Im Übrigen sei es Sache des Beklagten, zu widerlegen, dass ihre Schätzung unrichtig sei. Dem sei der Beklagte auch mit seiner Berufungsbegründung nicht nachgekommen. Der Umstand, dass anlässlich des Zähleraustauschs im Januar 2008 keine Manipulation stattgefunden habe, besage nichts darüber, dass der Beklagte zu diesem Zeitpunkt die Plantage nicht betrieben habe. Die Manipulation habe bei dem Austausch nicht bemerkt werden müssen; zudem wäre es dem Beklagten, dem der Austausch vorher mitgeteilt worden sei, ein Leichtes gewesen, die Manipulation vorübergehend rückgängig zu machen. 15

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 16

Die Akten 155 Js 369/09 und 155 Js 435/09, jeweils Sta Duisburg, waren beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 17

Der Senat hat Beweis durch Vernehmung des Zeugen N und durch Einholung von schriftlichen Sachverständigengutachtens erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 23.09.2011 (Bl. 189 f d.A.) und auf die Sachverständigengutachten vom 24.04.2012 (Bl. 219 ff d.A.) und vom 21.07.2012 (Bl. 246 ff d.A.) Bezug genommen. 18

II. 19

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg, nämlich, soweit hiermit die Vergütung aus der Rechnung vom 14.09.2009 für den Zeitraum vom 05.07.2009 bis zum 07.09.2009 in Höhe von 2.949,50 € nebst dazugehöriger Zinsen angegriffen wird. Im Übrigen ist die Berufung unbegründet. 20

A. 21

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist der Beklagte mit sämtlichen Vortrag in der Berufungsinstanz nicht nach § 531 ZPO ausgeschlossen. Es liegen Verfahrensfehler des Landgerichts vor, § 531 II Nr.2 ZPO, aufgrund welcher der Beklagte seine Verteidigungsmittel nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht hat. 22

Die Begründung des Landgerichts, wonach der Beklagte nach § 340 III ZPO bereits in der Einspruchsfrist seine Angriffs- und Verteidigungsmittel hätte vorbringen müssen, verkennt, dass für einen Vollstreckungsbescheid – dies ergibt sich im Übrigen aus der Natur der Sache – die Vorschrift aufgrund des ausdrücklichen Ausschlusses in § 700 III 3 ZPO nicht gilt. Der Beklagte rügt zu Recht, dass er mangels zum Zeitpunkt des Einspruchs vorliegender Anspruchsbegründung nicht in der Lage war, seinen Einspruch zu begründen. 23

Auch der Umstand, dass zwischen der Übersendung der Anspruchsbegründung und dem mehrmals verlegten Termin ein Zeitraum von mehreren Monaten lag und der Beklagte nach Ansicht des Landgerichts aus diesem Grunde in der Lage gewesen wäre, rechtzeitig auf die 24

Anspruchsbegründung zu erwidern, ändert hieran nichts. Die Anspruchsbegründung ist dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten formlos übersandt worden; auch eine Frist zur Erwiderung auf die Anspruchsbegründung wurde dem Beklagten nicht gesetzt. Eine Anspruchsbegründung, welche auf die gemäß den §§ 700 V, 697 III 2 ZPO zugleich mit der Terminsbestimmung erfolgte Aufforderung des Gerichts nach der Terminsanberaumung eingeht, muss aber dem Beklagten förmlich zugestellt werden. Aus diesem Grunde hätte das Landgericht in dem Termin nicht abschließend zu Lasten entscheiden dürfen, sondern dem Beklagten zwecks Gewährung rechtlichen Gehörs aufgrund förmlicher Fristsetzung Gelegenheit geben müssen, zu erwidern.

B. 25

In der Sache ergibt sich der dem Grunde nach unstreitige Anspruch der Klägerin auf Vergütung für den aufgrund der Manipulation der Messeinrichtungen nicht erfassten Strom aus § 433 II BGB und nicht etwa aus Bereicherungsrecht. Es handelt sich nämlich nicht um eine unerlaubte Stromentnahme, bei welcher ein Vertragsschluss nicht zustande gekommen wäre, sondern um eine Manipulation eines Zählers im Rahmen eines bestehenden Anschlussvertrags. In solchen Fällen erstreckt sich der Kaufpreisanspruch der Klägerin grundsätzlich auch auf den nicht durch den Zähler umfassten Strom (OLG Rostock, BeckRS 2009, 05105 und OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 490 ff). 26

C. 27

Der Höhe nach steht der Klägerin mit Ausnahme der Vergütung für den Zeitraum vom Zeitraum vom 05.07.2009 bis zum 07.09.2009 in Höhe von 2.949,50 € die geltend gemachte Vergütung zu, wie sie sich aus dem von ihr nach 18 I StromGVV geschätzten Stromverbrauch ergibt. Ihr Anspruch für den Zeitraum vom 08.09.2007 bis zum 26.04.2010 beträgt 50.593,86 €. 28

Die Stromgrundversorgungsverordnung, die seit dem 08.11.2006 in Kraft getreten ist und für alle nach dem 12.07.2005 geschlossenen Verträge gilt, § 1 I 4 StromGVV, ist Bestandteil des Vertrags, da der Beklagte sogenannter Haushaltskunde ist. 29

1. 30

Die Vorschrift des § 18 StromGVV ist entsprechend in den Fällen anwendbar, in welchen der Kunde durch Manipulation oder Umgehung der Messeinrichtungen unerlaubt Strom entnimmt, so dass dieser von den Messeinrichtungen des Versorgungsunternehmens nicht erfasst und nicht in Rechnung gestellt werden kann. Der Stromversorger darf und kann in solchen Fällen den aufgrund der Manipulation nicht erfassten Stromverbrauch schätzen; es ist dann Sache des Stromkunden, darzulegen und zu beweisen, dass der geschätzte Stromverbrauch geringer ist bzw. dass die vorgenommenen Schätzung unrichtig ist (vgl. OLG Düsseldorf in NJW-RR 1998, 490 ff und in RdE 1994, 196 ff und OLG Rostock, BeckRS 2009, 05105). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an. Der tatsächliche Stromverbrauch liegt ausschließlich in dem Herrschaftsbereich des manipulierenden Kunden; nur dieser ist in der Lage, substantiiert zu dem Verbrauch vorzutragen, welchen er in vertragswidriger und strafbarer Weise verursacht hat. 31

Die zeitliche Beschränkung des § 18 II StromGVV ist hingegen in solchen Fällen nicht anwendbar (OLG Düsseldorf und OLG Rostock aaO). 32

2. 33

Dem Beklagten ist – mit Ausnahme des Verbrauchszeitraums vom 05.07.2009 bis zum 07.09.2009 – nicht der Beweis gelungen, dass die Schätzung der Klägerin unrichtig ist bzw. er weniger oder sogar keinen Strom verbraucht hat. 34

a) 35

Dies gilt insbesondere für seine Behauptung, dass er die Cannabisplantage nicht bereits im Jahr 2007 betrieben hat, sondern mit der Aufzucht und Pflege der Plantage (und somit mit dem Stromverbrauch) erst im Jahr 2009 begonnen habe. 36

Der von ihm hierzu benannte Zeuge O, der Mittäter des Beklagten war, hat unter Berufung auf die ihm ansonsten drohende Gefahr einer straf- und zivilrechtlichen Verfolgung von seinem Recht auf Zeugnisverweigerung Gebrauch gemacht und zur Sache nicht ausgesagt. Dies geht zu Lasten des beweispflichtigen Beklagten. Ordnungsmittel nach § 390 ZPO zwecks Erzwingung einer Aussage des Zeugen O kamen nicht in Betracht, da sich der Zeuge zu Recht auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen hat. Dahingestellt bleiben kann, ob dem Zeugen tatsächlich noch eine strafrechtliche Verfolgung droht, nachdem er wegen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln rechtskräftig verurteilt wurde und das Verfahren wegen des Verdachts auf Entziehung elektrischer Energie gemäß § 248 c StGB nach § 154 StPO eingestellt wurde. Der Zeuge hat sich nämlich auch darauf berufen, dass er eine zivilrechtliche Inanspruchnahme seitens der Klägerin fürchte, wenn er aussagen würde. Bei wahrheitsgemäßer Beantwortung der Beweisfragen hätte der Zeuge zugeben müssen, dass er selbst die Manipulationen an der Messeinrichtung vorgenommen hat, um mit dem nicht von der Zählereinrichtung erfassten Strom gemeinsam mit dem Beklagten die Cannabisplantage zu betreiben. In diesem Fall stünden der Klägerin gegen den Zeugen Schadensersatzansprüche nach den § 823 II BGB iVm § 248 c StGB, 830, 840 BGB zu. Aus diesem Grunde konnte der Zeuge nach § 384 Nr. 1 ZPPO die Aussage verweigern, und zwar zu sämtlichen Beweisthemen. 37

Entgegen der Darstellung des Beklagten ergibt sich auch aus dem Umstand, dass der von der Manipulation betroffene Zähler Anfang des Jahres 2008 ausgetauscht wurde und hierbei die Manipulation nicht bemerkt wurde, nichts zu seinen Gunsten. Hieraus kann nicht der Schluss daraus gezogen werden, dass die Manipulation zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefunden hatte. Nach dem Vorbringen der Klägerin, welches der beweispflichtige Beklagte nicht widerlegen konnte, wurde diesem der Zähleraustausch zuvor schriftlich angekündigt, so dass es dem Beklagten bzw. dem Zeugen O ohne weiteres möglich gewesen wäre, die Manipulationen vorübergehend rückgängig zu machen mit der Folge, dass diese beim Zähleraustausch unentdeckt geblieben wäre. Dem in diesem Zusammenhang gestellten Beweisantrag auf – erneute – Vernehmung des Zeugen O dazu, dass der Zählerwechsel nicht angekündigt worden sei, war aufgrund der bereits erfolgten Berufung des Zeugen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nicht nachzugehen. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Zeuge nunmehr aussagen würde, obwohl das Beweisthema in einem untrennbaren Zusammenhang mit den übrigen Beweisthemen, derentwegen er bereits die Aussage verweigert hat, steht und er sich auch durch diese Aussage der Gefahr zivilrechtlicher Verfolgung aussetzen würde. 38

Unabhängig davon hat die Klägerin dezidiert dargelegt, dass die Manipulation in professioneller Manier – der Zeuge N ist gelernter Elektriker – vorgenommen wurde und die Manipulation auch unterhalb der neben dem Zähler vorhandenen Abdeckung vorgenommen worden sein könnte, so dass diese bei einem Zählerwechsel, bei welchem lediglich die Abdeckung geöffnet werden würde, nicht erkennbar gewesen wäre. Diesem Vorbringen ist der Beklagte, der sich auf die pauschalen Behauptungen gegenteiliger Tatsachen beschränkt 39

hat, nicht substantiiert entgegengetreten.

Auch der Umstand, dass der Beklagte im Strafverfahren lediglich wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln im Jahre 2009 verurteilt wurde, spricht entgegen seiner Darstellung nicht für seinen Vortrag, wonach er erst im Jahr 2009 die Ausrüstung für die Cannabisplantage angeschafft und diese betrieben habe. Ausweislich der beigezogenen Strafakten war der Beklagte wegen Handeltreibens in mindestens 6 Fällen in der Zeit von Juli 2007 bis zu seiner Festnahme im August 2008 angeklagt. In der mündlichen Verhandlung wurden nach einem „Verständigungsgespräch“ vier der angeklagten Taten nach § 154 II StPO eingestellt und der Beklagte lediglich für sein Handeltreiben im Jahr 2009 verurteilt. Rechtskräftige Feststellungen zum Zeitraum 2007 bis 2008 wurden in dem Strafurteil demnach nicht getroffen. Es bedarf angesichts dessen keiner weiteren Ausführungen des Senats, dass das Verfahren und das Urteil in dem Strafprozess nicht geeignet sind, einen Schluss auf den Beginn des Aufbaus und der Pflege der Cannabisplantage zu ziehen. Entsprechendes gilt dafür, dass auch die tatsächliche Verständigung des Beklagten mit dem Hauptzollamt über die Höhe der nachzuentrichtenden Steuer, wonach geringere Leistungsstärken der Verbraucher und Laufzeiten zugrunde gelegt wurden, keinen Rückschluss auf die tatsächliche Laufzeit und auf die Leistungsstärken zulässt. 40

Nach alledem geht der Senat davon aus, dass der Beklagte entgegen seiner Darstellung nicht erst im Jahr 2009, sondern bereits unmittelbar nach der Anmietung der Wohnung im Juli 2007 mit der Anschaffung und Installation der für die Pflege und Aufzucht der Cannabispflanzen begonnen hat, wie es die Klägerin ihrer Schätzung zugrunde gelegt hat. Alles andere wäre auch lebensfremd. Der Beklagte hätte nach seiner Darstellung für eine leer stehende Wohnung – er hat unstreitig die Wohnung ausschließlich zum Zwecke des Aufbaus und der Zucht der Cannabisplantage angemietet - ohne jedwede Nutzung für einen Zeitraum von über 1,5 Jahren Miete in Höhe von 435 € inklusive Nebenkosten pro Monat bezahlt. Auch der Erklärungsversuch des Beklagten anlässlich seiner persönlichen Anhörung hierzu, wonach „komische Umstände dazwischen gekommen“ seien, weswegen sich der geplante Aufbau der Gerätschaften und Plantage verzögert habe, ist alles andere als plausibel, sondern in auffälliger Weise ohne Substanz. 41

b) 42

Auch hinsichtlich seiner Behauptungen zum Stromverbrauch der anlässlich der Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen und sichergestellten Verbrauchsgeräte ist der Beklagte beweisfällig geblieben. Der Sachverständige hat in seinem Gutachten die Behauptungen, wegen der Einzelheiten des von dem Beklagten behaupteten Verbrauchs wird auf S. 7 seiner Berufungsbegründung (Bl. 116 d.A.) Bezug genommen, nicht bestätigt. Vielmehr hat er hinsichtlich der eingesetzten Lampen und der Klimaanlagen die von der Klägerin geschätzten und in Rechnung gestellten Verbrauchszahlen ausdrücklich bestätigt (Bl. 250 d.A.) Soweit er hinsichtlich der Absauger und der Ventilatoren einen geringeren Verbrauch als in Rechnung gestellt errechnet hat, beruht dies zum einem darauf, dass er eine Leistung pro Ventilator von lediglich 80 bis 100 Watt seiner Berechnung zugrunde gelegt hat. Tatsächlich zugrunde zu legen ist indes die von der Klägerin zugrunde gelegte Leistung von jeweils 170 Watt. Die Klägerin hat ihrer Schätzung die Ermittlungsergebnisse der Polizeibeamten zugrunde gelegt, wonach ein Ventilator eine solche Leistung hatte. Andere Anhaltspunkte oder Erkenntnismöglichkeiten dafür, welche Leistung die Ventilatoren hatten, lagen ihr nicht vor. Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der polizeilichen Angaben, welche auf einer gründlichen Inaugenscheinnahme der vor Ort aufgefundenen Verbraucher und anschließender schriftlicher Niederlegung des Ergebnisses dieser Untersuchung beruhten 43

(vgl. Bl. 252 f d.A.), sind nicht ersichtlich. Da die zunächst asservierten Verbraucher mittlerweile vernichtet wurden und der Sachverständige diese nicht sachverständig untersuchen konnte, geht dies zu Lasten des beweispflichtigen Beklagten.

Zum Anderem beruht die von der Schätzung der Klägerin abweichende Verbrauchsberechnung durch den Sachverständigen auf von diesem zu Unrecht zugrunde gelegten Leistungsstärken der Absauger. Nach den Angaben der Polizeibeamten verfügte ein Absauger über eine Leistung von 2.000 Watt. Wenn der Sachverständige sodann in seinem ersten Gutachten, mit welchem er weit über die ihm gestellten Beweisfragen hinausgegangen ist, ausführt, dass diese Leistungsangabe nicht stimmen könne, da auf einem Lichtbild in der Strafakte auf einem Absauger eine Luftmengenangabe von 1.000 m³/h vermerkt sei, den Polizeibeamten daher ein Ablesefehler unterlaufen sein müsste, so dass von einer Leistung von lediglich 355 Watt auszugehen sei, wie sie Absauger mit einer solchen Luftmenge üblicherweise aufwiesen, kann diesen Ausführungen nicht gefolgt werden. Ein solcher Ablesefehler ließe sich nur erklären, wenn die Polizeibeamten eine Leistung von 1000 Watt (anstelle von 1000 m³/h) angegeben hätten, was aber nicht der Fall ist. Aus diesem Grunde bestehen keine durchgreifenden Anhaltspunkte dafür, dass die Angaben der Polizeibeamten unrichtig sein könnten. Ermittelt wurde auch wegen des Verdachts der Entziehung elektrischer Energie nach § 248 c StGB; die Bedeutung der Leistungsstärke der Verbraucher für dieses Delikt ist jedem Polizeibeamten geläufig, so dass Nachlässigkeit bei der Ermittlung der Leistungsstärke etwa aus dem Grunde, dass man dieser keine strafrechtliche Relevanz beigemessen hat, ausscheidet. Angesichts dessen geht der Senat nach wie vor davon aus, dass die Absauger tatsächlich über eine Leistung von 2000 Watt pro Stück verfügten. Einer weiteren Aufklärung bedurfte es nicht, da die Absauger mittlerweile vernichtet sind und zuverlässige Untersuchungen nicht mehr möglich sind. Der Zeuge O, der zu der Leistungsstärke als Zeuge benannt worden war, hat berechtigter Weise die Aussage verweigert. Der Beklagte hat keinerlei Angaben zu Gerätetyp und Geräteleistung gemacht. 44

c) 45

Die Schätzung der Klägerin, welche von einem Dauerbetrieb, also von einem 24stündigen Betrieb der Verbraucher mit Ausnahme der Lampen (12 Stunden/Tag) ausgeht, ist auch hinsichtlich der täglichen Betriebsdauer der Verbraucher nicht zu beanstanden. 46

Soweit der Beklagte teilweise geringere Laufzeiten geltend gemacht und behauptet hat, die Klimaanlagen seien lediglich in den Sommermonaten in Betrieb gewesen, hat er den ihm obliegenden Beweis nicht erbringen können. Der Zeuge O hat sich berechtigter Weise auf sein ihm zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht berufen. 47

Der Beklagte beruft sich aber auch vergeblich auf die Feststellungen des Sachverständigen in dessen erstem Gutachten, in welchem dieser in Überschreitung seines Gutachtenauftrags Ausführungen zu den Wachstumsphasen und zu den Ernten von Cannabispflanzen und somit auch zu Laufzeit der Verbrauchsgeräte getätigt hat. Sie stehen bereits zu großen Teilen in Widerspruch zu dem eigenen Vortrag des Beklagten, der in seiner Berufungsbegründung einen 12stündigen Einsatz der Lampen und einen 24stündigen Einsatz der Ventilatoren und der Absauger ausdrücklich eingeräumt und zugestanden hat. Auf dieser Grundlage ist der Beweisbeschluss erlassen worden; erst nach Eingang des ersten Gutachtens hat sich der Beklagte die Feststellungen des Sachverständigen zu Eigen gemacht. Angesichts dessen kommt diesen Feststellungen keine hinreichende Beweiskraft zu. Der Sachverständige hat im Gegensatz zu dem Beklagten, der die Plantage über den gesamten Zeitraum aufgezogen und gepflegt hat, keine eigene Kenntnis über die tatsächlichen Einsatzzeiten der Verbraucher. Seine Ausführungen, die – außerhalb seines Sachkundebereichs - auf den 48

Wachstumsphasen von Cannabispflanzen und auf der Annahme basieren, dass die Klimaanlagen lediglich zur Kühlung eingesetzt werden mussten, sind daher gegenüber dem unstreitigen Vorbringen, basierend auf eigenem Wissen des Beklagten, unerheblich. Im Übrigen hat auch der Beklagte eingestanden, dass die Klimaanlagen auch im Winter eingesetzt werden müssen, um die Pflanzen vor dem Erfrieren zu schützen.

d) 49

Nach alledem ist die Schätzung der Klägerin zum weitaus überwiegenden Teil nicht zu beanstanden. Sie hat sich in zulässiger Weise auf die Angaben der ermittelnden Polizeibeamten zur Anzahl und Leistungsstärke der Verbraucher gestützt. Andere Erkenntnismöglichkeiten standen ihr nicht zur Verfügung; eine persönliche Inaugenscheinnahme der Geräte war ihr nicht möglich und angesichts dessen, dass keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Angaben bestanden und auch nicht bestehen, auch nicht erforderlich. Auch hinsichtlich der täglichen Laufzeit der Verbraucher ist die Schätzung nicht zu beanstanden. Der Senat verkennt hierbei nicht, dass die Klägerin auch insofern die Angaben der Polizeibeamten übernommen hat und die Laufzeit nicht auf im Ermittlungsverfahren gewonnen Erkenntnissen, sondern auf einer bloßen Annahme beruhten. Gleichwohl konnte die Klägerin diese – nicht unrealistischen und die tatsächlichen Verhältnisse angemessen berücksichtigende - Angaben zugrunde legen, da sie auch insofern die einzige Erkenntnismöglichkeit für die Klägerin darstellten, die mit der Aufzucht und Pflege von Cannabisplantagen und dem hierfür erforderlichen Stromverbrauch keinerlei Erfahrungen hat. Es war daher Sache des Beklagten, geringere Laufzeiten substantiiert darzulegen und zu beweisen, was ihm nicht gelungen ist. Etwaige Beweisschwierigkeiten, die sich aus der Vernichtung der Verbraucher nach Abschluss des Verfahrens und der Aussageverweigerung des Zeugen O ergeben, müssen zu Lasten des Beklagten gehen, welcher durch die Manipulation der Messeinrichtung überhaupt die Möglichkeit dafür geschaffen hat, dass der tatsächlich verbrauchte Strom von der Klägerin nicht erfasst und gemessen werden konnte. Dies war das Motiv für die Manipulation; der Beklagte hat im Rahmen des bestenden Vertrags mit der Klägerin die Feststellung und Messung der Strommengen bewusst vereitelt. 50

e) 51

Auch die Höhe der in den Korrekturrechnungen ausgewiesenen Preise ist nicht zu beanstanden. Dies gilt insbesondere dafür, dass die Klägerin auch für die Nacht den Haupttarif berechnet hat, obwohl es sich um einen Vertrag über Wärmespeicherstrom handelt, für welchen ein deutlich günstigerer Nachttarif gilt. Der Vertreter der Klägerin hat anlässlich seiner persönlichen Anhörung ausgeführt, dass der Nachttarif nach den Vertragsbedingungen nur dann berechnet werden darf, wenn der Strom tatsächlich für die Heizung verwendet wird. Wenn, wie im vorliegenden Fall, keine Heizung betrieben wird, wird für den gesamten Zeitraum der Haupttarif berechnet. Diesem Vortrag ist seitens des Beklagten nicht widersprochen worden; er ist als unstreitig zugrunde zu legen. 52

3. 53

Gleichwohl war der Klage nicht in vollem Umfang stattzugeben. 54

a) 55

Die Schätzung der Klägerin, welche von einem Vollbetrieb der Verbraucher direkt am ersten Tage der Wohnungsübergabe ausgeht, berücksichtigt nicht die Vorgaben des § 18 I 2 StromGVV, wonach bei der Schätzung die tatsächlichen Verhältnisse angemessen zu 56

berücksichtigen sind. Es widerspricht jeder Lebenserfahrung, dass der Beklagte gemeinsam mit dem Zeugen O bereits vom 1. Tage an mit der Aufzucht der Pflanzen begonnen hat. Ausweislich der in der Strafakte befindlichen Lichtbilder war ein erheblicher technischer und organisatorischer Aufwand für die Vorbereitung und Installation der Geräte vonnöten. Allein das Verbringen der Geräte und des Installationsmaterials in die Wohnung war nicht innerhalb weniger Tage zu bewältigen. Alsdann waren umfangreiche Installationsarbeiten zu bewältigen. Erst hiernach konnten die Cannabispflanzen angeschafft und gezüchtet werden. Angesichts dessen geht der Senat zugunsten des Beklagten von einer Vorbereitungszeit“ von ca. 7 Wochen aus; bis zum 07.09.2009 ist daher zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass kein Einsatz der für die Plantage erforderlichen Stromverbraucher stattgefunden hat. Hinsichtlich der korrigierten Rechnung für den Zeitraum vom 27.07.2007 bis 07.09.2007 in Höhe von 2.949,50 € kann die Klägerin daher keine Vergütung verlangen; insofern war der Vollstreckungsbescheid aufzuheben und die Klage abzuweisen.

b) 57

Die Forderung in Höhe von 2.949,50 € für den Zeitraum vom 27.07.2007 bis 07.09.2007 ergibt sich auch nicht aus der von der Klägerin hilfsweise geltend gemachten Vertragsstrafe nach § 10 I StromGVV. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob diese Vertragsstrafe neben den vertraglichen Erfüllungsansprüchen geltend gemacht werden kann (vgl. hierzu OLG Düsseldorf und Rostock aaO). Jedenfalls fehlt es an schlüssiger Darlegung der Klageforderung. Es fehlt an Angaben dazu, wie hoch die Vertragsstrafe sein soll und wie sich diese berechnen soll. Nach § 10 I 2 StromGVV ist die Vertragsstrafe auf der Grundlage einer täglichen Nutzung der unbefugt verwendeten Verbrauchsgeräte von bis zu zehn Stunden nach dem für den Kunden geltenden Allgemeinen Preis zu berechnen. Die Klägerin hätte daher substantiiert darlegen müssen, welche Preise zu welchen Tageszeiten angefallen wären und wie hoch die geltend gemachte Vertragsstrafe auf Grundlage dieser Berechnung wäre. Dem ist sie nicht nachgekommen. Eine Fristsetzung zur Substantiierung des Vortrags hatte seitens des Senats nicht mehr zu erfolgen, nachdem sie im Termin auf den Hinweis auf die mangelnde Schlüssigkeit ihres Vorbringens ausdrücklich erklärt hat, eine solche Frist nicht beantragen zu wollen. 58

D. 59

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 92, 97 ZPO: Hinsichtlich der Kosten der Berufungsinstanz waren dem Beklagten die Kosten nach § 92 II Nr. 1 ZPO insgesamt aufzuerlegen, da er lediglich mit einem Anteil von 5% erfolgreich war. 60

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 61

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert. 62

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE