

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu BI

---

AVBFernwärmevertrag § 1 Abs. 1, Heizkostenverordnung § 6 Abs. 1

Satz 2 i.d.F. v. 5. April 1984, BGBl I 592

Wird aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert, so handelt es sich um Fernwärme. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude oder das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes kommt es nicht an.

BGH, Urteil vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 229/88 - OLG Köln  
LG Köln

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 229/88

### URTEIL

Verkündet am:  
25. Oktober 1989  
Kanik  
Justizamtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wohnungseigentümergeinschaft M [REDACTED]weg [REDACTED], W [REDACTED]  
bestehend aus

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

WI.

83

- 2 -

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

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



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69.

70.

71.

72.

73.

74.

75.

76.

77.

78.

vertreten durch die V[redacted] Ve[redacted] für H[redacted] und G[redacted]-  
[redacted] GmbH & Co. KG in ihrer Eigenschaft als Verwalterin nach  
dem Wohnungseigentumsgesetz, vertr.d.d. V[redacted] Ve[redacted]  
für H[redacted] und G[redacted] GmbH, diese vertr.d.d. allein ver-  
tretungsberechtigten Geschäftsführer Friedhelm L[redacted],  
M[redacted]straße [redacted], K[redacted],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [redacted] -

gegen

Firma t<sup>h</sup> [redacted] Gesellschaft für Fernwärme mbH, vertreten durch  
den Geschäftsführer Eberhard B[redacted], P[redacted]-W[redacted]-Platz [redacted], K[redacted],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [redacted] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 1. Juni 1988 im Kostenpunkt, soweit dieser die Gerichtskosten, die außergerichtlichen Kosten der Klägerin und die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 3, 6, 55 und 64 betrifft, und ferner insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten zu 3, 6, 55 und 64 erkannt worden ist.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten bildeten die Eigentümergeinschaft einer 78 Wohnungseinheiten umfassenden Eigentumswohnanlage in W██████, M██████weg ████████. Deren Wärmeversorgung erfolgt über eine Heizungsanlage (Heizwerk), die in einem hierfür hergerichteten Kellerraum des Hauses M██████weg ████████ installiert ist. Wie während des Rechtsstreits unstreitig geworden ist, steht der Kellerraum im Sondereigentum, die Heizungsanlage im Eigentum der Eheleute D██████.

Diese verpachteten das Heizwerk zum 1. Juli 1975 an die D██████ T██████ V██████ GmbH (künftig: DTV) auf die Dauer von 10 Jahren mit einer zweimaligen fünfjährigen Verlängerungsoption der Pächterin. Die DTV schloß ihrerseits am 25. Juli/7. August 1975 mit der - durch ihren damaligen Hausverwalter vertretenen - Eigentümergeinschaft einen Wärmelieferungsvertrag. Darin verpflichtete sich die Eigentümergeinschaft, die für die Raumheizung benötigte Grundwärme ausschließlich von der DTV zu beziehen und für die entsprechenden Lieferungen einen Wärmepreis zu zahlen, der sich - einer Preisgleitklausel unterliegend - aus einem nach der beheizbaren Wohnfläche zu berechnenden Grundpreis und einem Arbeitspreis für die tatsächlich bezogene Wärmemenge zusammensetzt (§ 2 des Vertrages). Die DTV sollte berechtigt sein, diesen Vertrag mit allen Rechten und Pflichten oder der Ausübung nach ganz oder teilweise auf Dritte zu übertragen (§ 5 Nr. 1 des Vertrages).

Nach der Darstellung der Klägerin übertrug die DTV mit Wirkung vom 1. November 1980 ihre gesamte Geschäftstätigkeit einschließlich der bestehenden Wärmelieferungsverträge auf ihre Muttergesellschaft, die D[REDACTED] T[REDACTED] AG, und diese wiederum ab 1. Juli 1982 den Bereich Wärmeservice einschließlich aller Wärmelieferungsverhältnisse auf die Klägerin. Hierüber sollen - wie die übrigen Kunden - angeblich auch die Beklagten durch Rundschreiben informiert worden sein.

Im Jahre 1981 hatte die Eigentümergemeinschaft gegen die Eheleute Da[REDACTED] Klage auf Einwilligung in die Grundbuchberichtigung mit der Begründung erhoben, daß das Eigentum an dem Heizraum einschließlich der Heizungsanlage entgegen der Verlautbarung des Grundbuchs nicht den Eheleuten Da[REDACTED], sondern ihr zustehe. Das Landgericht gab durch Urteil vom 19. September 1984 der Klage statt. Daraufhin wandten sich die Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 26. Oktober 1984 an die Klägerin und kündigten vorsorglich den Wärmelieferungsvertrag mit Hinweis auf die durch das vorgenannte Urteil "festgestellten veränderten Verhältnisse". Gleichzeitig boten sie Verhandlungen zur Klärung der neuen Vertragssituation und zum Abschluß eines neuen Vertrages an. Diese führten zu keinem konkreten Ergebnis. Auf die Berufung der Eheleute Da[REDACTED] hat sodann das Oberlandesgericht Köln die Grundbuchberichtigungsklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Eigentümergemeinschaft ist vom Bundesgerichtshof nicht angenommen worden.

Die Klägerin, die unterdessen die Wärmeversorgung der Eigentumsanlage fortgesetzt hatte, übersandte der Verwalterin der Eigentümergemeinschaft unter dem Datum vom

13. Februar 1986 die Heizkostenabrechnung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1985. Diese schließt mit einer Nachzahlungsforderung in Höhe von 66.608,57 DM ab. Die Verwalterin übersandte der Klägerin mit Schreiben vom 12. März 1986 einen Verrechnungsscheck über lediglich 20.687,85 DM. Die Zahlung des Restes (45.920,72 DM), der dem berechneten Grundpreis (40.281,34 DM) zuzüglich Mehrwertsteuer entspricht, verweigerte sie mit der Begründung, die Klägerin sei zur Erhebung eines Grundpreises nicht berechtigt. Dieselbe Auffassung vertrat sie zu der - das Jahr 1986 betreffenden - Heizkostenabrechnung vom 21. Januar 1987, die eine noch offene Forderung der Klägerin von 23.016,22 DM auswies. Sie leistete keine Zahlung, weil sich eine Nachzahlungsverpflichtung nur wegen des Ansatzes eines Grundpreises von 40.281,34 DM ergab.

Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung der Restforderungen in Höhe von insgesamt 68.936,94 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen.

Die Beklagten haben die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten; sie haben die Ansicht vertreten, eine eventuelle Vertragsübertragung von der DTV auf die D██████ T██████ AG und von dieser auf die Klägerin sei wegen ihrer fehlenden Zustimmung unwirksam. Die Beklagten zu 2, 3, 19, 20, 22, 25, 43, 47, 52, 55, 64, 66 und 70 haben außerdem ihre Passivlegitimation in Abrede gestellt; die Beklagten zu 25 seien erst im Jahre 1986 der Eigentümergemeinschaft beigetreten, die übrigen bereits vor dem 1. November 1985 aus ihr ausgeschieden. Die beklagte Br██████ KG (= Beklagte zu 3, 6, 55 und

64) sei zudem schon vor Klageerhebung in Konkurs gefallen. Ferner haben die Beklagten sich darauf berufen, die Klägerin habe die Heizkosten - was nicht geschehen ist - nach den Vorschriften der Heizkostenverordnung abrechnen müssen. Die Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme sei nicht anwendbar; die Klägerin habe nämlich keine Fernwärme geliefert. Davon abgesehen habe die Klägerin auch deshalb nicht mehr auf der Grundlage des Wärmelieferungsvertrages abrechnen dürfen, weil dieser durch die Kündigung vom 26. Oktober 1984 beendet worden sei.

Das Landgericht hat die Beklagten in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht hat die gegen die Beklagten zu 25 gerichtete Klage in Höhe von 45.920,72 DM abgewiesen und im übrigen das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

A) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klägerin stehe gegen die Beklagten aufgrund des zwischen diesen und der DTV abgeschlossenen Wärmelieferungsvertrages gemäß § 433 BGB ein Zahlungsanspruch in dem zuerkannten Umfang zu. Sie sei Rechtsnachfolgerin der DTV. Die Vertragsübernahmen seien in der von der Klägerin dargelegten Weise erfolgt. Dadurch sei zunächst an die Stelle der DTV die D [REDACTED] T [REDACTED] AG und sodann an deren Stelle die Klägerin unter Übernahme

aller sich aus dem Wärmelieferungsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten getreten. Die jeweilige Vertragsübernahme sei wirksam gewesen. Einer Zustimmung der Beklagten zum Auswechseln des Vertragspartners habe es nicht bedurft. Es könne dahinstehen, ob dies schon aus § 5 Nr. 1 des Wärmelieferungsvertrages folge oder ob die Beklagten sogar konkludent durch ihr Verhalten zugestimmt hätten. Denn jedenfalls ergebe sich die Wirksamkeit der Vertragsübernahmen auch bei fehlender Zustimmung der Beklagten aus § 32 Abs. 6 Satz 1 der am 1. April 1980 in Kraft getretenen Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV). Diese Verordnung und nicht die Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (HeizkostenV) finde auf das Verhältnis der Parteien Anwendung. Vom sachlichen Geltungsbereich der Heizkostenverordnung würden die Vertragsbeziehungen der Parteien nicht erfaßt, weil die Klägerin nicht Gebäudeeigentümerin des Hauses Mühlenweg 97/99 im Sinne des § 1 Abs. 1 HeizkostenV sei und dem Eigentümer auch nicht nach Absatz 2 der Vorschrift gleichstehe. Der Wärmelieferungsvertrag unterfalle vielmehr der Fernwärmeverordnung. Bei der Klägerin handele es sich nämlich um ein Unternehmen, das Kunden mit Fernwärme versorge und hierfür Vertragsmuster bzw. -bedingungen verwende, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert seien (§ 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV). Fernwärme liege jedenfalls dann vor, wenn - wie hier - ein Dritter, der weder mit dem Gebäudeeigentümer identisch noch diesem gleichzusetzen sei, die Wärme aus einer Heizzentrale liefere, die nicht wesentlicher Bestandteil des mit der Wärme versorgten Gebäudes sei. Ohne Bedeutung sei dabei, ob aus der Heizzentrale ein oder mehrere Gebäude beliefert würden.

Die Beklagten seien passiv legitimiert. Dies gelte namentlich auch für die Beklagten zu 2, 3, 19, 20, 22, 43, 47, 52, 66 und 70, die nach ihrer Behauptung bereits vor den hier maßgeblichen Abrechnungszeiträumen aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden seien. Nach § 32 Abs. 4 und 5 AVBFernwärmeV und dem im wesentlichen inhaltsgleichen § 5 Nr. 2 und 6 a des Wärmelieferungsvertrages sei ein ausscheidender Wohnungseigentümer verpflichtet, dem Erwerber den Eintritt in den Versorgungsvertrag aufzuerlegen. Geschehe dies nicht, so hafte der bisherige Eigentümer weiterhin für die entstehenden Kosten, auch wenn sie von einem Dritten verursacht worden seien. Die vorerwähnten Beklagten hätten nicht dargelegt, daß ihre Nachfolger entsprechend den zitierten Bestimmungen in den Versorgungsvertrag eingetreten seien. Sie hafteten daher weiterhin für die entstandenen Kosten. Etwas anderes gelte auch nicht für die Brandt KG (Beklagte zu 3, 6, 55 und 64), selbst wenn diese in Konkurs gefallen sein sollte. Dies würde ihre Parteifähigkeit nicht beseitigen, sondern erst ihre Vollbeendigung; eine Vollbeendigung der KG sei jedoch nicht vorgetragen worden. Die Zahlungspflicht der Beklagten sei ferner nicht durch die mit Schreiben vom 26. Oktober 1984 ausgesprochene Kündigung des Wärmelieferungsvertrages beseitigt worden. Eine Kündigung sei nach dem Inhalt des Vertrages nur aus wichtigem Grund möglich gewesen. Daran habe es gefehlt. Der in dem Schreiben angeführte Kündigungsgrund, nämlich fehlendes Eigentum der Eheleute Dahmen am Heizraum und an der Heizungsanlage, habe nicht bestanden. Der Umstand, daß die Rechte aus dem Wärmelieferungsvertrag auf die Klägerin übertragen worden seien, stelle als solcher gemäß § 32 Abs. 6 Satz 3 AVBFernwärmeV

keinen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Andere wichtige Gründe hätten die Beklagten nicht vorgetragen. Auch auf sonstige Weise sei der Wärmelieferungsvertrag nicht beendet worden. Für die Wärmelieferungskosten hafteten die Beklagten als Gesamtschuldner, weil es sich insoweit um in ihrem Namen begründete Verwaltungsschulden der Eigentümergemeinschaft handele. In dem zuerkannten Umfang sei die Klageforderung auch der Höhe nach gerechtfertigt. Gegen die Kostenansätze und die Berechnungsweise in den vorgelegten Heizkostenabrechnungen bestünden keine Bedenken. Die Beklagten hätten insoweit auch keine Beanstandungen erhoben.

B) Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen im wesentlichen stand.

I. Zutreffend ist das Berufungsgericht von der Sachbefugnis der Klägerin ausgegangen. Diese ist wirksam an Stelle der D [REDACTED] T [REDACTED] AG bzw. der DTV in den Wärmelieferungsvertrag eingetreten. Daß das Schuldverhältnis jeweils durch rechtsgeschäftliche Einigung zwischen Übertragendem und Übernehmer von der DTV zum 1. November 1980 auf die T [REDACTED] AG und von dieser mit Wirkung vom 1. Juli 1982 auf die Klägerin übertragen worden ist, hat das Berufungsgericht bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO) festgestellt. Die Revision greift dies nicht an.

Sie wendet sich insoweit lediglich gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, daß die Vertragsübertragungen wirksam erfolgt seien. Damit kann sie indessen keinen Erfolg haben.

1. Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß eine Vertragsübernahme durch Rechtsnachfolge dadurch herbeigeführt werden kann, daß ein Vertragspartner unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages ausgewechselt wird (BGHZ 95, 88, 94 m.w.Nachw.). Dazu ist allerdings grundsätzlich die Mitwirkung aller drei Beteiligten erforderlich, indem entweder zwischen diesen ein entsprechender "dreiseitiger" Vertrag geschlossen oder, wie hier, eine Vereinbarung zwischen zwei Beteiligten getroffen wird und der Dritte dieser zustimmt (BGHZ 96, 302, 308).

2. Ob die Eigentümergemeinschaft der Beklagten der allein zwischen DTV und der T[REDACTED] AG bzw. zwischen dieser und der Klägerin vereinbarten Vertragsübernahme durch die Regelung in § 5 Nr. 1 des Wärmelieferungsvertrages bereits im voraus zugestimmt oder sich durch ihr nachfolgendes Verhalten konkludent damit einverstanden erklärt hat, hat das Berufungsgericht offengelassen. Dies ist indessen unschädlich, weil es im konkreten Falle ausnahmsweise einer Zustimmung der Eigentümergemeinschaft zur Wirksamkeit der Vertragsübernahmen nicht bedurfte.

3. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, fallen nämlich die Vertragsbeziehungen der Parteien in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVBFernwärmeV, BGBI. I S. 742), die zum 1. April 1980 in Kraft getreten ist und nach § 37 Abs. 2 unmittelbar auch für Versorgungsverträge gilt, die - wie hier - vor ihrem Inkrafttreten zustande gekommen sind.

Nach § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV gelten die §§ 2 bis 34 der Verordnung, wenn ein Fernwärmeversorgungsunternehmen für den Anschluß an die Fernwärmeversorgung und für die Versorgung mit Fernwärme Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwendet, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind.

a) Die Klägerin ist ein Fernwärmeversorgungsunternehmen. Sie verwendet vordruckte Verträge.

b) Das Berufungsgericht ist rechtlich einwandfrei davon ausgegangen, daß der Wärmelieferungsvertrag eine Versorgung mit Fernwärme zum Gegenstand hat.

aa) Was unter Fernwärme zu verstehen ist, ist umstritten. In der Neubaumietenverordnung 1970, der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme und in der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkosten - HeizkostenV) vom 23. Februar 1981 in der bis zum 28. Februar 1989 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 1984 (BGBl. I S. 592) wird der Begriff verwendet, aber nicht definiert. In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Meinungen vertreten. Während einerseits der Begriff "Fernwärme" nur dann als erfüllt angesehen wird, wenn der Lieferant durch die von ihm betriebene Heizzentrale mehrere Gebäude oder ganze Stadtteile über ein eigenes Versorgungsnetz und über Anschlüsse an die Kundenanlage mit Wärme versorgt (vgl. Pauls NJW 1984, 2448, 2449; Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Der Wirtschaftskommentator, Wirtschaftsrecht, Band IV, § 1 AVBFernwärmeV Anm. 1; Brintzinger in

Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band V, § 1 HeizkostenV Anm. 5 S. 8), stellen andere als Merkmale der Fernwärme die Versorgung Dritter, die Zahlung eines regelmäßigen Entgelts für die Wärmelieferung aufgrund einer Preisregelung und die eigentumsmäßige Abgrenzungsmöglichkeit zwischen Kundenanlage und der Anlage des Versorgungsunternehmens heraus (Witzel, Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme, 1980, S. 32/33; Ebel, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1985, 267, 269, 270). Eine dritte Meinung geht davon aus, Fernwärme liege immer auch dann vor, wenn die Wärme aus einer dem Gebäudeeigentümer gehörenden, aber von einem Dritten im eigenen Namen und für eigene Rechnung betriebenen Anlage aufgrund eines mit dem Gebäudeeigentümer oder den Nutzern geschlossenen Vertrages geliefert werde (Schubart NJW 1985, 1682, 1685 unter III 2; derselbe in Schade/Schubart/Wienicke, Der Wirtschaftskommentator, Soziales Miet- und Wohnungsrecht, September 1986, Anh. B S. 99, 100). Diese Auffassung steht im Einklang mit der amtlichen Begründung zu § 1 Abs. 1 HeizkostenV (BR-Drucks. 632/80, S. 17), in der es heißt:

"Als "Fernwärme" ist die Wärmelieferung für Gebäude dann anzusehen, wenn sie nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem Dritten erfolgt und dieser die Wärmelieferung nach den Vorschriften der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme ... oder unter Zugrundelegung von Individualverträgen vornimmt. Damit sind sowohl die herkömmlichen Fernwärmeversorgungsunternehmen (Fernheizwerk, Kraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplung usw.) erfaßt, wie auch diejenigen

Unternehmen, die es übernommen haben, die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben".

Der erkennende Senat hat in einem Falle, in dem ein Dritter die dem Gebäudeeigentümer gehörende, in das Gebäude integrierte Heizungsanlage als Pächter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betrieb und die Kosten aufgrund entsprechender Lieferverträge den Mietern unmittelbar in Rechnung stellte, ausgeführt, bei einer derartigen Sachlage werde keine Fernwärme geliefert, sondern die Nutzer würden aus einer zentralen Heizungsanlage im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HeizkostenV mit Wärme versorgt (Urteil vom 9. April 1986 - VIII ZR 133/85 = WM 1986, 893). Es war zu entscheiden, ob der Pächter nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 HeizkostenV dem Gebäudeeigentümer gleichstand und daher die Heizkosten nach der Heizkostenverordnung abzurechnen hatte, oder ob dies nicht der Fall war, weil er Fernwärme lieferte und die Heizkostenverordnung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 HeizkostenV in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 1984 im Hinblick auf die Direktabrechnung mit den Mietern keine Anwendung fand. Der Senat hat hierzu wegen eines - auch in der amtlichen Begründung (aaO S. 17 und 19) zum Ausdruck kommenden - Wertungswiderspruchs zwischen § 1 Abs. 2 Nr. 2 und § 6 Abs. 1 Satz 2 HeizkostenV die Auffassung vertreten, daß von Fernwärme keine Rede sein könne, wenn die Wärme in einer dem Gebäudeeigentümer gehörenden zentralen Anlage (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 HeizkostenV) erzeugt werde, die integrierter Bestandteil des Gebäudes sei, zu dessen ausschließlicher Wärmeversorgung sie errichtet und nach wie vor bestimmt sei. Ob

hieran nach dem Inkrafttreten (1. März 1989) der Verordnung zur Änderung energieeinsparender Vorschriften vom 19. Januar 1989 (BGBl. I S. 109) festgehalten werden könnte, ist fraglich, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Durch die genannte Verordnung ist die Heizkostenverordnung (deren Neufassung ist veröffentlicht in BGBl. I 1989 S. 116) u.a. dahingehend geändert worden, daß in § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Begriff "Lieferung von Fernwärme" durch "eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme" mit dem Hinweis, daß dies auch für die Wärmelieferung aus Anlagen nach Nr. 1 (zentrale Heizungsanlage) gilt, ersetzt und unter Aufhebung des § 6 Abs. 1 Satz 2 in § 1 ein neuer Absatz eingefügt wurde, durch den nunmehr auch die Fälle in den Anwendungsbereich der Heizkostenverordnung einbezogen sind, in denen der Wärmelieferant unmittelbar in der Weise mit den Nutzern abrechnet, daß er hierbei die Anteile der Nutzer am Gesamtverbrauch zugrunde legt. Der vorliegend zu beurteilende Fall unterscheidet sich von jenem nämlich darin, daß hier die Heizungsanlage nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers (der diesem gleichzustellenden Eigentümergemeinschaft), sondern in dem eines Dritten - der Eheleute Da[REDACTED] - steht, die wiederum die Anlage an einen - dem Gebäudeeigentümer nicht gleichstehenden - Dritten zur eigenständigen gewerblichen Wärmeerzeugung und -lieferung verpachtet haben.

bb) Jedenfalls in Fällen, in denen - wie hier - aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, handelt es sich um Fernwärme.

Dabei kommt es auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebensowenig an, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. Gerade aus dem Regelungsziel der Heizkostenverordnung vom 23. Februar 1981 (amtliche Begründung aaO S. 17) und der Änderungsverordnung vom 19. Januar 1989 (aaO) läßt sich dies herleiten. In der amtlichen Begründung zu der letztgenannten Verordnung (BR-Drucks. 494/88, S. 19, 21, 22) wird ausdrücklich hervorgehoben, daß durch die der Klarstellung dienende Ersetzung des Begriffes "Lieferung von Fernwärme" durch "eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme" jede Art der eigenständig gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt sei, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung deklariert würden, und daß damit neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeversorgungskonzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt seien.

cc) Fand somit die Fernwärmeverordnung mit ihrem Inkrafttreten auf das vorliegende Wärmelieferungsverhältnis Anwendung, so war eine Zustimmung der Eigentümergemeinschaft zur Vertragsübernahme nach der ausdrücklichen Regelung des § 32 Abs. 6 Satz 1 AVBFernwärmeV entbehrlich; die einzelnen Vertragsübernahmen waren also auch ohne ein - vom Berufungsgericht offengelassenes - Einverständnis der Eigentümergemeinschaft wirksam, so daß die Klägerin hinsichtlich des Entgeltes für die in den Jahren 1985 und 1986 erbrachten Wärmelieferungen forderungsberechtigt ist.

II. 1. Mit rechtlich einwandfreier Begründung hat das Berufungsgericht auch die Zahlungspflicht der Beklagten

bejaht und die Beklagten zu 1, 2, 4, 5, 7 bis 54, 56 bis 63 und 65 bis 78 zu Recht in dem zuerkannten Umfang zur Zahlung verurteilt.

a) Soweit es die Beklagten als Gesamtschuldner behandelt hat, steht dies im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGHZ 75, 26, 30 m.w.Nachw. und Urteil vom 25. September 1980 - VII ZR 276/79 = NJW 1981, 282, 284).

b) Nicht zu beanstanden ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Beklagten zu 2, 3, 19, 20, 22, 43, 47, 52, 66 und 70 selbst dann auf Zahlung der Wärmelieferungen aus den Jahren 1985 und 1986 haften, wenn sie - entsprechend ihrer Behauptung - schon vor 1985 aus der Eigentümergeinschaft ausgeschieden sind. Das Berufungsgericht ist - von der Revision unangegriffen - in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, daß diese Beklagten entgegen ihrer sich aus § 32 Abs. 5 AVBFernwärmeV und aus dem im wesentlichen inhaltsgleichen § 5 Nr. 2 des Wärmelieferungsvertrages ergebenden Verpflichtung, den Erwerbern ihrer Wohnungen den Eintritt in den Wärmelieferungsvertrag aufzuerlegen, nicht dafür gesorgt haben, daß diese tatsächlich in den Vertrag eintraten. Fehlte es indessen hieran, so blieben sie als bisherige Eigentümer weiterhin aus dem Wärmelieferungsvertrag verpflichtet. Erst der vollzogene Eintritt des Erwerbers in den Fernwärmeversorgungsvertrag führt zur Entlassung des Veräußerers aus den vertraglichen Bindungen für die Zukunft (Senatsurteil vom 20. Oktober 1980 - VIII ZR 272/79 = NJW 1981, 1361, 1362; Hermann in Hermann/Recknagel/

Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Band II, § 32 AVBFernwärmeV Rdnr. 79).

An diesem Ergebnis vermag die mit Schreiben vom 26. Oktober 1984 ausgesprochene Kündigung des Vertrages schon deshalb nichts zu ändern, weil sie unwirksam war (unten c).

c) Schließlich hat das Berufungsgericht zutreffend die geltend gemachten Restforderungen aus den beiden Abrechnungen auch der Höhe nach für begründet erachtet. Sie entsprechen den vertraglichen Abmachungen und den einschlägigen Vorschriften der AVBFernwärmeV. Die Revision hat insoweit auch keine Rügen erhoben.

Sie macht allerdings geltend, eine vertragliche Zahlungspflicht der Beklagten sei durch die mit Schreiben vom 26. Oktober 1984 erklärte Kündigung des Wärmelieferungsvertrages beseitigt worden, weil diese entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wirksam gewesen sei. Damit kann die Revision jedoch keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß eine ordentliche Kündigung nach den getroffenen vertraglichen Regelungen zulässigerweise ausgeschlossen worden ist. Dies nimmt die Revision hin. Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei verneint. Daß der im Kündigungsschreiben selbst angegebene Grund, nämlich fehlendes Eigentum der Eheleute Da [REDACTED] an der Heizungsanlage schon tatsächlich nicht bestand, läßt

auch die Revision gelten. Der Umstand, daß der Wärmelieferungsvertrag von der DTV auf die T[REDACTED] AG und von dieser auf die Klägerin übertragen worden ist, stellt als solcher keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar. Dies ergibt sich schon aus der Regelung des § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV, wonach die Kündigungsmöglichkeit des Kunden zwar an den Wechsel des Fernwärmeversorgungsunternehmens angeknüpft ist, aber einen darüber hinausgehenden wichtigen Grund voraussetzt. Soweit die Revision einen wichtigen Kündigungsgrund allein schon in den Vertragsübertragungen erblickt, beruht dies auf ihrer unzutreffenden Auffassung, es habe sich lediglich um faktische Übertragungen gehandelt, die rechtlich mangels Zustimmung der Eigentümergemeinschaft unwirksam gewesen seien. Deshalb versucht sie auch darzulegen, daß die an die Klägerin gerichtete Kündigungserklärung als der DTV zugegangen zu gelten habe.

2. Das angefochtene Urteil kann dagegen nicht aufrechterhalten werden, soweit die Br[REDACTED] KG (Beklagte zu 2, 6, 55 und 64) zur Zahlung verurteilt worden ist. Das Berufungsgericht hat die - ausweislich des Tatbestandes der angefochtenen Entscheidung streitige - Frage, ob diese KG schon vor Klageerhebung in Konkurs gefallen ist, offengelassen. Für die Revisionsinstanz ist daher von der behaupteten Konkursöffnung auszugehen.

Diesen Umstand hat das Berufungsgericht - insoweit allerdings mit zutreffendem Ergebnis - allein unter dem Gesichtspunkt der Parteifähigkeit der Br[REDACTED] KG gewürdigt. Es hat jedoch nicht beachtet, daß § 12 KO den Gläubiger

grundsätzlich daran hindert, seine Forderung gegen den Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses zu verfolgen, solange das Konkursverfahren andauert. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger ausdrücklich auf die Beteiligung am Konkurs verzichtet (BGHZ 25, 395, 397 ff; 72, 234). Zu einem solchen Verzicht oder zum Abschluß des zu unterstellenden Konkursverfahrens hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Es wird dies gegebenenfalls nach Klärung der Frage, ob gegen die Br. KG überhaupt das Konkursverfahren eröffnet worden ist und zu diesem Zeitpunkt die geltend gemachte Klageforderung schon entstanden war, nachzuholen haben.

Wolf

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß