# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 138/05

Verkündet am:
15. Februar 2006
P o t s c h
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVBFernwärmeV §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 Satz 2, 30 Nr. 1

a) Fernwärmeversorgungsunternehmen im Sinne von § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV sind auch Unternehmen, die Fernwärme nicht selbst herstellen, aber andere mit Fernwärme versorgen, die sie von Dritten beziehen.

b) § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV findet keine Anwendung auf den Einwand des Abnehmers, die von dem Versorgungsunternehmen geforderte Fernwärmevergütung entspreche nicht den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden, wegen Fehlens einer ausdrücklichen Preisvereinbarung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV maßgeblichen Preisen.

BGH, Urteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05 - OLG Brandenburg
LG Frankfurt (Oder)

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2006 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Ball, Wiechers, Dr. Frellesen sowie die Richterin Hermanns

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 12. Mai 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin verlangt von den beklagten Mitgliedern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR) als Gesamtschuldnern Zahlung für die Lieferung von Fernwärme in der Zeit von Januar 1997 bis März 1998. Sie hatte 1992 einen Fernwärmelieferungsvertrag mit der G. GmbH i. L. (im Folgenden: G. -GmbH) geschlossen, der die Wärmeversorgung eines Gewerbehofes zum Gegenstand hatte, auf dem verschiedene Betriebe angesiedelt waren und der aus einem Bürogebäude, einem Kompaktbau mit sieben Hallenschiffen, einem Verwaltungsgebäude sowie einem Einkaufsmarkt besteht. 1996 erwarb die GbR von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (im Folgenden: BvS) den genannten Grundbesitz. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die GbR auch Eigentümerin des Einkaufs-

marktes geworden ist; jedenfalls befindet sich auf dem erworbenen Grundstück die Übergabestation, die zugleich der Fernwärmeversorgung des Einkaufsmarktes dient.

2 Nachdem der GbR im November 1996 der Besitz an dem Grundstück übertragen worden war, kam es zwischen den Parteien zu einem Streit darüber, ob die GbR in den Fernwärmelieferungsvertrag zwischen der Klägerin und der G. -GmbH eingetreten war und welcher Anschlusswert bei der Berechnung des verbrauchsunabhängigen Leistungs- oder Grundpreises für die Fernwärmelieferung zugrunde zu legen war. Der Vertrag mit der G. -GmbH sah einen Anschlusswert von 1500 kW vor, den die Beklagten für zu hoch hielten. Sie legten ein Gutachten der B. vom 18. Dezember 1996 vor, nach dem die zu diesem Zeitpunkt installierte Wärmeleistung nur noch 843,8 kW betrug und außerdem die Leitung zu den Hallenschiffen 5 bis 7 momentan stillgelegt war, so dass weitere Leistungen von 161,5 kW entfallen waren.

3 Mit Schreiben vom 6. Februar 1997 räumte die Klägerin gegenüber der GbR ein, dass nach dem Gutachten und einer von ihr anhand des tatsächlichen Verbrauchs für 1996 vorgenommenen Plausibilitätsprüfung der Anschlusswert von 1500 kW nicht mehr der Realität entspreche; der Anschlusswert sei jedoch zur Zeit des Vertragsabschlusses mit der G. -GmbH erforderlich gewesen und dafür seien auch die notwendigen Investitionen durchgeführt worden. Die Klägerin behielt sich eine Prüfung vor, ob die BvS der GbR den Eintritt in diesen Fernwärmelieferungsvertrag auferlegt hatte, und kündigte an, nach abschließender Klärung mit der BvS sei sie bereit, mit der GbR einen neuen Fernwärmelieferungsvertrag auf der Basis realer Anschlusswerte abzuschließen. Im September 1997 informierte die GbR die Klägerin darüber, dass sich ihr Wärmebedarf ab dem Jahr 1998 weiter reduziere von derzeit 493 kW - die Beklag-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

ten haben behauptet, im Jahr 1997 seien mehrere Mieter ausgezogen bzw. Teile der Heizungsanlage demontiert worden - auf 462 kW, weil der Einkaufsmarkt zum 31. Dezember 1997 geräumt werde.

4 Mit Schreiben vom 12. März 1998 teilte die Klägerin der GbR mit, sie habe den Anschlusswert von 600 kW als Grundlage für die Berechung des Leistungs- bzw. Grundpreises genommen. Am 6. November 1998 übersandte sie eine Jahresendabrechnung für 1997 über 110.962,35 DM, in der sie von einem Anschlusswert von 600 kW, einem Grundpreis von 84,22 DM/kW, einem Verbrauch von 630,30 MWh und einem Arbeitspreis von 70 DM/MWh ausging. Die GbR verlangte mit einer Gegenrechnung vom 25. November 1998 eine Korrektur des Anschlusswertes auf 420,2 kW und eine Herabsetzung des Grundpreises auf 80 DM/kW; die Gegenrechnung endete mit einem Gesamtbetrag von 91.508,95 DM, von dem die Beklagten über eine bereits zuvor erfolgte Teilleistung von 26.220 DM hinaus 63.650,85 DM zahlten. Am 9. Dezember 1999 rechnete die Klägerin für das Jahr 1997 erneut ab und forderte nunmehr, ausgehend von einem Anschlusswert von 843,80 kW bei im Übrigen gegenüber der Rechnung vom 6. November 1998 unveränderten Berechnungsgrößen, unter Berücksichtigung der beiden Teilzahlungen der GbR einen Restbetrag von 44.704,27 DM. Gleichzeitig stellte sie der GbR für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1998 auf der Grundlage derselben Berechnungsmethode und unter Berücksichtigung bereits geleisteter Zahlungen von 33.150 DM noch 10.976,88 DM in Rechnung. Seit dem 1. April 1998 bezieht die GbR keine Fernwärme von der Klägerin mehr.

5 Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin die Restbeträge aus den beiden Rechnungen vom 9. Dezember 1999 in Höhe von 44.704,27 DM und 10.976,88 DM, zusammen 55.681,15 DM, ferner Verzugszinsen von 1.326,05 DM und die Erstattung eines für die außergerichtliche Auseinander-

setzung mit den Beklagten gezahlten Anwaltshonorars von 1.002,45 DM, insgesamt 58.009,65 DM (= 29.659,86 €) nebst Rechtshängigkeitszinsen geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 29.520,40 € nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehren.

Entscheidungsgründe:

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

7 Die Klägerin habe Anspruch auf Zahlung des nach den Jahresabrechnungen für 1997 und 1998 vom 9. Dezember 1999 noch ausstehenden Restbetrages von 28.469,32 € (55.681,15 DM) aus einem zwischen den Parteien zustande gekommenen Fernwärmelieferungsvertrag (§ 433 Abs. 2 BGB). Sie habe zwar nicht schlüssig dargelegt, dass die Beklagten den mit der G. -GmbH geschlossenen Vertrag übernommen hätten. Es sei jedoch von einem konkludenten Vertragsschluss durch Inanspruchnahme der Fernwärme seitens der Beklagten auszugehen. Die Beklagten hätten außergerichtlich eingeräumt, in dem Zeitraum zwischen Januar 1997 und März 1998 Fernwärme abgenommen zu haben. Da die Fernwärme an einer Übergabestation auf dem Grundstück der Beklagten zur Verfügung gestellt und von dort an das Sekundärnetz übergeben werde, an das die einzelnen Mieter bzw. der Einkaufsmarkt angeschlossen sei-

en, seien die Beklagten als Grundstückseigentümer und Vermieter Vertragspartner der Klägerin. Dem stehe nicht entgegen, dass die Klägerin den von ihr verkauften Strom (richtig: die von ihr verkaufte Fernwärme) nicht selbst erzeuge, sondern von der I. mbH beziehe, weil es der Klägerin freistehe, die von ihr geschuldete Leistung durch einen Dritten zu erbringen. Im Übrigen hätten die Beklagten durch ihre Gegenrechnung vom 25. November 1998 und die anschließende vorbehaltlose Zahlung eines Teilbetrags von 63.650,85 DM ein bestätigendes Schuldanerkenntnis abgegeben, mit dem sie die Klägerin als ihre Vertragspartnerin akzeptiert sowie einen Grundpreis von 80 DM/kW, den Arbeitspreis von 70 DM/MWh und den von der Klägerin für den Zeitraum 1997 ermittelten Verbrauch unstreitig gestellt hätten. Dieses Angebot habe die Klägerin stillschweigend angenommen.

8 Das Vertragsverhältnis der Parteien unterliege der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV). Die Klägerin sei Fernwärmeversorgungsunternehmen im Sinne von § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV, weil sie andere - außer den Beklagten zumindest einen weiteren Endabnehmer - mit Fernwärme versorge, auch wenn sie diese nicht selbst produziere. Unstreitig verwende die Klägerin auch gegenüber ihren Kunden standardisierte Verträge mit entsprechenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen. Gemäß § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV seien die Beklagten mit ihren Einwendungen hinsichtlich der Höhe des Anschlusswertes und des Grundpreises und des Anschlusses des Einkaufsmarktes auf dem Nachbargrundstück in diesem Rechtsstreit ausgeschlossen und gehalten, sie in einem Rückforderungsprozess geltend zu machen. Nach dieser Vorschrift berechtigten Einwände gegen die Rechnung zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergebe, dass offensichtliche Fehler vorlägen. Solche seien nur gegeben, wenn die Rechnung auf den ersten Blick Fehler erkennen lasse. Das sei hier nicht der Fall.

9 Der Anschlusswert von 843,8 kW sei nicht offensichtlich fehlerhaft, weil er für Januar 1997 in dem Gutachten der B.

ausgewiesen sei und über den Auszug einzelner Mieter und den Abbau einzelner Heizkörper im Laufe der Abrechnungsperiode in erster Instanz ausführlich Beweis erhoben worden sei. Die Parteien hätten sich auch nicht auf einen bestimmten Anschlusswert geeinigt. Die Beklagten hätten einen Anschlusswert von 600 kW nicht anerkannt, weil sie die Rechnung vom 6. November 1998, die auf diesem Wert basiere, nicht bezahlt hätten.

10 Auch hinsichtlich des von der Klägerin angesetzten Grundpreises von 84,22 DM/kW liege eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit nicht vor. Die Höhe des der Klägerin für die Lieferung von Fernwärme zustehenden Entgelts richte sich, weil eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien fehle, entweder nach dem im Geschäftsbetrieb des Verkäufers üblichen Preis oder sei vom Verkäufer gemäß §§ 315, 316 BGB zu bestimmen bzw. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln. Letztere ergebe, dass entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV der für gleichartige Versorgungsverhältnisse maßgebliche Preis als vereinbart gelte. Zu demselben Ergebnis führe die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung des im Geschäftsbereich des Verkäufers üblichen Preises bzw. eines Bestimmungsrechtes der Klägerin als Verkäuferin gemäß § 315 BGB. In diesem Fall sei der von der Klägerin für gleichartige Versorgungsverhältnisse vereinbarte Preis jedenfalls nicht als grob unbillig anzusehen. Die Klägerin habe vorgetragen, dass zu einem Grundpreis von 84,22 DM/kW auch vergleichbare Abnehmer im hier maßgeblichen Abrechnungszeitraum mit Fernwärme versorgt worden seien, und einen Beschluss der Stadtverordnetenversammlung vom 1. Oktober 1997 über eine Erhöhung des Grundpreises von 80 DM auf 84,22 DM pro Kilowatt vorgelegt. Die Beklagten hätten zwar bestritten, dass es sich bei diesem Grundpreis um ein ortsübliches und angemessenes Entgelt handele. Es sei jedoch nicht auf den ersten Blick

erkennbar, dass der von der Klägerin berechnete Preis unangemessen sei und nicht den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen entspreche.

11 Schließlich könne dahinstehen, ob der auf dem Nachbargrundstück befindliche Einkaufsmarkt bei der Festsetzung des Anschlusswertes zu berücksichtigen sei, weil die Rechnung auch insoweit jedenfalls nicht offensichtlich fehlerhaft sei. Zudem spreche einiges für die Berücksichtigung des Einkaufsmarktes, da sich die Verteilerstation, über die auch der Einkaufsmarkt versorgt werde, auf dem Grundstück der Beklagten befinde und die Beklagten dies bis zur Schließung des Einkaufsmarktes Ende 1997 auch zu keinem Zeitpunkt beanstandet hätten.

12 Die Klägerin habe ferner Anspruch auf Verzugszinsen in Höhe von 538,54 € (1.053,29 DM) sowie auf Erstattung der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten in anteiliger Höhe von 512,54 € (1.002,45 DM) aus §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB a.F.

II.

13 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

14 1. Entgegen der Auffassung der Revision ist das Berufungsgericht allerdings zutreffend von dem konkludenten Abschluss eines Vertrages zwischen der Klägerin und der GbR über die Lieferung von Fernwärme jedenfalls ab dem Beginn des Jahres 1997 ausgegangen. Dass die Beklagten für die daraus resultierenden Verbindlichkeiten der GbR persönlich mit ihrem Privatvermögen - untereinander als Gesamtschuldner - einzustehen haben (BGHZ 142, 315, 318; 146, 341, 358), stellt auch die Revision nicht in Frage.

15 a) Die Rechtsprechung hat von jeher an einen Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten im Bereich der Energielieferung keine hohen Anforderungen gestellt. Grundsätzlich ist in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens ein Vertragsangebot in Form einer sogenannten Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages zu sehen, das von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt. Durch diesen Rechtsgrundsatz, der in § 2 Abs. 2 AVBEltV/AVBGasV/AVBWasserV/AVBFernwärmeV lediglich wiederholt ist, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden; dabei soll ein vertragsloser Zustand bei Energielieferungen vermieden werden (Senatsurteil vom 17. März 2004 - VIII ZR 95/03, NJW-RR 2004, 928, unter II 2 a, m.w.Nachw.).

16 Für die Fernwärmeversorgung gelten insoweit entgegen der Ansicht der Revision keine Besonderheiten. Zwar fehlt es, anders als bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas, an einer verbindlichen Bundestarifordnung sowie allgemeinen Tarifpreisen und der normativ vorgegebenen Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderkunden. In § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV ist deshalb - ebenso wie in § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBWasserV - jedoch vorgeschrieben, dass die Versorgung zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen erfolgt, wenn der Vertrag ohne Einigung über den Preis durch schlüssiges Verhalten zustande kommt (Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Bd. 2, AVBFernwärmeV § 2 Erläuterung). Im Übrigen hat der Senat im Bereich der Versorgung mit Elektrizität auch in Fällen, in denen sich die Abnahmebedingungen nicht nach einem festen Tarif des Versorgungsunternehmens, sondern nach einem im Einzelfall abzuschließenden Sonderabnahmevertrag bestimmen, entgegen der Auslegungsregel des

§ 154 Abs. 1 BGB angenommen, dass Versorgungsunternehmen und Sonderabnehmer regelmäßig nicht im vertragslosen Raum handeln wollen, wenn sie sich etwa über den Strompreis nicht einig sind, aber gleichwohl Strom liefern und abnehmen. Andernfalls würden sich die erbrachten und zu erbringenden Leistungen nur nach den Bereicherungsvorschriften (§§ 812 ff. BGB) beurteilen, die für die Abwicklung der von beiden Parteien gewollten und faktisch bereits bestehenden Dauerbeziehung ungeeignet sind. Der Senat ist deshalb auch in diesen Fällen davon ausgegangen, dass ein Sonderabnahmevertrag zustande kommt (Senatsurteil vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777 = WM 1983, 341, unter I 3 a) und dass der Strompreis gegenüber dem Sonderkunden von dem Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen ist (Senatsurteil vom 19. Januar 1983, aaO).

17 b) Nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die GbR tatsächlich in dem Zeitraum zwischen dem 1. Januar 1997 und dem 31. März 1998 Fernwärme bezogen. Einem dadurch konkludent erfolgten Vertragsschluss mit der Klägerin steht nicht entgegen, dass diese möglicherweise kein eigenes Fernwärmeversorgungsnetz betreibt, sondern bloße Fernwärmehändlerin ist und tatsächlich die Fernwärme durch die I. mbH aus deren Versorgungsnetz hat liefern lassen. Im Regelfall mag zwar der Kunde den Netzbetreiber als seinen Vertragspartner ansehen, wenn der Liefervertrag durch bloße Entnahme von Fernwärme aus dem Verteilungsnetz zustande kommt. Hier war den Beklagten jedoch von Anfang an bewusst, dass es die Klägerin war, die der GbR als Vertragspartnerin Fernwärme anbieten und mit der tatsächlichen Lieferung eine eigene vertragliche Verpflichtung dieser gegenüber erfüllen wollte. Denn die Beklagten haben unmittelbar, nachdem im November 1996 der Besitz an dem Gewerbehof auf die GbR übergegangen war, Verhandlungen mit der Klägerin über den maßgeblichen An-

schlusswert aufgenommen. Ein anderer Vertragspartner als die Klägerin, etwa die I. mbH als Netzbetreiberin, stand für die GbR beziehungsweise für die Beklagten zu keinem Zeitpunkt zur Diskussion. Insofern unterlagen die Beteiligten - anders als in dem Fall, der der von der Revision angeführten Entscheidung des Senats vom 26. Januar 2005 (VIII ZR 66/04, NJW-RR 2005, 639 = WM 2005, 1089) zugrunde lag - keinen Fehlvorstellungen über die Partner der jeweiligen Liefer- und Leistungsbeziehungen.

18 c) Die Revision rügt weiter vergeblich, die Annahme eines Fernwärmeversorgungsvertrages sei unvereinbar mit der zwischen den Parteien geführten Korrespondenz. Die Beklagten selbst haben nach ihrer eigenen Darstellung in dem vom Berufungsgericht angeführten Schreiben vom 8. Juli 1998 nach dem Erwerb des Grundstücks mehrfach um Abschluss eines Fernwärmelieferungsvertrages mit der Klägerin ersucht. Die Klägerin ging allerdings zunächst davon aus, dass die GbR in das Vertragsverhältnis mit der G. -GmbH eingetreten war. Eine solche Vertragsübernahme hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei und von der Revision unangegriffen verneint. Einen eigenen Vertragsschluss mit der GbR stellte die Klägerin in ihrem Schreiben vom 6. Februar 1997 erst nach abschließender Klärung mit der BvS in Aussicht. Aufgrund dieser Ankündigung konnten die Beklagten jedoch nicht davon ausgehen, die Klägerin wolle der GbR, falls sich eine Übernahme des Vertrags von der G. -GmbH nicht belegen ließ, bis zu einem ausdrücklichen Vertragsangebot Fernwärme im vertragslosen Zustand liefern. Sie konnten auch nicht annehmen, die Klägerin wolle dann die Wärmelieferungen weiterhin zur Erfüllung des Vertrages mit der G. -GmbH, also gegenüber ihrer ursprünglichen Vertragspartnerin erbringen, wie dies in dem der Entscheidung des Senats vom 17. März 2004 (aaO) zugrunde liegenden Fall geschehen war. Es lag für die Beklagten vielmehr auf der Hand, dass die Klägerin, wenn sich eine Vertragsübernahme durch die GbR nicht feststellen ließ, rückwirkend mit dieser unmittelbar einen eigenen Vertrag

schließen wollte. Dies geschah konkludent jedenfalls dadurch, dass die Klägerin mit Schreiben vom 12. März 1998 nicht mehr Erfüllung des Vertrages mit der G. -GmbH verlangte, sondern einer Herabsetzung des Anschlusswertes auf 600 kW zustimmte und dementsprechend den Preis für das Jahr 1997 neu berechnete. Dadurch wurde für die Beklagten deutlich, dass die Klägerin die Lieferungen nunmehr für die Zeit ab dem 1. Januar 1997 gegenüber der GbR auf eine neue vertragliche Grundlage stellen wollte. Sie mussten dieses Schreiben deshalb als Annahme des von der GbR im Wege des fortdauernden Wärmebezugs ständig erneuerten konkludenten Angebotes auf Abschluss eines eigenen Wärmelieferungsvertrags verstehen.

19 Dem steht nicht entgegen, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über den Anschlusswert von 600 kW und über den Grundpreis pro kW keine Einigung erzielt wurde. Insofern kommt die oben (unter a) bereits angeführte Vermutung zum Tragen, dass Versorgungsunternehmen und Abnehmer regelmäßig nicht im vertragslosen Raum handeln wollen, wenn sie sich etwa über den Preis nicht einig sind, aber gleichwohl Energie oder Fernwärme liefern und abnehmen, und dass - soweit dadurch entstehende Lücken im Vertrag nicht durch § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV geschlossen werden - das Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB berechtigt sein soll, den Preis nach billigem Ermessen zu bestimmen. Für einen hier ausnahmsweise abweichenden Willen der Parteien bestehen keine Anhaltspunkte. Die GbR hat auch nach dem Schreiben der Klägerin vom 12. März 1998 Fernwärme, wenn auch nur für kurze Zeit, bezogen, ohne einem Vertragsschluss mit der Klägerin entgegen zu treten. Im Übrigen wäre eine Erklärung, mit der Klägerin keinen Vertrag schließen zu wollen, auch unbeachtlich gewesen, weil die GbR sich damit in Widerspruch zu ihrem tatsächlichen Verhalten gesetzt hätte (Senatsurteile vom 26. Januar 2005, aaO, unter II 1 b aa, und vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 = WM 2003, 1730,

unter II 1 a). Die Klägerin hat sich stets, auch unabhängig von dem Vertrag mit der G. -GmbH, auf vertragliche Ansprüche gegenüber den Beklagten berufen.

20 d) Der Vertragsschluss der Klägerin mit der GbR umfasst, anders als die Revision meint, auch den Fernwärmebezug, der auf den zu dem Gewerbehof gehörenden Einkaufsmarkt entfiel. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die GbR Eigentümerin des Grundstücks geworden ist, auf dem der Einkaufsmarkt angesiedelt war. Unstreitig wurde der Einkaufsmarkt von einer Übergabestation aus versorgt, die sich auf dem von der GbR erworbenen Grundstück befand. Für die Frage, wer bei einem konkludenten Vertragsschluss durch tatsächlichen Bezug von Fernwärme Vertragspartner des Versorgungsunternehmens wird, ist in erster Linie die Verfügungsgewalt über den Anschluss maßgeblich (Senatsurteil vom 16. Juli 2003 - VIII ZR 30/03, NJW 2003, 2902 unter II 1; Senatsbeschluss vom 20. Dezember 2005, VIII ZR 7/04, zur Veröffentlichung bestimmt). Diese lag bei der GbR, der als bereits nutzungsberechtigter Grundstückserwerberin bzw. -eigentümerin die Verfügungsgewalt über die Übergabestation zustand. Die Beklagten machen auch nicht geltend, dass der Einkaufsmarkt über eine eigene Messeinrichtung verfügte, die es der Klägerin ermöglicht hätte, dem Betreiber des Einkaufsmarktes gegenüber unmittelbar abzurechnen. Unter diesen Umständen kommt als Vertragspartner des Versorgungsunternehmens nur der Eigentümer des Grundstücks in Betracht, auf dem sich die Übergabestation befindet, weil nur dieser für die Anbringung oder Änderung von Abzweigleitungen hinter der Übergabestelle sorgen kann (Hempel in Ludwig/Odenthal/ Hempel/Franke, aaO, Bd. 1, AVBEltV § 2 Rdnr. 330 f., 347i, 352 f.).

21 2. Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass gemäß § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV die §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV Bestandteil des zwischen der Klägerin und der GbR zustande gekommenen Versorgungsvertrages sind. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin verwende für

die Versorgung mit Fernwärme Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert seien, stellt die Revision nicht in Frage. Ohne Erfolg wendet sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, auch die weitere Voraussetzung des § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV sei erfüllt. Die Klägerin ist Fernwärmeversorgungsunternehmen im Sinne dieser Vorschrift.

22 a) Der Begriff des Fernwärmeversorgungsunternehmens ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 109, 118, 126; Urteil vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, WM 1990, 608, unter B I 1 b bb) handelt es sich um Fernwärme, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird. Danach besteht kein Zweifel, dass der zwischen der Klägerin und der GbR geschlossene Vertrag die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand hat.

23 Der Qualifikation der Klägerin, die die Lieferung vornimmt, als Versorgungsunternehmen steht nicht entgegen, dass sie die Fernwärme nicht selbst herstellt. Denn unabhängig davon erbringt sie die Versorgung, wenn auch unter Inanspruchnahme der I. mbH als Erfüllungsgehilfin. Tragendes Element für ein Versorgungsunternehmen ist nicht die eigene Herstellung der Fernwärme, sondern die Versorgung anderer (Ludwig/ Odenthal/Hempel/Franke, aaO, Bd. 2, AVBFernwärmeV § 1 Rdnr. 2). Es ist nicht ersichtlich, warum die entsprechende Definition des Versorgungsunternehmens in der Energieversorgung (§ 3 Nr. 18 EnWG in der seit dem 13. Juli 2005 geltenden Fassung, § 2 Abs. 4 EnWG a.F.) nicht auch im Bereich der Fernwärme Anwendung finden sollte. Dagegen spricht entgegen der Ansicht der Revision ebenso wenig wie bei der Lieferung von Energie, dass mehrere

Handelsstufen theoretisch zu einer Verteuerung der Fernwärme führen können. Auch ist, anders als die Revision meint, keine Rechtfertigung dafür erkennbar, nur Zwischenhändler ab einer bestimmten Größe, die Fernwärme in erheblichem Umfang liefern, in den Geltungsbereich der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme einzubeziehen. Der Begriff der Fernwärmeversorgung setzt nicht voraus, dass durch die Wärmelieferung eine Vielzahl unterschiedlicher Verbraucher auf einem größeren Gebiet versorgt wird (Senatsurteil vom 6. Dezember 1989, aaO). Auf den Umfang der Lieferverpflichtungen kommt es ebenso wenig an wie im Falle der Eigenerzeugung der Fernwärme durch den Lieferanten auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes (vgl. BGHZ 109, 118, 126). Ein etwaiger Vorrang der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten im Verhältnis zwischen dem Gebäudeeigentümer bzw. diesem gleichgestellten Personen und den Nutzern der mit Wärme versorgten Räume (vgl. § 1 HeizkostenV) ist im hier zu entscheidenden Fall nicht von Bedeutung.

24 b) Die Revision macht ferner vergeblich geltend, die Anwendbarkeit der §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV scheitere im Vertragsverhältnis der Parteien daran, dass die Klägerin gegenüber der GbR den Vertragsabschluss entgegen § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV nicht unverzüglich schriftlich bestätigt habe. Die Vorschrift knüpft an eine Verletzung der Bestätigungspflicht des Versorgungsunternehmens bei einem auf andere Weise als schriftlich zustande gekommenen Vertrag keine Sanktion. Die schriftliche Vertragsbestätigung soll lediglich für die erforderliche Rechtsklarheit und Informationsgrundlage sorgen (Amtl. Begründung zu § 2 AVBFernwärmeV, abgedruckt bei Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, aaO, Bd. 2, AVBFernwärmeV § 2). Sie hat deshalb ausschließlich deklaratorische Bedeutung und ist weder Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses insgesamt noch für die normativ begründete Geltung der Allgemeinen Versorgungsbedingungen (vgl. Hempel in Ludwig/

Odenthal/Hempel/Franke, aaO, Bd. 1, AVBEltV § 2 Rdnr. 152, zu der übereinstimmenden Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBEltV).

25 3. Von Rechtsfehlern beeinflusst sind jedoch die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Höhe des von den Beklagten zu entrichtenden Fernwärmepreises.

26 a) Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist allerdings entgegen der Ansicht der Revision die Feststellung des Berufungsgerichts, die Parteien hätten sich grundsätzlich auf eine Zusammensetzung des Wärmepreises aus verbrauchsunabhängigen Kosten einerseits (Grund- oder Leistungspreis) und verbrauchsabhängigen Kosten (Arbeitspreis) andererseits sowie für 1997 auf einen Arbeitspreis von 70 DM/MWh und einen Verbrauch von 630,30 MWh geeinigt. Mit diesen erstmals in der Rechnung der Klägerin vom 6. November 1998 enthaltenen Werten haben sich die Beklagten dadurch einverstanden erklärt, dass sie sie auch ihrer Gegenrechnung vom 25. November 1998 zu Grunde gelegt und auf dieser Basis einen Teilbetrag gezahlt haben.

27 b) Soweit es an einer Vereinbarung der Parteien fehlt, richtet sich die Vergütungspflicht der GbR für die von der Klägerin geleistete Fernwärme gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV nach den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen. Diese Preise hat die Klägerin darzulegen und zu beweisen, weil sie zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen gehören. Die Beklagten haben bestritten, dass es sich bei dem von der Klägerin angesetzten Grundpreis von 84,22 DM/kW um ein ortsübliches Entgelt handelt. Ihr Bestreiten wird, anders als das Berufungsgericht meint, nicht durch die Vorschrift des § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen, nach der Einwände gegen Rechnungen zur Zahlungsverweigerung nur berechtigen, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen. Einwände des

Abnehmers dagegen, dass die von ihm geforderten Preise den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV entsprechen, werden vom Anwendungsbereich des § 30 AVBFernwärmeV nicht erfasst.

28 aa) Der Wortlaut der Vorschrift deckt zwar sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe ab, die der Kunde der Entgeltforderung des Versorgungsunternehmens entgegensetzen kann; er lässt keine Beschränkung auf bestimmte Einwendungen erkennen (vgl. zu einer ähnlichen Bestimmung in den AGB eines Abfallentsorgungs- und Straßenreinigungsunternehmens BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919, unter II 2 b, zur Veröffentlichung in BGHZ 163, 321 bestimmt). Ihr Sinn und Zweck rechtfertigen es jedoch nicht, das Versorgungsunternehmen im Zahlungsprozess von der Darlegung und dem Beweis der für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preise im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV zu entlasten. Durch § 30 AVBFernwärmeV soll vermieden werden, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Unternehmen unvertretbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderung in Fällen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen (Amtl. Begründung zu § 30, abgedruckt bei Ludwig/Odenthal/Hempel/Franke, aaO, Bd. 2, AVBFernwärmeV § 30). Fehlt es an einer Vereinbarung der Parteien über den zu zahlenden Preis und muss deshalb der Preis unter Rückgriff auf § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV bestimmt werden, entfällt jedoch schon die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien hierüber folgt. Den berechtigten Belangen des Kunden, der den von ihm geforderten Preis für zu hoch hält, kann in diesen Fällen - ebenso wie bei der einseitigen Leistungsbestimmung durch das Versorgungsunternehmen (vgl. Senatsurteile vom 30. April 2003, aaO, unter II 2 a, und vom 19. Januar 1983, aaO, unter II 2 b) - nur dadurch hinreichend Rech-

nung getragen werden, dass es ihm gestattet wird, diesen Einwand schon im Rahmen der Leistungsklage zu erheben, und er nicht zur Geltendmachung auf einen Rückforderungsprozess verwiesen wird (vgl. auch BGHZ 115, 311, 315). Denn es geht dabei nicht um Fehler einer konkreten Abrechnung, sondern um die Feststellung der vertraglichen Grundlagen für Art und Umfang der Leistungspflicht des Kunden. Dass der Normgeber der Transparenz und Nachvollziehbarkeit dieser Grundlagen für den Kunden besondere Bedeutung beigemessen hat, zeigt sich auch daran, dass das Versorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV verpflichtet ist, jedem Neukunden die maßgeblichen Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen.

29 bb) Das Berufungsgericht hätte es deshalb nicht bei der Feststellung bewenden lassen dürfen, es sei nicht auf den ersten Blick erkennbar, dass der von der Klägerin berechnete Preis nicht mit den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen übereinstimme. Diese Preise ergeben sich auch nicht mit hinreichender Gewissheit aus dem von der Klägerin vorgelegten Auszug aus ihrem Amtsblatt, aus dem hervorgeht, dass die Stadtverordnetenversammlung am 1. Oktober 1997 beschlossen hat, den allgemeinen Fernwärmeleistungspreis beziehungsweise den -grundpreis von 80 DM auf 84,22 DM und den allgemeinen Fernwärmearbeitspreis von 70 DM/MWh auf 74,20 DM/MWh zu erhöhen. Daraus mag zwar herzuleiten sein, dass sich der Wärmebezugspreis der Klägerin regelmäßig aus einem verbrauchsunabhängigen Grund- oder Leistungspreis und einem verbrauchsabhängigen Arbeitspreis zusammensetzt und dass diese Preise am 1. Oktober 1997 die genannte Höhe hatten. Die Veröffentlichungsstelle enthält jedoch zum einen zusätzlich andere, niedrigere "BW/BVA"-Grund- und -arbeitspreise, bei denen unklar ist, für welche Versorgungsverhältnisse diese maßgeblich sind; zum andern ist offen, ob die vergleichbaren Versorgungsverträge jeweils auf die Preisfestsetzung durch die Klägerin verweisen oder ob die Preise Gegenstand einer vertraglichen Einigung

mit dem Kunden werden. Im ersten Fall unterliegt die Preisfestsetzung durch die Klägerin, deren Angemessenheit die Beklagten bestritten haben, als einseitige Leistungsbestimmung einer Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB. Die Revision macht zu Recht geltend, dass nach der Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 30. April 2003, aaO, unter II 2 a, und vom 19. Januar 1983, aaO, unter II 2 b) auch das Bestreiten der Billigkeit der Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens aus den oben (unter II 3 b aa) bereits dargestellten Gründen nicht durch § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen wird. Sollte die Klägerin dagegen üblicherweise die Preise - wie in dem von ihr mit der G. -GmbH geschlossenen Vertrag - zum Gegenstand einer vertraglichen Einigung mit dem Kunden machen, bedarf es des Weiteren der Feststellung, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Verträge Preisanpassungen während der Vertragslaufzeit zulassen. Ohne Preisänderungsklauseln wären im Verhältnis der Parteien ausschließlich die zu Beginn des Jahres 1997 in vergleichbaren Versorgungsverträgen vereinbarten Preise maßgeblich, weil ein Vertrag zwischen ihnen nach dem oben (unter II 1 c) Ausgeführten rückwirkend zum 1. Januar 1997 zustande gekommen ist. Sollte sich schließlich herausstellen, dass die Klägerin, wie die Revision geltend macht, vornehmlich eigene städtische Institutionen mit Fernwärme versorgt, dem Vertragsverhältnis mit der GbR vergleichbare Versorgungsverhältnisse mit anderen Kunden dagegen nicht in nennenswertem Umfang unterhält oder unterhalten hat, müssen in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen zwischen anderen Fernwärmeversorgern im Raum S. , etwa der I. mbH, und Endabnehmern geltenden Preisregelungen einbezogen werden.

30 c) Auch für die Frage, welcher Anschlusswert bei der Berechnung des Grundpreises zugrunde zu legen ist, bedarf es eines Rückgriffs auf die vom Berufungsgericht bisher nicht vollständig festgestellten Preisregelungen in gleich-

artigen Versorgungsverhältnissen im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV.

31 aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, zwischen den Parteien sei eine Einigung über den für die Berechnung des Grundpreises maßgeblichen Anschlusswert nicht zustande gekommen. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Mitteilung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 12. März 1998, sie habe einen Anschlusswert von 600 kW als Basis genommen, haben die Beklagten - wie ihre Gegenrechnung vom 25. November 1998 zeigt - ebenso wenig als verbindlich akzeptiert, wie die Klägerin die verschiedenen Mitteilungen der Beklagten über eine fortschreitende Verringerung des Anschlusswertes als Grundlage für ihre Abrechnungen anerkannt hat.

32 bb) Mangels einer verbindlichen Festlegung des Anschlusswertes im Versorgungsvertrag kann es nur auf einen tatsächlich vorhandenen Anschlusswert ankommen. Fraglich ist jedoch, welcher Zeitpunkt oder welche Zeitpunkte für dessen Bestimmung zugrunde zu legen sind, weil die Beklagten vorgetragen haben, der Anschlusswert habe sich im Laufe des Jahres 1997 durch den Auszug mehrerer Mieter und die Demontage von Teilen der Heizungsanlage stetig reduziert. Da im Verhältnis der Parteien die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen geforderten Preise gelten, ist auch insoweit entscheidend, welche Regelungen über den Anschlusswert üblicherweise getroffen werden; denn dieser beeinflusst maßgeblich den von der Klägerin insgesamt zu fordernden Grundpreis. Dazu hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen.

33 Sollte sich erweisen, dass die Abrechnung in gleichartigen Versorgungsverhältnissen während der gesamten Vertragslaufzeit nach dem Anschlusswert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfolgt, weil dieser nicht nur die Vergü-

tungspflicht des Kunden, sondern vor allem den Umfang der von der Klägerin maximal vorzuhaltenden Wärmeleistung bestimmt und diese möglicherweise darauf angewiesen ist, die Kalkulationsgrundlage hinsichtlich der verbrauchsunabhängigen Kosten langfristig zu erhalten und überschaubar zu gestalten (vgl. BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, NJW 1986, 846 = DB 1985, 1175, unter II 2 a), wäre allerdings die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass Einwände der Beklagten gegen einen Anschlusswert von 843,8 kW durch § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen sind, nicht zu beanstanden. Die Annahme dieses Wertes ist für Anfang Januar 1997, dem Zeitpunkt, zu dem rückwirkend ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, schon deshalb nicht offensichtlich fehlerhaft, weil er dem von den Beklagten selbst vorgelegten Gutachten der B.

entnommen ist, nach dem die installierte Wärmeleistung im Dezember 1996 843,8 kW betrug und davon ein Anteil von 161,5 kW in den Hallenschiffen 5 bis 7 lediglich zur damaligen Zeit stillgelegt war, also theoretisch durch die GbR oder zukünftige Mieter wieder in Betrieb genommen werden konnte.

34 Sollten dagegen die Preisregelungen in vergleichbaren Versorgungsverhältnissen die Möglichkeit einer Anpassung des Anschlusswertes während der Vertragslaufzeit - unabhängig von den hier nicht vorliegenden Voraussetzungen des § 3 Satz 3 AVBFernwärmeV - vorsehen, hätte die Klägerin von vornherein nur Anspruch auf einen entsprechend diesen Regelungen berechneten Gesamtgrundpreis, ohne dass sie dem Einwand der Beklagten insoweit die Vorschrift des § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV entgegenhalten könnte.

III.

35 Das Berufungsurteil kann nach alledem mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Es ist daher aufzuheben und die Sache ist - da es weiterer tatsächlicher Feststellungen, gegebenenfalls auch unter Berücksichtigung ergänzenden Sachvortrags der Parteien, bedarf - zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dabei wird das Berufungsgericht auch Gelegenheit haben, über den von der Klägerin geltend gemachten Verzugsschaden unter Berücksichtigung der dagegen in der Revisionsbegründung erhobenen Rügen erneut zu befinden.

Dr. Deppert Ball Wiechers

Dr. Frellesen Hermanns

Vorinstanzen:
LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 10.09.2004 - 17 O 360/00 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 12.05.2005 - 12 U 172/04 -