

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 48/89

URTEIL

Verkündet am:
6. Dezember 1989
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

H [REDACTED] F [REDACTED] gesellschaft mbH, vertreten durch die Geschäftsführer Karl Friedrich Fo [REDACTED] und Benno C [REDACTED],
Ü [REDACTED] ring [REDACTED], Ha [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenientin:

K [REDACTED] AG & Co. KG, vertreten durch ihre Komplementärin,
die K [REDACTED] AG, diese vertreten durch ihren Vorstandsvorsitzenden Helmut N [REDACTED], Sp [REDACTED] - [REDACTED], Ha [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
[REDACTED] u.a., [REDACTED],
[REDACTED] -

gegen

Hannelore G [REDACTED] geb. B [REDACTED], Fö [REDACTED] [REDACTED],
Berlin 48,

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1989 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Paulusch, Groß und Dr. Hübsch

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden die Urteile des 23. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 9. November 1988 und der 20. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 10. Dezember 1987 teilweise dahin abgeändert, daß die Widerklage abgewiesen wird.

Im übrigen werden das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 22. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist Eigentümerin einer im Haus Fö[REDACTED] in Berlin gelegenen Wohnung. Das Haus gehört zu einer 21 Häuser mit insgesamt 404 Wohneinheiten, ein Parkhaus und ein Ladengeschäft umfassenden Wohnanlage, die aufgrund eines Erbbaurechts in den Jahren 1973 bis 1976 errichtet worden ist. Im Keller des Hauses Fö[REDACTED] (Haus Nr. 1) befindet sich eine Heizzentrale (Heizwerk). Aus ihr werden sämtliche Gebäude der Wohnanlage mit Heizwärme und Wärme für Brauchwasser versorgt. Das Heizwerk, das dazugehörige Rohrleitungsnetz und die Übergabestationen in den einzelnen Häusern stehen im Eigentum der Investbau GmbH. Diese verpachtete die Heizungsanlage durch Vertrag vom 12./25. April 1973 an die De[REDACTED] Sh[REDACTED] AG, die den Vertrieb der erzeugten Wärme der Klägerin, ihrer Tochtergesellschaft, übertrug. Die Klägerin schloß ihrerseits unter Einbeziehung ihrer Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Wärme aus Heizwerken gleichfalls am 12./25. April 1973 mit den damaligen Erbbauberechtigten einen Wärmelieferungsvertrag, der durch den Nachtrag Nr. 1 vom 5. April 1974 ergänzt bzw. geändert wurde. In Abschnitt V Nr. 3 a der Allgemeinen Bedingungen ist bestimmt, daß die Klägerin unabhängig von Preisänderungen entsprechend der vereinbarten Preisgleitklausel zur Anpassung des Grundpreises berechtigt ist, "wenn und soweit nach Vertragsschluß aufgrund von Gesetzen, Verordnungen oder behördlichen Anordnungen neue Investitionen für das HW (= Heizwerk) verursacht werden". Die Beklagte trat dem Vertrag und dessen Nachtrag Nr. 1 am 4. März 1980 als Abnehmer bei. Der von den Abnehmern zu zahlende, einer



Preisgleitklausel unterliegende Wärmepreis setzte sich aus einem Grundpreis (DM 1,016 pro Jahr und pro einhunderttausendstel Wohnungserbbaurechtsanteil), einem Arbeitspreis (DM 18,60 pro abgegebene Wärmeeinheit) und einem Meß- und Berechnungspreis (DM 12 pro Jahr und Wohnungserbbaurechtsanteil) zusammen. Der Gesamtwärmeverbrauch der Wohnanlage wird - wie es in § 3 Nr. 2 des Vertrages festgelegt ist - durch einen im Heizwerk installierten Wärmemengenzähler gemessen. Er wurde im Rahmen des Arbeitspreises auf die einzelnen Abnehmer entsprechend den einhunderttausendstel Anteilen der Wohnungen umgelegt.

Nach dem Inkrafttreten der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVBFernwärmeV) und dem Einbau von - nach dem Verdunstungsprinzip arbeitenden - Heizkostenverteilern änderte die Klägerin, wie sie schon mit Schreiben vom 15. Mai 1982 angekündigt hatte, den bisherigen Wärmepreis einseitig durch "Nachtrag wegen § 18 AVBFernwärmeV gemäß Schreiben ... vom 15. Mai 1982" ab. In diesem Nachtrag sind als zusätzliche Bestandteile des Wärmepreises ein Grundpreis II (DM 0,020 pro Jahr und pro einhunderttausendstel Anteil "wegen Investitionen nach § 18 AVBFernwärmeV für 15 Jahre bis 31. Mai 1998") und ein Meß- und Berechnungspreis II (DM 19,879 pro Jahr und pro Wohnungserbbaurechtsanteil) vorgesehen. Hinsichtlich des Arbeitspreises ist abändernd bestimmt, daß als Verteilerschlüssel die in den Wohnungen an den einzelnen Heizkörpern installierten Verdunstungsgeräte dienen. Auf dieser Grundlage rechnete die Klägerin seit dem 1. Juni 1983 ab. Die mit 15 bis 18 % der Gesamtwärmekosten angesetzten Kosten der Warmwasserbereitung (Brauchwasser) wies sie in

den Abrechnungen nicht gesondert aus; sie verteilte sie analog zum Raumwärmeverbrauch anhand der Teilstriche der Verdunstungsgeräte. Die der Beklagten erteilte Abrechnung vom 12. August 1986 ergibt für die Heizperiode 1985/86 nach Abzug der von ihr geleisteten Abschlagszahlungen eine Nachforderung der Klägerin in Höhe von 676,42 DM. Diesen Betrag hat die Klägerin mit der vorliegenden Klage geltend gemacht. Sie hat im zweiten Rechtszug eingeräumt, daß die Heizkostenverteiler infolge fehlender Alu- Streifen bzw. falsch eingestellter Kc-Werte Meßungenauigkeiten im Bereich von 14 % aufgewiesen hätten, was sich aber - so hat sie behauptet - auf das Berechnungsergebnis nicht ausgewirkt habe.

Die Beklagte hat Widerklage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, daß die Klägerin ihr gegenüber nicht berechtigt gewesen sei, ihre Wärmelieferungen für die Heizperioden 1983/84, 1984/85 und 1985/86 aufgrund des "Nachtrags wegen § 18 AVBFernwärmeV gemäß Schreiben der Helios Fernwärmege-
sellschaft mbH vom 15. Mai 1982 zum Wärmelieferungsvertrag vom 12./25. April 1973" abzurechnen, und dies auch in Zukunft nicht sei.

Sie hat im wesentlichen vorgebracht, die Klägerin liefere keine Fernwärme, so daß sie den Abrechnungen statt der Fernwärmeverordnung die Heizkostenverordnung habe zugrundelegen müssen. Nach dem Verdunstungsprinzip arbeitende Geräte seien ungeeignet, zuverlässige Meßwerte anzugeben. Das gelte insbesondere für die hier verwendeten. Die Berechnung eines zweiten Grundpreises und eines zweiten Meß- und Berechnungspreises sei nicht gerechtfertigt. Für einen zweiten Meßpreis

sei zudem deshalb kein Raum, weil bereits ein stetig steigender erster Meßpreis von derzeit ca. 17 DM pro Jahr entrichtet werde, der völlig angemessen sei. Der Warmwasserverbrauch habe gesondert abgerechnet werden müssen. Die Wärmeverluste zwischen dem Heizwerk und den einzelnen Übergabestationen, die mindestens 10 % betragen, hätten nicht auf die Abnehmer umgelegt werden dürfen.

Mit dem ihr nach ihrer Ansicht aus den fehlerhaften Abrechnungen für die Heizperioden 1983/84 und 1984/85 zustehenden Rückforderungsanspruch in Höhe von insgesamt 826,66 DM hat die Beklagte die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Kammergericht zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren und die Abweisung der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

A) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei zur Zeit unbegründet, weil der geltend gemachte Nachzahlungsanspruch der Klägerin mangels Erteilung einer ordnungsgemäßen Abrechnung nicht fällig sei. Die Klägerin sei nicht berechtigt gewesen, nach der Fernwärmeverordnung abzurechnen. Vielmehr habe sie den der Beklagten ab der Heizperiode

1983/84 erteilten Abrechnungen die Vorschriften der Heizkostenverordnung zugrundelegen müssen. Sie liefere der Beklagten nämlich keine Fernwärme. Vom sprachlichen Sinn des Begriffes Fernwärme und der Verkehrsanschauung ausgehend spreche gegen Fernwärme eine räumliche Nähe zwischen Heizungsanlage und Verbrauchsort sowie eine gebietsmäßige und von vornherein geplante Geschlossenheit der versorgten Räume. Eine entscheidende Rolle spiele auch, ob die Wärme vom Anbieter einem unbestimmten Kreis von Nutzern angeboten werde oder ob die Versorgung Räumen gelte, die von demselben Bauherrn auf einem zusammenhängenden kleineren Gebiet errichtet seien, wobei in einem dieser Gebäude die Heizzentrale als Teil einheitlicher Planung untergebracht sei. Im letzteren Falle könne nicht von Fernwärme gesprochen werden. Ein solcher Sachverhalt liege hier vor. Aus der Präambel des zwischen der In[REDACTED] GmbH und der De[REDACTED] Sh[REDACTED] AG geschlossenen Pachtvertrages folge, daß - was auch verwirklicht worden sei - das Heizwerk nach dem Plan der Bauherrin ausschließlich eine zusammenhängende und überschaubare Wohnanlage habe versorgen sollen. Zudem sei das Heizwerk in die Wohnanlage räumlich integriert; es befinde sich im Keller des Hauses Nr. 1. Der Umstand, daß die Heizzentrale und deren technische Einrichtungen nicht im Miteigentum der Gemeinschaft der Teilerbbauberechtigten (§ 30 WEG), sondern im Sondereigentum der Investbau stünden, spreche nicht gegen die Qualifikation der erzeugten Wärme als Zentralheizungs-wärme. Da die Klägerin somit keine Fernwärme liefere und daher nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 HeizkostenV dem Gebäudeeigentümer gleichstehe, habe sie nach der Heizkostenverordnung abrechnen müssen.

Die zulässige Widerklage sei begründet. Dies folge aus den Ausführungen zur Klageabweisung.

B) Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Die Abweisung der Klage läßt sich mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht halten.

1. Die streitige Abrechnung, aus der die Klägerin ihr Zahlungsbegehren der Höhe nach ableitet, ermangelt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb der erforderlichen Ordnungsmäßigkeit, weil sie auf der Grundlage der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742) und nicht der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung - HeizkostenV) vom 23. Februar 1981 (BGBl. I S. 261, ab 1. Mai 1984 in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 1984 - BGBl. I S. 593 - und ab 1. März 1989 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 - BGBl. I S. 116) erstellt ist. Die Vertragsbeziehungen der Parteien fallen nämlich in den sachlichen Anwendungsbereich der Fernwärmeverordnung.

a) Diese am 1. April 1980 in Kraft getretene Verordnung erfaßt nach ihrem § 37 Abs. 2 unmittelbar auch Versorgungsverträge, die - wie hier - vor ihrem Inkrafttreten zustande gekommen sind.

b) 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. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

aa) Die Klägerin benutzt zum Abschluß ihrer Versorgungsverträge vorformulierte Vertragsmuster und -bedingungen.

bb) Der zwischen den Parteien geschlossene Wärmelieferungsvertrag hat die Versorgung mit Fernwärme zum Gegenstand.

Der erkennende Senat hat mit Urteil vom 25. Oktober 1989 (VIII ZR 229/88, zur Aufnahme in BGHZ vorgesehen) entschieden, daß es sich um Fernwärme handelt, wenn die Wärme aus einer nicht dem Eigentümer des zu versorgenden Gebäudes gehörenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig produziert und an andere geliefert wird. So liegt der Fall im Gegensatz zu dem durch Senatsurteil vom 9. April 1986 (VIII ZR 133/85 = WM 1986, 893) entschiedenen, in dem die Heizungsanlage im Eigentum des Gebäudeeigentümers stand, auch hier. Eigentümerin des Teilerbbaurechtsanteils Nr. 178 und der dort installierten Heizungsanlage ist, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, die Firma In[REDACTED] GmbH und nicht die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Diese Firma hat die Anlage wiederum an einen Dritten (die Muttergesellschaft der Klägerin) zur eigenständig gewerblichen Wärmeerzeugung und -lieferung verpachtet.

Soweit das Berufungsgericht demgegenüber die Ansicht vertritt, gegen Fernwärme spreche hier die räumliche Nähe

zwischen Heizungsanlage und den versorgten Gebäuden, die gebietsmäßige, von vornherein geplante Geschlossenheit der versorgten Räume und - entscheidend - der Umstand, daß die Wärme nicht einem unbestimmten Kreis von Nutzern angeboten werde, sondern die Versorgung Räume gelte, die in einer von vornherein bestimmten Zahl auf einem zusammenhängenden, kleineren und überschaubaren Gebiet errichtet seien, kann dem nicht gefolgt werden. In der oben zitierten - nach Verkündung des Berufungsurteils ergangenen - Entscheidung vom 25. Oktober 1989 hat der Senat unter Hinweis auf das Regelungsziel der Heizkostenverordnung vom 23. Februar 1981 und der hierzu erlassenen Verordnung zur Änderung energiesparender Vorschriften vom 19. Januar 1989 (BGBI. I S. 109) ausgesprochen, daß es für die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall gelieferte Wärme als Fernwärme einzuordnen ist, nicht auf die räumliche Entfernung der Heizungsanlage zu dem versorgten Gebäude und das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes, also nicht auf eine bestimmte räumliche Ausdehnung des vom Wärmelieferanten versorgten Gebietes ankommt. Daran wird festgehalten. Gleichermaßen unerheblich ist es, ob die Zahl der Wärmeabnehmer oder der zu versorgenden Räume von vornherein feststeht oder nicht. Ein solches Kriterium scheidet schon deshalb als Begriffsmerkmal für "Fernwärme" aus, weil alle Wärmeerzeugungsanlagen auf eine bestimmte Versorgungskapazität ausgelegt sind und deshalb in jedem Falle zumindest die maximale Abnehmerzahl von vornherein festliegt. Auch der - vom Berufungsgericht hervorgehobene - Umstand, daß das Heizwerk in einem zur Wohnanlage gehörenden Gebäude untergebracht ist und damit "in die Wohnanlage integriert" sein soll, ist jedenfalls dann ein ungeeignetes Abgrenzungskriterium, wenn das Heizwerk nicht im Eigentum

der Eigentümergeinschaft, sondern - wie hier - eines Dritten steht, mag dieser selbst auch Mitglied der Eigentümergeinschaft sein.

2. Obwohl hiernach die Klägerin ihren Abrechnungen zu Recht die Fernwärmeverordnung zugrundegelegt hat, vermag der Senat nicht abschließend über die Klageforderung zu befinden. Die Beklagte hat eine Reihe von Einwendungen geltend gemacht, die die sachliche Richtigkeit der Abrechnungen betreffen. Diesen, in tatsächlicher Hinsicht noch klärungsbedürftigen Einwänden ist das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht nachgegangen. Dies wird es nachzuholen haben.

In der im wesentlichen gleichgelagerten Parallelsache VIII ZR 8/89 (= 22 U 1168/88 des Kammergerichts Berlin), die zur Klage ebenfalls an den 22. Zivilsenat des Berufungsgerichts zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden ist, hat der Senat mit Urteil vom 6. Dezember 1989 (zur Veröffentlichung bestimmt) in rechtlicher Hinsicht zu den gleichen Beanstandungen der dortigen Beklagten, soweit sie erheblich waren, Stellung bezogen. Darauf wird Bezug genommen.

Soweit die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits außerdem grundsätzliche Bedenken gegen die nach dem Verdunstungsprinzip arbeitenden Heizkostenverteiler erhoben hat, wird auf § 18 Abs. 1 S. 4 AVB FernwärmeV und das Senatsurteil vom 9. April 1986 (VIII ZR 133/85 = WM 1986, 893, 895 unter II 2 b bb) verwiesen.

II. Das angefochtene Urteil kann auch keinen Bestand haben, soweit der Widerklage stattgegeben worden ist.

1. Das Feststellungsbegehren der Beklagten, das allgemein formuliert ist und nicht auch auf einzelne Abrechnungspositionen abstellt, hat die Klärung der Frage zum Ziel, ob für die Abrechnungen der Klägerin die Fernwärmeverordnung oder die Heizkostenverordnung ab der Heizperiode 1983/84 maßgebend war. So haben die Vorinstanzen den Feststellungsantrag übereinstimmend verstanden. Revision und Revisionserwiderung gehen gleichfalls von diesem Verständnis aus.

Da indessen - wie oben unter B I 1 ausgeführt - die Vertragsbeziehungen der Parteien in den sachlichen Anwendungsbereich der Fernwärmeverordnung fallen, folgt daraus ohne weiteres die Unbegründetheit des geltend gemachten Feststellungsanspruches.

2. Daran vermag für die Zeit nach dem 30. September 1989 nichts zu ändern, daß die Klägerin für die nach diesem Zeitpunkt beginnenden Abrechnungszeiträume gemäß § 1 Abs. 3 HeizkostenV in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Januar 1989 (aaO) verpflichtet ist, die Kosten der Wärme- und Warmwasserlieferung nach der Heizkostenverordnung auf die einzelnen Nutzer zu verteilen (§ 12 Abs. 4 HeizkostenV n.F.). Auf diese, beim Schluß der Tatsachenverhandlung noch nicht in Kraft getretene Änderung der Heizkostenverordnung konnte sich der Feststellungsantrag nicht erstrecken. Davon abgesehen wäre insoweit auch keine Gefährdung des Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 ZPO ersichtlich.

III. Hinsichtlich der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch