

I-26 U 3/22

1 O 6/20

Landgericht Wuppertal



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem Rechtsstreit

pp.

hat der 26. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
am 25. Oktober 2022

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht R., den Richter am Oberlandesgericht T und die Richterin am Oberlandesgericht J.

einstimmig beschlossen:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 19.01.2022 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer – Einzelrichter – des Landgerichts Wuppertal (1 O 6/20) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten 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.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 28.539,84 €.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung gezahlter Entgelte für die Versorgung mit Gas für die zentrale Heizungs- und Warmwasseranlage des Objekts ... in H. durch die Beklagte. In dem Objekt, das die Klägerin Ende 2014 übernommen hat, befinden sich vornehmlich Seniorenwohnungen. Die Beklagte, die das Objekt mit Gas für die zentrale Heizungs- und Warmwasseranlage versorgt, rechnete einen Gasverbrauch im Jahr 2015 i.H.v. 395.465 kWh (36.102 m³) (Anl. 3) und für das Jahr 2016 einen solchen von 595.942 kWh (54.536 m³) ab (Anl. 4). Da die Klägerin die Richtigkeit der Verbrauchsmessung bezweifelte, wurde der streitgegenständliche, im Jahr 2003 eingebaute Zähler mit der Nr. ... auf ihren Antrag hin durch die Beklagte am 28.03.2017 ausgebaut und durch einen anderen Zähler ersetzt. Der Zählerstand betrug 402.016 m³; hierauf basierend rechnete die Beklagte für den Zeitraum vom 01.01. bis 28.03.2017 einen Verbrauch von 168.857 kWh (15.482 m³) ab (Anl. 12). Insgesamt belief sich der abgerechnete Verbrauch im Jahr 2017 auf 359.613 kWh (32.884 m³). Der streitgegenständliche Zähler wurde am 15.09.2017 einer Befundprüfung durch die Staatlich anerkannte Prüfstelle für Messgeräte für Gas unterzogen mit dem Ergebnis, dass das Messgerät die Befundprüfung bestanden hat (Anl. 11). Der Verbleib des streitgegenständlichen Zählers ist – wie sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht herausgestellt hat – ungeklärt. Die Klägerin zahlte aufgrund der Rechnungen der Beklagten für das Jahr 2015 26.557,33 €, für das Jahr 2016 33.898,92 € und für das Jahr 2017 17.474,35 €.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin Rückzahlung von insgesamt mindestens 28.539,84 € begehrt. Sie hat geltend gemacht, der streitgegenständliche Zähler mit der Nr. ... habe aufgrund eines gravierenden Defekts den Gasverbrauch in den Jahren 2015 bis 2017 (bis zu seinem Ausbau am 28.03.2017) unzutreffend erfasst. Der angebliche Anstieg des Gasverbrauchs lasse sich weder durch die Wetterverhältnisse noch durch das Nutzerverhalten erklären. Hinsichtlich der Belegung der Seniorenwohnungen und des Betriebs der Altenbegegnungsstätte durch die Verkäuferin hätten sich keine strukturellen Veränderungen gegenüber den Vorjahren ergeben, die einen so deutlichen Anstieg des Gasverbrauchs erklären könnten. Bei einer von ihr veranlassten Überprüfung der Heizungsanlage hätten kein Fehler und keine andere Ursache für den erhöhten Gasverbrauch festgestellt werden können. Auf einem am 14.02.2017 aufgenommenen Video sei erkennbar, dass der Gasverbrauchszähler mit enormer Geschwindigkeit ununterbrochen durchlaufe, wobei die Wetterverhältnisse an diesem Tag als Ursache dafür ausschieden. Die Durchführung der in dem Prüfschein aufgeführten Untersuchungen und die dabei angeblich getroffenen Feststellungen würden mit Nichtwissen

bestritten. Da die hier beauftragte Prüfstelle auch der Hersteller des Zählers gewesen sei, habe man möglicherweise eine Haftungsproblematik besorgt, was Einfluss auf die Einschätzung des Zählers gehabt habe. Nicht zuletzt lasse auch der Umstand, dass der Verbrauch im Jahr 2018 wieder auf einen realistischen Wert von 276.959 kWh abgesunken sei, ohne dass in den Jahren 2017/2018 an der Heizungsanlage den Gasverbrauch reduzierende Veränderungen vorgenommen worden seien oder sich die Bewohnerstruktur verändert habe, nur den Schluss zu, dass der ursprünglich eingebaute Zähler mit der Nr. ... defekt gewesen sei. Da der Beklagten bekannt gewesen sei, dass sie – die Klägerin – die Richtigkeit der Verbrauchsmessungen in Abrede gestellt habe, sei sie verpflichtet gewesen, den Zähler aufzubewahren, um eine spätere Überprüfung zu ermöglichen; insoweit liege eine Beweisvereitelung vor.

Ausgehend von einem Durchschnittsverbrauch in den Jahren 2011 bis 2014 und 2018 i.H.v. 284.000 kWh errechne sich unter Zugrundelegung der Preise der Beklagten ein Gesamterstattungsanspruch von mindestens 28.539,84 € (Klageschrift S. 5/6), wobei die genaue Bestimmung der Anspruchshöhe der Schätzung des Gerichts gem. § 287 ZPO überlassen werde.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Klägerin habe den Anscheinsbeweis dafür, dass der geeichte Zähler der Fa. Heitland, der die Befundprüfung bestanden habe, den tatsächlichen Verbrauch angezeigt habe, nicht erschüttert. Der Gasverbrauch, der zeitlich erst nach der Übernahme des Objekts durch die *Klägerin* ab 2015 angestiegen sei, sei ohnehin nur für das Jahr 2016 auffällig, nicht jedoch für die Jahre 2014 und 2015, in denen er nicht wesentlich von dem Verbrauch in den Jahren 2011 bis 2013 und 2017 abweiche. In dem Betrachtungszeitraum seien ständig Verbrauchsschwankungen zu beobachten. Der höhere Verbrauch in 2015 und 2016 entspreche zudem tendenziell dem gesamten Gasverkauf ihrerseits an Standardlastprofilkunden (SLP-Kunden) in diesem Zeitraum.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die tatsächlichen Feststellungen und Sachanträge im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens zu der Frage, ob der streitgegenständliche Zähler technisch defekt gewesen sei und deshalb fehlerhaft einen überhöhten Verbrauch gemessen bzw. ermittelt habe, und den Sachverständigen angehört. Es hat sodann die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch nicht aus § 18 Abs. 1 GasGVV zu. Das Bestehen der an dem streitgegenständlichen Zähler durchgeführten Befundprüfung durch die Staatlich anerkannte Prüfstelle

für Messgeräte für Gas habe die vom Kunden zu widerlegende Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (der Messung) für sich. Nach dem Ergebnis der auf Antrag der Klägerin durchgeführten Beweisaufnahme sei es der Klägerin nicht gelungen zu widerlegen, dass der streitgegenständliche Zähler jedenfalls zur damaligen Zeit seines Einbaus bis zur erhobenen Befundprüfung (*gemeint wohl: nicht*) defekt gewesen sei. Unschädlich sei, dass der streitgegenständliche Zähler dem Sachverständigen nicht mehr zur Verfügung gestanden habe, da eine messtechnische Prüfung des Zählers aufgrund des Zeitablaufs keinen Sinn mehr gemacht hätte und der Zähler nach Ablauf der Eichfrist im Jahr 2019 ohnehin hätte ausgebaut werden müssen. Ohne dass es darauf ankomme, sei anzumerken, dass insoweit auch keine Beweisvereitelung durch die Beklagte vorliege, da schon unklar sei, ob sie den Zähler überhaupt von der Prüfstelle zurückerhalten und vernichtet habe. Allein der erhöhte Verbrauch sei nicht so außergewöhnlich, dass die Verbrauchssteigerung nicht erklärlich sei, zumal die Klägerin das Objekt erst Ende 2014 übernommen habe. Darüber hinaus sei der Zähler nur wenige Monate nach dem Ausbau von einer staatlich anerkannten Einrichtung untersucht worden und es seien keine Auffälligkeit festgestellt worden. Schließlich müsse sich die Klägerin auch vorwerfen lassen, dass sie nicht schnellstmöglich – jedenfalls innerhalb der vom Sachverständigen genannten Aufbewahrungsfristen – das Ergebnis der Befundprüfung durch einen Sachverständigen habe überprüfen lassen. Aufgrund dessen stünden der Klägerin auch keine sonstigen Ansprüche zu, insbesondere auch nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren – jedoch nicht mehr als Mindestbetrag – weiterverfolgt. Sie macht geltend, das Landgericht habe das Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten ebenso verkannt, wie die Beweislast. Sie habe Umstände vorgetragen, die die durch die bestandene Befundprüfung des Zählers begründete Vermutung der zutreffenden Verbrauchsmessung widerlegten. Das Landgericht habe aufgrund dessen den für die Beklagte streitenden Anscheinsbeweis des Prüfscheins vom 15.09.2017 als erschüttert angesehen und Beweis erhoben. Vor diesem Hintergrund sei es unverständlich und rechtlich untragbar, ein Urteil zu ihren Lasten zu sprechen, das sich auf ein Sachverständigengutachten stütze, welches im Ergebnis und mangels eigener Untersuchungen allein auf diesen Prüfschein abstelle. Da der streitgegenständliche Gaszähler offenbar nicht mehr vorhanden sei, dürfte es der Beklagten auch unmöglich geworden sein, den hier geforderten Beweis für die richtige Verbrauchsmessung zu erbringen.

Selbst wenn man die Beweislast mit dem Landgericht als auf ihrer Seite liegend ansähe, müsse ihr die Klageforderung zugesprochen werden, denn es wäre Sache der Beklagten als Eigentümerin des Zählers gewesen, diesen frühzeitig für ein späteres

Verfahren zu sichern. Für den Fall, dass die Angaben des Gutachters zutreffend seien, wonach nach so langer Zeit eine Begutachtung nicht mehr möglich sei, hätte es der Beklagten obliegen, frühzeitig ein Beweissicherungsverfahren einzuleiten, denn es habe spätestens seit der Rechnung über den Gasverbrauch im Jahr 2016 eine Vielzahl von Gesprächen etc. zwischen den Parteien gegeben, wobei sie – die Klägerin – deutlich gemacht habe, dass sie die Verbrauchsmessung für falsch halte. Auch das OLG Köln habe in dem vom Landgericht zitierten Urteil in der Beseitigung des Zählers eine Beweisvereitelung gesehen, wenn außergewöhnliche, auch nach dem Vortrag des Kunden nicht näher erklärliche Verbrauchsabweichungen bestünden, die eine Untersuchung des Zählers durch einen Sachverständigen veranlasst hätten, wie dies hier der Fall sei. Hätte das Landgericht dies anders gesehen, hätte es den Beweisbeschluss nicht erlassen dürfen. Auch die weiteren Punkte der Urteilsbegründung trügen das Ergebnis nicht. Wie auch der Sachverständige eingeräumt habe, habe der streitgegenständliche Gaszähler bei äußerer Betrachtung Mängel aufgewiesen, denn zum einen seien das äußere Gehäuse und der Impulsgeber gebrochen gewesen, zum anderen habe der Zähler an verschiedenen Stellen Rost aufgewiesen.

Das Landgericht habe zudem ihr Recht auf rechtliches Gehör verletzt, indem es die im Anschluss an die Anhörung in der mündlichen Verhandlung beantragte Schriftsatzfrist abgelehnt habe. Der Sachverständige habe in dieser Anhörung sein schriftliches Gutachten nicht nur erläutert, sondern erstmalig (Rechts-)Tatsachen und weitere Behauptungen in den Raum gestellt, mit denen sie – die Klägerin – sich habe auseinandersetzen können müssen, um ihre Position effektiv vertreten zu können. Bei der Gasverbrauchsmessung handele es sich um einen komplizierten technischen Vorgang, und von ihrer Prozessbevollmächtigten habe mangels einer entsprechenden technischen Expertise nicht erwartet werden können, sich ad-hoc in der mündlichen Verhandlung dazu zu äußern. Der am Ende der Urteilsbegründung angeführte Aspekt, dass sie innerhalb der (Aufbewahrungs-)Frist für den Zähler das Ergebnis der Befundprüfung durch einen Sachverständigen hätte überprüfen lassen müssen, um ihre Rechte zu wahren, bestätige erneut die Verkennung der Beweislast. Von ihr als Immobilieneigentümerin könne nicht erwartet werden, dass ihr bekannt sei, wie lange die Prüfstelle einen Zähler aufzubewahren habe. Außerdem habe sie davon ausgehen dürfen, dass die Beklagte als Eigentümerin des Zählers diesen in ihrem Besitz halte, bis die Angelegenheit endgültig geklärt sei.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung (*nicht*: „Aufhebung“) des Urteils des Landgerichts Wuppertal vom 19.01.2022 die Beklagte zu verurteilen, einen Betrag in Höhe

von 28.539,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 25.06.2019 an sie zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und macht geltend, soweit die Klägerin auf umfänglichen erstinstanzlichen Vortrag dazu verweise, warum der gemessene Gasverbrauch in den Jahren 2015 bis 2017 nicht dem tatsächlichen Verbrauch entsprochen haben könne, seien diese allgemeinen Behauptungen schon nicht geeignet, den über den geeichten und fehlerfrei funktionierenden Zähler gemessenen Verbrauch auch nur ansatzweise in Frage zu stellen. Das Landgericht habe außergewöhnliche Umstände, aufgrund derer die von dem geeichten Messgerät ermittelte Verbrauchsmenge unplausibel wäre, mit der Folge, dass das Unternehmen im Rückforderungsprozess des Kunden die volle Darlegungs- und Beweislast für den von ihm behaupteten Verbrauch habe, zutreffend verneint. Soweit die Klägerin ihr vorhalte, sie habe den streitgegenständlichen Zähler frühzeitig für ein späteres Verfahren nicht sichern lassen oder ein Beweissicherungsverfahren eingeleitet, gehe dies schon deshalb fehl, weil sie den Zähler in dem gesetzlich dafür vorgesehenen Verfahren durch die zuständige Prüfstelle habe prüfen lassen. Dass der Zähler im Zusammenhang mit dieser Überprüfung zwangsläufig verändert werde, liege in der Natur der Sache und könne ihr nicht als Beweisvereitelung vorgehalten werden. Der Umstand, dass der streitgegenständliche Zähler selbst dem Sachverständigen nicht mehr zur Verfügung gestanden habe, habe auch in Anbetracht der gesamten Umstände keine rechtliche Bedeutung gehabt.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat, worauf die Klägerin mit Beschluss vom 29.09.2022 hingewiesen worden ist, nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist. Das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 17.10.2022 rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil die Klägerin keinen Anspruch auf teilweise Rückzahlung der an die Beklagte aufgrund der Rechnungen vom 29.01.2016, 27.01.2017 und 26.01.2018 gezahlten Beträge hat. Es hat zutreffend einen – hier allein in Betracht kommenden – Anspruch der Klägerin aus § 18 Abs. 1 S. 1 GasGVV verneint. Die Beklagte hat gegen die Klägerin aufgrund der abgeschlossenen Gaslieferverträge einen Anspruch auf Vergütung der tatsächlich gelieferten Energie. Sie hat sich zur Erfassung des Verbrauchs des hier streitgegenständlichen Zählers der Fa. Heitland (nicht: ...) mit der Nr. ... bedient. Kommt es aufgrund einer Fehlfunktion der Messeinrichtung dazu, dass eine im Vergleich zur tatsächlich gelieferten Energie zu hohe Liefermenge ausgewiesen wird, hat der Kunde – hier die Klägerin –, der die Energie auf dieser Grundlage vergütet hat, einen in § 18 Abs. 1 S. 1 GasGVV geregelten bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch gegen das Versorgungsunternehmen (vgl. BerlKommEnR/Busche, Bd. 3, 4. Aufl. 2018, § 18 GasGVV Rn.1; Steenbuck, MDR 2010, 357, 358). Auch im Rückforderungsprozess des Kunden liegt die Darlegungs- und Beweislast für die Richtigkeit der Abrechnung, insbesondere für den tatsächlichen Verbrauch der berechneten Gasmenge, beim Versorgungsunternehmen – hier der Beklagten. Dieses muss – wie im Bestreitensfall grundsätzlich jeder Verkäufer, der nach § 433 Abs. 2 BGB den vereinbarten Kaufpreis geltend macht – die tatsächlichen Grundlagen der von ihm beanspruchten Forderung (hier: die Richtigkeit der in den Rechnungen zugrunde gelegten Verbrauchsmengen) beweisen. Denn in den Fällen einer Zahlung aufgrund des Einwendungsausschlusses des § 17 Abs. 1 GasGVV – wie hier – ist von einer Zahlung des Kunden unter Vorbehalt auszugehen (BGH, Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012, 1014 Rn. 19).

1. Bei einem Streit über den Umfang des Gasverbrauchs obliegt dem Versorgungsunternehmen die Beweislast dafür, dass ein technisch einwandfrei funktionierender Zähler installiert war und ordnungsgemäß abgelesen wurde (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 08.09.2014 – 13 U 71/14, juris Rn. 17; KG, Beschl. v. 04.02.2013 – 8 U 215/12, 8 U 123/12, juris Rn. 57: Wasserzähler). Letzteres ist hier unstrittig. Für die Frage der einwandfreien technischen Funktion des Zählers kommt der Beklagten eine Beweiserleichterung zugute. War nämlich – wie hier – der Gaszähler noch geeicht und ergab eine äußere und innere Befundprüfung durch die Eichbehörde oder eine staatlich anerkannte Prüfstelle keine Hinweise für eine Fehlfunktion, so spricht, wovon auch das Landgericht zutreffend ausgegangen ist, der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass dieser Gaszähler den Gasverbrauch richtig angezeigt hat (OLG Celle, Urt. v. 12.05.2010 – 8 U 206/09, juris Rn. 33; s.a. jew. für Wasserzähler: KG, a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.10.2004 – I-7 U 55/04, juris Rn. 16; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 02.10.2015 – OVG 9 N 172.13, juris Rn. 8; Sächsisches OVG, Beschl. v.

09.03.2015 – 5 A 762/12 –, juris Rn. 8; OVG NRW, Beschl. v. 24.10.2013 – 9 A 2553/11, juris Rn. 31 ff.; OVG Saarlouis, Urt. v. 20.01.1994 - 1 R 4/92, NJW 1994, 2243, 2244; Steenbuck, MDR 2010, 357, 361 f.; Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Auflage 2019, Kap. 17, Rn. 289).

1.1. Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Eichfrist des streitgegenständlichen Zählers des Herstellers Heitland mit der Nr. ... war nicht abgelaufen und der Zähler hat ausweislich des Prüfscheins für eine Befundprüfung vom 15.09.2017 (Anl. 11) die durch die Staatlich anerkannte Prüfstelle für Messgeräte für Gas ... entsprechend den Vorschriften der PTB-Prüfregel „Gaszähler – Prüfung von Volumengaszählern mit Luft bei Atmosphärendruck“, Bd. 29, Stand 2003, durchgeführte Befundprüfung bestanden. Diese umfasste eine messtechnische Prüfung sowie eine äußere und innere Beschaffenheitsprüfung. Bei der messtechnischen Prüfung lagen die Messabweichungen ausweislich des Prüfberichts innerhalb der Verkehrsfehlergrenzen. Die äußere Beschaffenheitsprüfung gab keinen Anlass zu Beanstandungen. Auch die innere Beschaffenheitsprüfung des Zählwerks ergab, dass dieses in Ordnung war; insbesondere konnte ein Rollensprung im Zählwerk ausgeschlossen werden. Zu Unrecht beruft sich die Klägerin im Schriftsatz vom 17.10.2022 darauf, der Beweiswert der Prüfung könne nur eingeschränkt sein, weil das Zählergehäuse nicht geöffnet und die innere Befundprüfung durch die Prüfstelle daher nicht vollständig durchgeführt worden sei. Nach den maßgeblichen Prüfregeln der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB-Prüfregeln, Bd. 29) wird bei der nach der messtechnischen Prüfung erfolgenden inneren Beschaffenheitsprüfung (nur) das Zählwerk geöffnet und dessen Zustand überprüft (Ziff. 6.4.2.), wie das hier auch erfolgt ist. Dabei soll eine Zerstörung des Messgeräts vermieden werden. Eine Öffnung des Zählers selbst ist nicht vorgesehen. Der Hinweis in dem Prüfschein auf die Möglichkeit, eine Untersuchung des Zählers durch einen Sachverständigen durchführen zu lassen, bedeutet danach nicht, dass die Befundprüfung nicht vollständig durchgeführt worden wäre.

Für eine Öffnung des Zählers besteht nach der bestandenen messtechnischen Prüfung auch kein Bedürfnis, weil mit der Einhaltung der Verkehrsfehlergrenzen davon ausgegangen werden kann, dass der Zähler ordnungsgemäß funktioniert. Nichts anderes hat der Sachverständige F. bei seiner Anhörung bekundet; auch wenn er dort zur Bekräftigung seiner Aussage starke Worte („... so eindeutig besteht ...“, „... mit links bestanden ...“) benutzt haben mag, besteht kein Anlass, an dieser Beurteilung zu zweifeln, weil sie ohne Weiteres einleuchtet. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass es technisch nicht möglich ist, dass ein Gaszähler aus eigenem Antrieb, ohne einen entsprechenden Durchstrom von Gas, das Zählwerk in Bewegung setzt. Dies ergibt sich aus der in dem Sachverständigengutachten vom 06.07.2021

dargestellten Funktionsweise des – hier verwendeten – Balgengaszählers, weil das Zählwerk über eine entsprechende Mechanik durch den Gasdruck in Bewegung gesetzt wird. Fehlfunktionen des Zählers hätten sich daher bei der messtechnischen Prüfung zeigen müssen.

1.2. Das Ergebnis der Prüfung konnte das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde legen. Der Prüfschein über die Befundprüfung einer staatlich anerkannten Prüfstelle für Messgeräte ist eine Amtsauskunft i.S. d. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und stellt ein zulässiges Beweismittel dar, welches je nach seinem Inhalt die Zeugenvernehmung des Amtsträgers oder ein Sachverständigengutachten ersetzt (OLG Saarbrücken, Urt. v. 28.10.2003 – 4 U 686/02 - 91, juris Rn. 50). Dem steht, anders als die Klägerin meint, nicht entgegen, dass die Aufgabe der Prüfstelle hier durch eine juristische Person des Privatrechts, die H. GmbH, wahrgenommen wurde. Staatlich anerkannte Prüfstellen haben als beliehene Unternehmen den Status einer Behörde (§ 1 Abs. 4 VwVfG) (Hollinger/Schade/Schade, MessEG, 1. Aufl. 2015, § 40 Rn. 10; Hollinger/Schade/Hollinger, a.a.O., § 57 Rn. 1 f.). Der Hersteller des Zählers ist auch nicht mit dem Prüfstellenbetreiber identisch, weshalb die Mutmaßungen der Klägerin, eine etwaige Interessenkollision könne Einfluss auf das Prüfergebnis gehabt haben, ins Leere gehen.

Der aufgrund der Prüfung des geeichten Zählers bestehende Anscheinsbeweis ist auch nicht dadurch entkräftet, dass bei der Prüfung ein Abbruch des Gehäuses des Impulsgebers festgestellt wurde. Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme hat der Tastkopf, der allein für die elektrische Zählerauslösung verwendet wird, keine Rückwirkung auf das rein mechanisch funktionierende Zählwerk sowie auf den Zähler selbst (GutA S. 10 f.; Prot. v. 15.12.2021, Bl. 143 GA). Auch die vorgefundenen Roststellen haben, wie das Landgericht aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme zutreffend angenommen hat, keine Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Zählers.

2. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis auch nicht erschüttert hat.

2.1. Die Partei, zu deren Lasten der Anscheinsbeweis eingreift, kann die durch das Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs begründete Überzeugung des Gerichts erschüttern, indem sie Umstände darlegt und gegebenenfalls beweist, die geeignet sind, den Anscheinsbeweis zu Fall zu bringen (Baumgärtel/Laumen/Prütting, a.a.O., Rn. 36; Doukoff, SVR 2015, 245, 251 f.). Hierzu genügt es, wenn sie die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Ablaufs beweist. Dies setzt allerdings den Vollbeweis der für den atypischen Ablauf sprechenden Tatsachen voraus (BGH, Beschl. v. 06.02.2020 – IX ZR 5/19, BeckRS 2020, 3070 Rn. 6). Der Anscheinsbeweis für die

Richtigkeit der Anzeige kann durch den Nachweis von Tatsachen erschüttert werden, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass der Gaszähler doch falsch angezeigt hat. Hierfür reicht es grundsätzlich aber nicht aus, dass sich aus der angezeigten Durchflussmenge eine ungewöhnlich hohe Verbrauchsmenge ergibt oder die rein theoretische Möglichkeit einer Fehlerquelle besteht (KG, a.a.O.; Sächsisches OVG, a.a.O.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 23.04.2014 – OVG 9 N 45.13, juris Rn. 8; VGH BW, Urt. v. 05.07.2012 – 2 S 2599/11, juris Rn. 25; VG München, Urt. v. 10.12.2020 – M 10 K 18.3292, juris Rn. 33; VG Potsdam, Urt. v. 28.06.2017 - VG 8 K 1934/13, BeckRS 2017, 119948 Rn. 23; VG Halle, Urt. v. 20.04.2017 - 4 A 84/15, BeckRS 2017, 140791 Rn. 17; Schütte/Horstkotte, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2.1, 145. Lfg. April 2021, § 30 AVBWasserV Rn. 57 f., jew. zu Wasserzählern). An die Erschütterung des Anscheinsbeweises sind hohe Anforderungen zu stellen. Denn die strengen Eichvorschriften für Gaszähler verfolgen im Interesse der Verbraucher einzig den Zweck einer richtigen Messung. Erforderlich ist daher der Nachweis von Umständen, die die Annahme rechtfertigen, dass gleichwohl ein derart hoher Gasverbrauch nicht aufgetreten sein kann (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 24.10.2013, a.a.O. Rn. 31). So steht die im Prüfschein einer staatlich anerkannten Prüfstelle bestätigte beanstandungsfreie Befundprüfung eines Zählers der Annahme nicht entgegen, dass die ernsthafte Möglichkeit eines (offensichtlichen) Fehlers des Messgeräts besteht, wenn bei einer Würdigung der gesamten festgestellten Umstände eine enorme, auch durch das Verbrauchsverhalten des Kunden und sonstige Faktoren nicht plausibel erklärbare Abweichung der Verbrauchswerte von denen der vorangegangenen oder nachfolgenden Abrechnungsperioden vorliegt (vgl. BGH, Urt. v. 07.02.2018, a.a.O., S. 1013 Rn. 16; OLG Oldenburg, Urt. v. 19.05.2017 – 6 U 199/16, BeckRS 2017, 140928 Rn. 9 ff.; OLG Celle, Urt. v. 12.11.2015 – 13 U 9/15, juris Rn. 17; OLG Köln, Beschl. v. 28.10.2011 – 11 U 174/11, juris Rn. 2, jeweils Stromzähler). Ist dies nicht der Fall, geht die Ungewissheit, wie ein derart hoher Verbrauch zustande gekommen ist, im Hinblick auf den Anscheinsbeweis durch den geeichten und überprüften Gaszähler zu Lasten des Kunden.

2.2. Danach genügt der Vortrag der Klägerin, worauf die Beklagte zu Recht hingewiesen hat, schon nicht, um den durch die Befundprüfung des geeichten Zählers gesetzten Anscheinsbeweis zu erschüttern. Die hohen Verbrauchswerte für die Jahre 2015 bis 2017 vermögen die Vermutung der Zuverlässigkeit des bis zum 28.03.2017 eingebauten Zählers nicht zu erschüttern, zumal die Klägerin keine konkreten Angaben zu dem Verbrauchsverhalten der Bewohner der Seniorenwohnungen und der Nutzer der Altenbegegnungsstätte gemacht hat. Der Verbrauch in den Jahren 2015 und 2016 lag jeweils nur etwa 50 % über dem Vorjahresverbrauch; dies stellt schon keine enorme

Abweichung dar, die nach der Rechtsprechung erst bei einem Vielfachen des Vorjahresverbrauchs angenommen werden könnte. Selbst der Hinweis der Klägerin darauf, dass der gemessene Verbrauch des Jahres 2016 mehr als doppelt so hoch wie der Verbrauch des Jahres 2014 war, ist – wie die Regelung in § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 Gas-GVV zeigt – allein nicht geeignet, die Feststellung der ordnungsgemäßen Funktion des Gaszählers bei der Befundprüfung in Zweifel zu ziehen. Außergewöhnliche Umstände, die den angezeigten Verbrauch gleichwohl als unplausibel erscheinen lassen, hat die Klägerin – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – nicht aufgezeigt. Der lediglich pauschale Vortrag, der angebliche Anstieg des Gasverbrauchs lasse sich weder durch die Wetterverhältnisse noch durch das Nutzerverhalten erklären, ist hierfür ungeeignet. Hieran hält der Senat ungeachtet der Ausführungen im Schriftsatz vom 17.10.2022 fest. Die Beklagte hat zu Recht darauf hingewiesen, dass bereits in den Vorjahren die Höhe des Verbrauchs schwankend war. Dem Vortrag der Beklagten, dass das Jahr 2016 auch im Bereich der wärmeabhängigen SLP-Kunden mit Abstand das Jahr mit dem höchsten Gasverbrauch gewesen sei, ist die Klägerin nicht konkret entgegengetreten. In den ersten drei Monaten des Jahres 2017 betrug der mit dem streitgegenständlichen Zähler gemessene Verbrauch rund 47 % des gesamten Jahresverbrauchs im Objekt der Klägerin, während der Anteil am Gesamtverbrauch bei den SLP-Kunden im gleichen Zeitraum bei 42,35 % lag (Anl. B 2). Auch insoweit genügt bloßes Bestreiten – auch ein solches mit Nichtwissen – nicht, da die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände trägt, die den Anscheinsbeweis erschüttern sollen. Dazu ist auch der Hinweis auf ein am 14.02.2017 aufgenommenes Video von einem schnell drehenden Zählwerk nicht geeignet, denn dieses vermag nicht zu belegen, dass die entsprechende Gasmenge nicht durch den Zähler geflossen ist. Bereits die Beklagte hat zutreffend darauf hingewiesen, dass dieses Video nicht aussagekräftig ist. Darüber hinaus hat der Sachverständige Fuchs bekundet, dass die schnelle Bewegung des Zählwerks mit der möglichen Durchflussmenge an Gas durchaus vereinbar ist. Der nunmehr aufgestellten Behauptung, die Heizungsanlage könne die durch die Geschwindigkeit des Zählens indizierte Gasmenge gar nicht verarbeiten, ist schon nicht hinreichend substantiiert, so dass ihr nicht nachzugehen ist. Abgesehen davon wäre neuer Sachvortrag, ohne dass die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO vorliegen, nicht zu berücksichtigen.

2.3. Die Rüge der Klägerin, das Landgericht habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie ihr nach der Beweisaufnahme die beantragte Schriftsatzfrist nicht gewährt habe, geht schon deshalb ins Leere, weil die Klägerin keinen entscheidungserheblichen Vortrag aufzeigt, der bei Bewilligung der Schriftsatzfrist möglicherweise zu einer anderen Entscheidung des Landgerichts geführt hätte.

3. Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, ihre Klage müsse jedenfalls deshalb Erfolg haben, weil die Beklagte eine erneute Prüfung des Zählers durch einen Sachverständigen vereitelt habe. Dass der Zähler dem Sachverständigen nicht mehr zur Verfügung stand, ist – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – unschädlich. Denn bereits bei Einleitung des Mahnverfahrens Ende 2019 war mit Blick auf die verstrichene Zeit und den Ablauf der Eichfrist eine sinnvolle Prüfung des Zählers nach den Bekundungen des Sachverständigen Fuchs nicht mehr möglich. Eine Beweisvereitelung ist der Beklagten nicht vorzuwerfen. Die Klägerin verkennt auch bei ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 17.10.2022, dass das Landgericht schon nicht festgestellt hat, dass die Beklagte den streitgegenständlichen Zähler entsorgt hat. Dessen Verbleib bei der Prüfstation ließ sich vielmehr nicht mehr klären. Darüber hinaus wird eine Aufbewahrungspflicht des Versorgungsunternehmens nur zum Zwecke der Befundprüfung angenommen, wenn eine solche beantragt ist oder mit einem entsprechenden Antrag wegen Anhaltspunkten für eine Fehlerhaftigkeit des Zählers noch zu rechnen ist, und nur so lange, wie eine solche Prüfung noch sinnvoll möglich ist (vgl. VG Karlsruhe, Urt. v. 09.03.2021 – 12 K 1267/20, BeckRS 2021, 12180 Rn. 28). Nach Durchführung der Befundprüfung musste die Beklagte nicht für eine weitere Beweissicherung sorgen, dies hätte vielmehr der Klägerin, die das Ergebnis der Befundprüfung anzweifelte, im eigenen Interesse alsbald nach Durchführung der Befundprüfung obliegen, ohne dass es auf die Frage ankommt, ob ihr etwaige Aufbewahrungsfristen der Prüfstation bekannt sein mussten.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

Die Beschwer der Klägerin liegt über 20.000 €.

R.

T.

J.