



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

VIII ZR 260/12

vom

23. April 2013

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision durch einstimmigen Beschluss gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

- 1           1. Ein Grund für die Zulassung der Revision besteht nicht.
- 2           Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob dem Verbraucher ein gesetzliches Widerrufsrecht bei einem als Fernabsatzvertrag geschlossenen Energielieferungsvertrag zusteht. Diese Frage ist nicht entscheidungserheblich (dazu unter 2).
- 3           Auch die Frage nach den Voraussetzungen und der Höhe des Wertersatzes für nach einem Widerruf gelieferten Strom verleiht dem Rechtsstreit keine grundsätzliche Bedeutung. Die Grundsätze der Berechnung des Wertersatzes für rechtsgrundlos verbrauchten Strom (§ 818 Abs. 2 BGB) sind durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt (Urteil vom 14. Januar 1992 - VI ZR 186/91, BGHZ 117, 29).
- 4           2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.
- 5           Auf die Frage, ob dem Kläger ein gesetzliches Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB zusteht und ob der Kläger dieses Widerrufsrecht wirksam ausgeübt hat, kommt es nicht an.

- 6 a) Wenn der Kläger seine auf Abschluss des Stromlieferungsvertrages mit der Beklagten gerichtete Willenserklärung nicht wirksam widerrufen hat, steht der Beklagten ein Kaufpreisanspruch aus § 433 Abs. 2 BGB auf Bezahlung der Stromlieferungen zu. Der Kläger hat dann keinen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen. Denn es ist unstreitig, dass die Höhe des geschuldeten Stromentgelts die Abschlagszahlungen übersteigt.
- 7 b) War der Widerruf dagegen wirksam, dann hat der Kläger ebenfalls keinen Anspruch auf Rückzahlung der Abschlagszahlungen. In diesem Fall richtet sich die Rückabwicklung der beiderseitigen Leistungen nicht nach §§ 357, 346 BGB, sondern nach §§ 812 ff. BGB, weil die Leistungen erst nach dem Widerruf erbracht wurden. Dem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch des Klägers auf Rückzahlung der Abschlagszahlungen steht der bereicherungsrechtliche Wertersatzanspruch der Beklagten wegen des vom Kläger verbrauchten Stroms entgegen (§§ 812, 818 Abs. 2 BGB). Die Verrechnung nach der Saldotheorie führt nicht zu einem Überschuss zugunsten des Klägers.
- 8 aa) Entgegen der Auffassung der Revision ist die Beklagte hinsichtlich des bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruchs aktivlegitimiert. Die Revision meint, mit dem Widerruf des Stromlieferungsvertrages mit der Beklagten sei ein Grundversorgungsvertrag über die Lieferung von Strom mit E. zustande gekommen, so dass der Stromverbrauch des Klägers diesem Grundversorgungsverhältnis zuzuordnen sei und nur E. insoweit Zahlungsansprüche gegen den Kläger zustehen könnten.
- 9 Dies trifft nicht zu. Die Rechtsprechung des Senats zum konkludenten Zustandekommen eines Stromlieferungsvertrages mit dem örtlichen Grundversorger durch Entnahme von Strom, auf die sich die Revision bezieht, ist hier nicht einschlägig. Denn nach den für den Senat bindenden tatbestandlichen

Feststellungen des Berufungsgerichts hat nach dem Widerruf vom 11. Februar 2011 die Beklagte - also nicht der Grundversorger E. - den Kläger vom 1. März 2011 bis zum 29. Februar 2012 mit Strom beliefert. Die rechtsgrundlosen Stromlieferungen der Beklagten sind daher ebenso nach §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln wie die vom Kläger an die Beklagte geleisteten Abschlagszahlungen.

10           bb) Die Höhe des Wertersatzanspruchs der Beklagten aus § 818 Abs. 2 BGB richtet sich nach dem Verkehrswert der vom Kläger rechtsgrundlos verbrauchten Strommenge. Abzustellen ist auf die übliche oder - in Ermangelung einer solchen - die angemessene Vergütung. Der geschuldete Wertersatz ist nach dem Tarif zu berechnen, der im Einzelfall zu einer der Leistung angemessenen Vergütung führt (BGH, Urteil vom 14. Januar 1992 - VI ZR 186/91, aaO S. 31 ff.).

11           Da die Beklagte unstreitig der billigste Anbieter war, der dem Kläger als Verbraucher zugänglich war, entspricht der Wertersatzanspruch der Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, jedenfalls im vorliegenden Fall dem mit dem Kläger vereinbarten Entgelt, so dass auch in diesem Fall der Anspruch der Beklagten den des Klägers auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlungen übersteigt. Dagegen bringt die Revision nichts vor.

12                    3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab  
Zustellung dieses Beschlusses.

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

**Hinweis:**

**Das Verfahren ist aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über  
das Vermögen der Beklagten am 1. Juli 2013 gemäß § 240 ZPO unterbro-**  
**chen.**

Vorinstanzen:

LG Bayreuth, Entscheidung vom 17.01.2012 - 32 O 616/11 -

OLG Bamberg, Entscheidung vom 01.08.2012 - 8 U 19/12 -