



zur Verfügung gestellt von  
**Dr. Reip & Köhler**  
Rechtsanwälte für Recht der  
Erneuerbaren Energien  
www.NewEnergy-Law.de

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## TEILVERSÄUMNIS- UND SCHLUSSURTEIL

VIII ZR 17/12

Verkündet am:  
21. November 2012  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVBEltV § 30; AVBWasserV § 30; AVBFernwärmeV § 30

§ 30 der in der Energie- und Wasserversorgung geltenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB) ermöglicht es den Versorgungsunternehmen, ihre aus den Lieferverhältnissen resultierenden Entgeltforderungen ungeachtet eines Streits über Fehler bei der Verbrauchserfassung oder -berechnung mit einer vorläufig bindenden Wirkung festzusetzen und im Prozess ohne eine abschließende Beweisaufnahme über deren materielle Berechtigung durchzusetzen, sofern der Kunde nicht den Nachweis einer offensichtlichen Unrichtigkeit der geltend gemachten Forderung erbringt. Gelingt dies dem Kunden nicht, ist er im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens mit dem Einwand eines fehlerhaft abgerechneten Verbrauchs ausgeschlossen und darauf verwiesen, die von ihm vorläufig zu erbringenden Zahlungen in einem anschließend zu führenden Rückforderungsprozess in Höhe des nicht geschuldeten Betrages erstattet zu verlangen (Fortführung von BGH, Urteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131; vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, WM 1990, 608; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, WM 1983, 341).

BGH, Teilversäumnis- u. Schlussurteil vom 21. November 2012 - VIII ZR 17/12 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 2012 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Dr. Büniger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter deren Zurückweisung im Übrigen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 7. Dezember 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Hauptforderung nebst Zinsen für die Zeit nach dem 16. April 2007 zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird auf die Berufung der Klägerin das Urteil der 7. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 24. Januar 2008 - mit Ausnahme der den früheren Beklagten zu 2 betreffenden Kostenentscheidung - insgesamt geändert.

Das Versäumnisurteil vom 11. Oktober 2007 wird aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin weitere 46.017,99 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. April 2007 zu zahlen.

Die gerichtlichen Kosten des ersten Rechtszuges werden gegeneinander aufgehoben. Von den außergerichtlichen Kosten des ersten Rechtszuges hat die Beklagte diejenigen der Klägerin zu drei Vierteln zu tragen; im Übrigen tragen die Klägerin und die Beklagte ihre im ersten Rechtszug angefallenen außergerichtlichen Kosten selbst. Hiervon ausgenommen sind die durch die Säumnis der

Klägerin im Verhandlungstermin vom 11. Oktober 2007 veranlass-  
ten Kosten, welche die Klägerin zu tragen hat.

Die Kosten der Rechtsmittelverfahren hat die Beklagte zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, ein örtliches Energieversorgungsunternehmen, begehrt von der Beklagten Zahlung in Höhe von 59.973,60 € nebst Zinsen für die Belieferung einer in N.           gelegenen Gewerbeimmobilie mit Strom, Fernwärme und Wasser.
- 2 Die Beklagte, die sich mit der Verwaltung, Vermietung und dem An- und Verkauf von Immobilien befasst, zeigte der Klägerin mit Schreiben vom 7. April 2004 unter Angabe der Kundennummer für das betreffende Grundstück die "formale Übernahme des Objekts zum 16. März 2004" an und teilte ihr mit, dass sie zu diesem Datum die Bewirtschaftung der Liegenschaft übernommen habe. Die Klägerin stellte für die in dem Zeitraum vom 17. März 2004 bis zum 14. Dezember 2005 erbrachten Strom-, Wasser- und Fernwärmelieferungen an die durch die Grundstücksangabe bezeichnete Verbrauchsstelle insgesamt 59.973,60 € in Rechnung. Die betreffenden, jeweils auf abgelesenen Zählerständen beruhenden Verbrauchsrechnungen sowie ein Schreiben vom 9. Dezember 2004, mit welchem sie den Vertragsabschluss zum 17. März 2004 bestätigte, sandte sie unter der von der Beklagten im Schreiben vom 7. April

2004 angegebenen und mit der Postanschrift der Beklagten übereinstimmenden Anschrift an die V. D. B.V., vertreten durch die Beklagte.

3 Die Klägerin hat angegeben, nicht mehr aufklären zu können, weshalb sie die Rechnungen und das Vertragsbestätigungsschreiben an die V. D. B.V. statt an die Beklagte unmittelbar adressiert habe. Jedenfalls habe sie für den hier angegebenen Zeitraum über die genannte Verbrauchsstelle mit keinem Dritten einen Vertrag abgeschlossen. Die Beklagte meint, mit ihr sei ein Versorgungsvertrag nicht zustande gekommen. Auch seien die Forderungen nicht fällig, weil die Klägerin ihr bislang keine Rechnungen erteilt habe. Im Übrigen hat sie die Einrede der Verjährung erhoben und den abgerechneten Verbrauch mit Nichtwissen bestritten.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht mit Urteil vom 19. November 2008 zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hat zur Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz geführt (Senatsurteil vom 1. Dezember 2010 - VIII ZR 8/09, NJW-RR 2011, 409). Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat das Berufungsgericht die Beklagte unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung von 13.955,61 € nebst Zinsen verurteilt; die weitergehende Berufung der Klägerin hat es erneut zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat bis auf einen Teil der verlangten Zinsen Erfolg. Insoweit ist über das Rechtsmittel antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

I.

6 Das Berufungsgericht hat - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Aufgrund der Revisionsentscheidung stehe zwar fest, dass die Beklagte während der in Rede stehenden Abrechnungszeiträume Vertragspartnerin der Klägerin gewesen sei. Deswegen schulde sie der Klägerin die innerhalb dieser Zeiträume angefallenen verbrauchsunabhängigen Entgelte für Strom, Fernwärme und Wasser in Höhe von insgesamt 13.955,61 €. Verbrauchsunabhängige Entgelte könne die Klägerin dagegen nicht beanspruchen, weil sie nicht bewiesen habe, dass tatsächlich Strom, Fernwärme und Wasser in den in Rechnung gestellten Mengen verbraucht worden seien. Die betreffenden Verbrauchsmengen habe die Beklagte in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten, weil sie plausibel dargelegt habe, dass und warum sie nach den Umständen die jeweiligen Zählerstände weder selbst abgelesen noch zeitnah zu den jeweiligen Abrechnungszeiträumen kontrolliert habe.

8 Den ihr obliegenden Beweis für die angesetzten Verbrauchsmengen habe die Klägerin nicht geführt, weil der von ihr benannte Zeuge W. lediglich habe bekunden können, dass die in den Rechnungen ausgewiesenen

Verbräuche inhaltlich den in der EDV der Klägerin hinterlegten Daten entsprechen hätten. An der durch die unaufgeklärt fehlerhafte Adressierung bereits erschütterten Verlässlichkeit dieser Daten bestünden auch sonst Zweifel. Denn der Zeuge habe selbst keine Zählerablesungen vorgenommen und deshalb aus eigener Anschauung nichts zum jeweiligen Verbrauch bekunden können. Wer die Zählerstände zu welchen Zeitpunkten abgelesen und in die insoweit auch nicht manipulationssichere EDV eingegeben habe, habe sich ebenfalls nicht mehr aufklären lassen. Ebenso wenig habe aufgeklärt werden können, warum die jeweiligen Abrechnungen nicht zeitnah versandt worden seien, insbesondere ob dies darauf beruht habe, dass die abgelesenen Werte vom System als nicht plausibel angesehen worden seien und deshalb noch einmal eine neue Ablesung veranlasst worden sei. An den in den Abrechnungen ausgewiesenen Zählerständen bestünden schließlich auch deshalb Zweifel, weil die betreffenden Räumlichkeiten nach der Darstellung der Beklagten, die der Zeuge W.

jedenfalls tendenziell bestätigt habe, durchgehend leer gestanden hätten, so dass noch nicht einmal die sachgerechte Schätzung eines etwaigen Verbrauchs gemäß § 287 ZPO möglich gewesen sei.

## II.

9                    Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10                   Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus § 433 Abs. 2 BGB auf Zahlung der von der Klägerin für den Zeitraum vom 17. März 2004 bis zum 14. Dezember 2005 abgerechneten verbrauchsabhängigen Entgelte für die Strom-, Wasser- und Fernwärmeversorgung der in Rede stehenden Verbrauchsstelle in Höhe von 46.017,99 € nicht verneint werden. Denn das Berufungsgericht hat dabei - wie die Revision mit Recht rügt und worauf auch die Klägerin im wiedereröff-

neten Berufungsverfahren hingewiesen hatte - § 30 Nr. 1 der den betreffenden Lieferungen jeweils zugrunde liegenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVBEItV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV; im Folgenden: AVB) außer Acht gelassen. Nach dieser Bestimmung berechtigen Einwände gegen Rechnungen zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen. Solche offensichtlichen Fehler sind hier nicht gegeben.

- 11            1. § 30 Nr. 1 AVB beruht nach den amtlichen Begründungen (z.B. BR-Drucks. 76/79 zu § 30 AVBEItV, abgedruckt bei Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1984, S. 1199, 1216 f.) übereinstimmend auf folgenden Erwägungen:

"Die nach bisherigem Recht [Abschn. VIII Nr. 4 AVB 1942] auch gegenüber unberechtigten Forderungen zunächst einmal bestehende uneingeschränkte Zahlungspflicht des Kunden erwies sich als unbillig. Andererseits muss auch künftig im Interesse einer möglichst kostengünstigen Versorgung sichergestellt werden, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten EVU nicht unvermeidbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen in Fällen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen.

Das Recht auf Zahlungsaufschub und Zahlungsverweigerung wird deshalb auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Umstände ergeben, dass Forderungen des EVU, wie etwa in den Fällen eindeutiger Rechen- und Ablesefehler, offensichtlich unberechtigt sind..."

- 12            Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die einem Kontrahierungszwang unterliegenden Versorgungsunternehmen in der Regel erheblichen Vorleistungspflichten ausgesetzt sind und ihrer gleichwohl bestehenden Aufgabe, für eine kostengünstige und sichere Energie- und Wasserversorgung einzustehen, nur dann hinreichend nachkommen können, wenn ein verhältnismäßig zeitnaher Zahlungseingang für die von ihnen erbrachte Versorgungsleistung gewährleistet ist. Um Liquiditätsengpässe und daraus folgende Versorgungseinschrän-

kungen auszuschließen, wollte der Ordnungsgeber es den Versorgungsunternehmen mit der Bestimmung des § 30 AVB ermöglichen, die Vielzahl ihrer häufig relativ kleinen Forderungen mit einer vorläufig bindenden Wirkung festzusetzen und im Prozess ohne eine abschließende Beweisaufnahme über deren materielle Berechtigung durchzusetzen. Zu diesem Zweck sollte dem Kunden nur der von ihm zu erbringende Nachweis einer offensichtlichen Unrichtigkeit als Verteidigungsmittel gegen das Zahlungsverlangen offen stehen. Nach der gewählten Konzeption sollte der Kunde, der einen offensichtlichen Fehler nicht vortragen und/oder belegen kann, deshalb im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens mit dem Einwand eines fehlerhaft abgerechneten Verbrauchs ausgeschlossen und darauf verwiesen sein, die von ihm vorläufig zu erbringenden Zahlungen in einem anschließend zu führenden Rückforderungsprozess in Höhe des nicht geschuldeten Betrages erstattet zu verlangen (vgl. dazu Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131 Rn. 51; vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, WM 1990, 608 unter B I 2 a; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, WM 1983, 341 unter II 2 a; Steenbuck, MDR 2010, 357 ff.; Hempel in Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand Dezember 1999, § 30 AVBEltV Rn. 3 f., 8; Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, aaO, § 30 AVBV Rn. 15; jeweils mwN).

- 13            2. Die Beklagte hat nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gegen die ihr erteilten Rechnungen der Klägerin keine Einwände erhoben, die geeignet sind, gemäß § 30 Nr. 1 AVB eine Zahlungsverweigerung zu rechtfertigen.
- 14            a) Nach dieser Bestimmung sind im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens Einwände des Kunden gegen die vom Versorgungsunternehmen erteilten Rechnungen nur zugelassen, wenn und soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen. Zu diesen vom Einwendungs-



ausschluss erfassten Fehlern zählen - anders als die vertraglichen Grundlagen für das Bestehen, die Fälligkeit und die Durchsetzbarkeit der beanspruchten Entgeltzahlung (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 51 f.) - insbesondere Mess-, Ablese- oder Rechenfehler, die bei der Verbrauchserfassung oder -berechnung aufgetreten sind (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 50, 54; Hempel, aaO Rn. 25 mwN). Aus derartigen Fehlern leitet die Beklagte ihre hier noch maßgeblichen Einwände her.

15            b) Allerdings ist der Einwand, dass solche Fehler vorliegen, im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens erst dann erheblich, wenn die Richtigkeit dieses Einwandes nach den Umständen offensichtlich ist. Das setzt nach der Rechtsprechung des Senats wie auch der in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum nahezu durchgehend vertretenen Auffassung voraus, dass die Rechnung bereits auf den ersten Blick Fehler erkennen lässt, also bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit möglich ist (Senatsurteil vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, aaO; Steenbuck, aaO S. 358; Hempel, aaO Rn. 27; jeweils mwN). Derart erhebliche Einwendungen hat jedoch weder die Beklagte in den Tatsacheninstanzen vorgetragen noch ergibt sich eine Erheblichkeit sonst aus den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen.

16            aa) Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines am Maßstab des § 30 Nr. 1 AVB berücksichtigungsfähigen Mess-, Ablese- oder Rechenfehlers und dessen Offensichtlichkeit trägt nach allgemeiner Auffassung der Kunde, der diesen Einwand erhebt (OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1518, 1519; KG, VersR 1985, 288, 290; Hempel, aaO Rn. 57 mwN). Dem ist die Beklagte nicht gerecht geworden. Sie hat sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darauf beschränkt, die jeweiligen Verbrauchsmengen und/oder die

Richtigkeit ihrer Erfassung mit Nichtwissen zu bestreiten. Ein solches Bestreiten genügt im Anwendungsbereich des § 30 Nr. 1 AVB den Anforderungen an die Darlegung eines Fehlers und dessen Offensichtlichkeit und damit an eine Berücksichtigungsfähigkeit im Zahlungsprozess des Versorgungsunternehmens nicht (vgl. Hempel, aaO Rn. 31 mwN).

- 17           bb) Der vom Berufungsgericht unter Außerachtlassung des § 30 AVB erhobene Beweis hat ebenfalls nicht die erforderliche Offensichtlichkeit der von der Beklagten gerügten Fehler erbracht. Das Berufungsgericht ist selbst nur zu dem Ergebnis gelangt, dass begründeter Anlass bestehe, an der Verlässlichkeit der in den Rechnungen ausgewiesenen Zählerstände zu zweifeln. Derartige Zweifel genügen aber zum Nachweis einer offensichtlichen Fehlerhaftigkeit der gestellten Rechnungen nicht (OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1209, 1210). Dies erfordert vielmehr, dass die Abrechnungen bereits auf den ersten Blick Fehler erkennen lassen, dass also bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit möglich ist, sondern sich die Fehlerhaftigkeit anhand offen zutage liegender Umstände zweifelsfrei aufdrängt (Hempel, aaO Rn. 27 f. mwN). An einer solchen Offensichtlichkeit fehlt es hier.

### III.

- 18           Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben, soweit hinsichtlich der Hauptforderung zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es zu der Frage, ob sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler der Abrechnungen vorliegen und die Beklagte deshalb zur Zahlungsverweigerung berechtigt ist, keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Beklagte ist unter weitergehender Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidungen zur Zahlung weiterer 46.017,99 € nebst Zinsen in

Höhe von acht Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 17. April 2007 zu verurteilen. Bezüglich der weitergehenden Zinsforderung bewendet es bei der Klageabweisung durch die Vorinstanzen. Denn die Verzinsungspflicht hat gemäß § 27 Abs. 1 AVB erst zwei Wochen nach Klageerhebung gegenüber der Beklagten begonnen, weil erst zu diesem Zeitpunkt klargestellt worden ist, dass die Rechnungen der Klägerin für die Beklagte bestimmt und nur versehentlich auf die V. D. B.V. ausgestellt worden waren.

Ball

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 24.01.2008 - 37 O 64/06 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 07.12.2011 - I-18 U 85/08 -