
Datum: 08.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 176 / 15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:1208.2U176.15.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 466/14

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 23.09.2015 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist, ebenso wie das angefochtene Urteil des Landgerichts, vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 608.471,70 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Klägerin bezog für ihren Gewerbebetrieb von der Beklagten Strom. Hinsichtlich des Zeitraums vom 01.01.2011 (Lieferbeginn) bis zum 30.06.2013 unterlief der Beklagten ein Berechnungsfehler, indem sie in ihren Abrechnungen einen zu niedrigen Wandlerfaktor ansetzte (1.000 statt 2.000) und daher im Ergebnis der Klägerin nur die Hälfte des

1

2

3

tatsächlichen Stromverbrauchs in Rechnung stellte. Nachdem der Fehler bei der Beklagten aufgefallen war, erteilte diese der Klägerin Korrekturrechnungen. Den sich daraus ergebenden Nachzahlungsbetrag hat die Klägerin inzwischen in Raten abbezahlt.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin ihrerseits einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte geltend. Sie behauptet, sie habe bei dem Abschluss von Verträgen mit ihren Kunden für ihre Preiskalkulation die fehlerhaften, zu niedrigen Abrechnungen der Beklagten zugrunde gelegt. Da sie mit ihren Kunden langfristige Verträge abgeschlossen habe, könne sie die erhöhten Stromkosten nicht mehr an ihre Kunden weitergeben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Schadensersatzanspruch schon aus grundsätzlichen Erwägungen ausscheide, weil er der Wertung des § 18 StromGVV widerspreche. Außerdem falle der geltend gemachte Schaden nicht in den Schutzbereich der vertraglichen Regelungen. Darüber hinaus habe sich die Klägerin für ihre Kostenkalkulation nicht auf die erteilten Abrechnungen stützen dürfen; vielmehr habe sie mit Nachforderungen rechnen und sich hierauf kalkulatorisch einstellen müssen. Im Übrigen wird wegen der Feststellungen des Landgerichts, seiner Entscheidungsgründe und der in der ersten Instanz gestellten Anträge auf das am 23.09.2015 verkündete Urteil des Einzelrichters der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster Bezug genommen. Zu berichten ist, dass das vorgerichtliche Schreiben der Klägervorteiler vom 23.12.2013 (Anlage K 11, Bl. 72 ff. d.A.) keine Zahlungsaufforderung, sondern nur einen später nicht mehr weiterverfolgten Aufrechnungseinwand enthielt.

Gegen dieses Urteil des Landgerichts wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie verfolgt ihre Klage mit näheren Ausführungen weiter.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an sie einen Betrag in Höhe von 460.571,70 € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus 294.521,70 € ab dem 15.01.2014 sowie Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus 166.050,00 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
- 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der fehlerhaften Stromabrechnungen der Beklagten im Zeitraum Januar 2011 bis Juni 2013 noch entstehen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das landgerichtliche Urteil.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

I.	18
Der Klägerin steht der in der Hauptsache geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus § 280 I BGB nicht zu.	19
1)	20
Die Beklagte hat allerdings ihre vertragliche Nebenpflicht zur ordnungsgemäßen Erfassung und Abrechnung des gelieferten Stroms (vgl. auch Ziffer 4. der AGB der Beklagten) verletzt, indem sie einen falschen Wandlerfaktor angesetzt und infolgedessen der Klägerin zunächst nur die Hälfte des tatsächlich verbrauchten Stroms in Rechnung gestellt hat.	21
2)	22
Das Verschulden der Beklagten wird vermutet (§ 280 I 2 BGB). Sie hat sich nicht exkulpiert. Vielmehr steht fest, dass der Beklagten Fahrlässigkeit zur Last fällt. Der Monteur der Beklagten als deren Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) hat den auf dem Zähler angebrachten Aufkleber falsch beschriftet. Außerdem war der Beklagten der zutreffende Wandlerfaktor bekannt, weil der eingebaute Wandler von ihr stammte.	23
3)	24
Es spricht aber Einiges für die Ansicht des Landgerichts, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin schon nach dem Rechtsgedanken des § 18 StromGVV, der nach der zutreffenden und unbeanstandeten Auffassung des Landgerichts im vorliegenden Fall über § 3.1 des Rahmenvertrags entsprechende Anwendung findet, ausgeschlossen ist (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 24.09.1986, 21 U 114/85, zur Vorgängerregelung des § 21 AVBEltV; LG Wuppertal, Urteil vom 05.12.1986, 2 O 296/86; a.A. 20. Zivilsenat des OLG Hamm, Urteil vom 29.06.1984, 20 U 49/13, zur Vorgängerregelung des § 21 AVBEltV).	25
Denn § 18 StromGVV gesteht dem Versorger auch dann einen – zeitlich befristeten – Nachzahlungsanspruch zu, wenn er bei der Ermittlung des Rechnungsbetrags einen Fehler gemacht hat. Dieser Nachzahlungsanspruch könnte faktisch unterlaufen und entwertet werden, wenn der Kunde wegen des Berechnungsfehlers im Gegenzug einen Schadensersatzanspruch geltend machen könnte. Der Versorger, der gem. § 18 StromGVV berechtigterweise einen Nachzahlungsanspruch geltend macht, müsste dann ggf. im Gegenzug mit einem Schadensersatzanspruch des Kunden rechnen und könnte sich so faktisch an der Geltendmachung des ihm zustehenden Nachzahlungsanspruchs gehindert sehen. Außerdem dient die zeitliche Schranke in § 18 II StromGVV nach der Gesetzesbegründung (vgl. Bl. 377 f. d.A.) dem Interesse einer zügigen, reibungslosen Durchführung des Vertragsverhältnisses und dem Rechtsfrieden. Diesem gesetzgeberischen Ziel würde es zuwiderlaufen, wenn der Kunde den Berechnungsfehler und das berechtigte Nachzahlungsverlangen des Versorgers zum Anlass nehmen könnte, seinerseits einen Schadensersatzanspruch gegen den Versorger geltend zu machen.	26
Allerdings enthält § 18 StromGVV keinen ausdrücklichen Ausschluss von Schadensersatzansprüchen. Die Vorschrift enthält eine Sonderbestimmung für den Nachzahlungsanspruch des Versorgers bzw. den Rückerstattungsanspruch des Kunden im Falle von Berechnungsfehlern. Steht danach dem Versorger ein Nacherfüllungsanspruch zu, so schließt dies dogmatisch nicht aus, dass dem Kunden nach der allgemeinen Vorschrift des	27

§ 280 I BGB ein auf Schadensersatz gerichteter Gegenanspruch zustehen kann. Außerdem wird in der o.g. Gesetzesbegründung ein genereller Ausschluss von Schadensersatzansprüchen nicht thematisiert.

Der Senat hat diese Streitfrage bisher offengelassen (vgl. Urteil vom 23.10.1995, 2 U 79/95), ebenso der BGH in einem Urteil vom 22.10.1986 (VIII ZR 242/85, zitiert nach juris, Rn. 38). 28

Das OLG des Landes Sachsen-Anhalt (Urteil vom 23.05.2013, 1 U 70/12, zitiert nach juris, Rn. 42 ff.) hat bei Vorliegen eines Berechnungsfehlers i.S.v. § 21 I AVBEltV angenommen, dass auch vertragliche Schadensersatzansprüche des Kunden der Ausschlussfrist des § 21 II AVBEltV unterfallen. Daraus ergibt sich mittelbar, dass das OLG des Landes Sachsen-Anhalt einen vertraglichen Schadensersatzanspruch des Kunden nicht von vornherein aus generellen Erwägungen verneint hat, sondern nur der zeitlichen Schranke des § 21 II AVBEltV unterworfen hat (in diese Richtung auch BGH NJW-RR 2004, 1352). 29

Die Frage einer möglichen „Sperrwirkung“ des § 18 StromGVV braucht auch im vorliegenden Fall aber nicht abschließend entschieden zu werden, da der von der Klägerin geltend gemachte Schadensersatzanspruch jedenfalls aus den nachfolgend dargelegten weiteren Gründen nicht besteht. 30

4) 31

Nach Ziffer 9.1 der AGB der Beklagten zum Rahmenvertrag vom 07.12.2010 (vgl. Bl. 123 d.A.) ist die Haftung der Beklagten im vorliegenden Fall ausgeschlossen. Die dort geregelten Ausnahmetatbestände („soweit der Schaden nicht“, „dies gilt nicht“) sind hier nicht einschlägig, weil der Beklagten lediglich eine einfach fahrlässige Nebenpflichtverletzung anzulasten ist. 32

a) 33

Die Regelung in Ziffer 9.1 der AGB ist entgegen der Ansicht der Klägerin nicht intransparent i.S.d. § 307 I 2 BGB, sondern wirksam. 34

Der BGH hat zwar entschieden, dass der Begriff „Kardinalpflichten“ intransparent ist (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1496, 1505 f.). Im vorliegenden Fall bedeutet dies aber nur, dass der erläuternde Klammerzusatz für den Kunden nicht hinreichend verständlich ist. Dies wirkt sich hier nicht aus, weil der Begriff der „wesentlichen Vertragspflichten“ für sich genommen ausreichend klar und verständlich ist (vgl. BGH NJW 2013, 291, zitiert nach juris, Rn. 44, betreffend die AGB eines Stromversorgers). 35

In § 1 Nr. 1.1 und in § 3 Nrn. 3.1 und 3.2 des Rahmenvertrags sowie in den Regelungen unter Nr. 7 der AGB zum Rahmenvertrag kommt zum Ausdruck, dass die wesentlichen Vertragspflichten der Beklagten darin bestehen, die Klägerin an der Entnahmestelle für ihren gesamten Bedarf mit elektrischer Energie in der üblichen Qualität zu beliefern, dies durch die Regelung der Netznutzung bis zur Entnahmestelle sicherzustellen und bei der Belieferung alle Unterbrechungen oder Unregelmäßigkeiten in der Elektrizitätsversorgung auszuschließen, die nicht Folgen höherer Gewalt oder Folgen einer Störung des Netzbetriebes einschließlich des Netzanschlusses sind. 36

Daraus ergibt sich zugleich hinreichend klar, dass es sich bei der Pflicht der Beklagten zur ordnungsgemäßen Erfassung und Abrechnung des gelieferten Stroms nur um eine Nebenpflicht und nicht um eine „wesentliche Vertragspflicht“ handelt. 37

b)	38
Entgegen der nicht weiter begründeten Ansicht des Landgerichts ist der Beklagten im vorliegenden Fall keine grobe Fahrlässigkeit, sondern nur einfache Fahrlässigkeit anzulasten.	39
Die Klägerin übersteigert die Pflichtverletzung der Beklagten und will so eine Leichtfertigkeit herleiten. Es erscheint indes künstlich, das einheitliche Geschehen in mehrere Pflichtverletzungen aufzuspalten (Falsches Ausfüllen des Aufklebers auf dem Zähler, Übernahme des falschen Wandlerfaktors in das Abrechnungssystem, fehlende kontinuierliche Überprüfung des angesetzten Wandlerfaktors). Der Fehler der Beklagten besteht im Kern nur darin, dass sie zu Beginn der Vertragsbeziehung einen falschen Wandlerfaktor angesetzt hat, wobei sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat (§ 276 II BGB). Dieser Fehler hat sich dann in der Folgezeit fortgesetzt. Auch wenn es – wie der Prozessbevollmächtigte der Klägerin im Senatstermin betont hat – im vorliegenden Fall bei den Abrechnungen um größere Summen ging, bestand keine Verpflichtung der Beklagten zur regelmäßigen Überprüfung des Wandlerfaktors, bei dem es sich um eine konstante Größe handelt.	40
5)	41
Außerdem ist der von der Klägerin behauptete Schaden der Beklagten nicht zurechenbar.	42
Wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat, unterfällt der geltend gemachte Schaden schon nicht dem Schutzzweck der von der Beklagten übernommenen Nebenpflicht zur ordnungsgemäßen Erfassung und Abrechnung des gelieferten Stroms (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 75. Aufl., Vorb v § 249, Rn. 29). Da das geschuldete Entgelt verbrauchsabhängig ist, dienen die von der Beklagten zu erstellenden Abrechnungen ausschließlich dazu, in dem Rechtsverhältnis zwischen den Parteien die Höhe des von der Klägerin geschuldeten Entgelts zu bestimmen. Dagegen ist es nicht Sinn und Zweck der Abrechnungen, der Klägerin eine Kalkulationsgrundlage für den Abschluss von Recyclingverträgen mit Dritten zur Verfügung zu stellen. In diese Richtung gibt es auch keine Parteivereinbarung.	43
Außerdem hängt der behauptete Schaden dem Grunde und der Höhe nach wesentlich von eigenverantwortlichen unternehmerischen Entscheidungen der Klägerin ab, die ausschließlich in die Risikosphäre der Klägerin als Unternehmerin fallen und auf die die Beklagte keinen Einfluss hatte.	44
Die Entscheidungen, ob, mit wem und zu welchen Konditionen sie Recyclingverträge abschließt, hat die Klägerin alleinverantwortlich getroffen. Insbesondere war es die eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidung der Klägerin, inwieweit sie Stromkosten in ihre Preise einkalkuliert und auf ihre Kunden abwälzt bzw. sich – im Hinblick auf die unstreitig ungewisse Verbrauchsentwicklung der neuen Recycling?Pilotanlage ? in den Recyclingverträgen ihrerseits Nachforderungen vorbehält.	45
Wie das Landgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat, musste der Klägerin dabei namentlich auch das Risiko bewusst sein, dass Abrechnungsfehler – in welchem Umfang auch immer - nicht ausgeschlossen werden können und dass es innerhalb der 3-Jahres-Frist des § 18 II StromGVV zu Nachforderungen der Beklagten kommen konnte. Es war Sache der Klägerin, sich hierauf kalkulatorisch einzustellen (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 15.05.1973, 5 U 143/72; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.05.1985, 2 U 231/84; LG Gießen, Urteil vom 24.11.1992, 6 O 54/92). Dies hat die Klägerin im vorliegenden Fall nicht getan. Die	46

Geschäftsführerin der Klägerin hat hierzu im Senatstermin erstmals behauptet, dass die Recyclingverträge eine Preisanpassungsklausel enthielten, die aber nicht eingreife, wenn der Strom 2 ½ Jahre lang falsch abgerechnet worden sei. Demnach hat sich die Klägerin auch nach ihrem eigenen Vortrag nicht gegen mögliche Nachforderungen der Beklagten innerhalb der 3-Jahres-Frist des § 18 II StromGVV abgesichert, obwohl sie sich selbst als Monopolistin mit erheblicher Marktmacht darstellt, die die tatsächlichen Stromkosten, d.h. das Doppelte der zunächst abgerechneten Stromkosten, eins zu eins auf ihre Kunden hätte abwälzen können, und obwohl sie die Recyclingverträge nach eigenem Vortrag mit langer Laufzeit abgeschlossen hat. Jedenfalls fällt die inhaltliche Ausgestaltung der Recyclingverträge der Klägerin mit ihren Kunden nicht in die unternehmerische Risikosphäre der Beklagten.

Dass die Klägerin mit der vorliegenden Klage ihr eigenes unternehmerisches Kalkulationsrisiko auf die Beklagte abwälzen will, zeigt sich an Folgendem deutlich: Obwohl die Beklagte für die Zeit ab Mitte 2013 aufgrund des zutreffenden Wandlerfaktors, d.h. richtig abrechnet, soll sie nach der Vorstellung der Klägerin auch für diese Zeit bis 2016 haften, weil sich die Klägerin privatautonom für den Abschluss langfristiger Recyclingverträge entschieden hat. Daran ändert auch nichts die erstmals in der II. Instanz aufgestellte pauschale Behauptung der Klägerin, sie habe auf die Laufzeiten der Verträge keinen Einfluss, weil diese von den „Kommunen“ im Rahmen der Ausschreibungen vorgegeben würden. Selbst wenn man dies unterstellt, ist es die freie Entscheidung der Klägerin, ob sie unter diesen Bedingungen mit „Kommunen“ kontrahiert. Die nunmehr in Haftung genommene Beklagte hatte hierauf jedenfalls keinen Einfluss.

6)

Außerdem ist eine Haftung der Beklagten wegen des deutlich überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin (§ 254 BGB) ausgeschlossen.

Die Klägerin wusste, dass es für die von ihr Anfang 2011 in Betrieb genommene Pilotanlage noch keine gesicherten Erfahrungswerte hinsichtlich der Höhe des Stromverbrauchs gab. Sie wusste also um die bestehenden Unwägbarkeiten. Gleichwohl hat es die Klägerin versäumt, sich in den Verträgen mit ihren Kunden – insbesondere durch geeignete Nachforderungsklauseln – abzusichern.

Soweit die Klägerin im Jahr 2011 langfristige Recyclingverträge auf der Grundlage der Abrechnung der Beklagten für den Monat März 2011 abgeschlossen haben will, war dies besonders leichtfertig. Für März 2011 hatte die Beklagte lediglich einen Stromverbrauch von 46.280 kWh abgerechnet (vgl. Bl. 26 d.A.). Es lag für die Klägerin auf der Hand, dass dies nicht dazu passte, dass die Parteien in dem ersten Stromliefervertrag vom 07.12.2010 für das Jahr 2011 eine Jahresmenge von 3.000.000 kWh prognostiziert hatten (vgl. Bl. 128 d.A.). Damit ist die Klägerin in der Anfangsphase bei ihrer Preiskalkulation sehenden Auges ein Risiko eingegangen.

II.

Mangels Hauptforderung ist auch der Zinsanspruch als Nebenforderung unbegründet.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 I ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Auf die in der Rechtsprechung streitige Frage, ob nach dem Rechtsgedanken des § 18 StromGVV ein Schadensersatzanspruch des Kunden ausgeschlossen ist, kam es im vorliegenden Fall nicht entscheidend an. Die Bestimmung des Fahrlässigkeitsgrades, welcher der Beklagten zur Last fällt, ist eine Einzelfallentscheidung.

Es bestand auch keine Veranlassung, dem Klägervertreter eine Schriftsatzfrist zu den Erörterungen im Senatstermin vom 07.11.2016 zu bewilligen. Die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte sind in dem angefochtenen Urteil und in den Schriftsätzen der Parteien angesprochen worden. Der Senat hat die Sach- und Rechtslage im Termin vom 07.11.2016 ausführlich mit den Parteien erörtert. Die Parteien hatten im Termin Gelegenheit zur Stellungnahme und haben hiervon auch Gebrauch gemacht. Der Klägerin ist daher hinreichend rechtliches Gehör gewährt worden.

57

Der Schriftsatz der Klägervertreter vom 21.11.2016 gab keine Veranlassung zu einer abweichenden Beurteilung oder zur Wiedereröffnung der Verhandlung.

58