

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 155/83

URTEIL

Verkündet am: 2. März 1984

H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Rainer M [REDACTED],
 2. Rosemarie M [REDACTED],
- beide wohnhaft K [REDACTED] Straße [REDACTED],
Sch [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

W [REDACTED] Genossenschaft F [REDACTED] e.G.,
gesetzlich vertreten durch den Vorstand Helmut Z [REDACTED]
und Siegfried Sch [REDACTED], H [REDACTED] Straße 2, A [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 20. Mai 1983 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten sind Miteigentümer einer vermieteten Eigentumswohnung in dem Anwesen H■■■■straße ■ in A■■■■. Das Wohngebäude ist an ein Fernheizwerk angeschlossen, das die Klägerin auf ihrem Grundstück Flur-Nr. ■■■1 der Gemarkung A■■■■ betreibt. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers dieses Flurstücks bestellte ■■■3 die Rechtsvorgängerin der Klägerin an dem damals ebenfalls ihr ge-

- 3 -

hörigen Grundstück Flur-Nr. 000, aus dessen Trennstücken später u.a. das Grundstück H[REDACTED]straße [REDACTED] hervorgegangen ist, eine Grunddienstbarkeit. Danach ist der Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt, durch das dienende Grundstück Heizleitungen zu verlegen, während es dem Eigentümer des dienenden Grundstücks untersagt ist, auf seinem Grundstück "Anlagen zu errichten oder zu betreiben oder errichten und betreiben zu lassen, die der Erzeugung von Wärme zur Raumheizung und von Wärme zur Bereitung von Brauchwarmwasser dienen".

Umgekehrt ist das Flurstück [REDACTED] mit einer von der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Zusammenhang mit der Einräumung der Grunddienstbarkeit bestellten Reallast belastet, die die Warmwasserversorgung der aus dem früheren Flurstück 1800 gebildeten Wohngrundstücke durch das Heizwerk dinglich absichert.

Die Klägerin bot den Beklagten am 16. Oktober 1980 den Abschluß eines schriftlichen Wärmelieferungsvertrages an, der eine umfassende Bedarfsdeckungspflicht des Kunden zum Gegenstand hatte. Die Beklagten verlangten den Vorbehalt der Wärmeherzeugung durch einen im Wohnzimmer ihrer Eigentumswohnung eingebauten Kachelofen. Mit dieser Änderung war die Klägerin nicht einverstanden; gleichwohl wird von ihr die Wohnung der Beklagten mit Fernwärme versorgt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verbieten, in der Eigentumswohnung Wärme - ausgenommen durch Elektro-Zusatzgeräte - und fließendes Brauchwarmwasser



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zu erzeugen oder erzeugen zu lassen. Das Landgericht hat den Beklagten die Wärmeerzeugung antragsgemäß untersagt und die weitergehende Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß den Beklagten verboten wird, den im Wohnzimmer installierten Kachelofen zu beheizen oder beheizen zu lassen.

Mit der - zugelassenen - Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Wegen der Grunddienstbarkeit seien die Beklagten auch ohne Abschluß eines schuldrechtlichen Versorgungsvertrages zum Bezug der von der Klägerin gelieferten Fernwärme verpflichtet. Da diese dingliche Belastung vor dem Inkrafttreten der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl I S. 742) bestellt worden sei, sei § 3 Satz 1 dieser Verordnung, wonach das Fernwärmeversorgungsunternehmen dem Kunden auf dessen Verlangen im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren eine anfängliche Bezugsbeschränkung auf einen bestimmten Verbrauchszweck oder auf einen bestimmten Teilbedarf einräumen müsse, auf die Rechtsbeziehungen der Parteien ohne Einfluß. Auf die in § 3 Satz 3 der Verordnung getroffene Ausnahmeregelung könnten sich die Beklagten deshalb nicht berufen, weil die

teilweise Wärmebedarfsdeckung durch eine Beheizung des Kachelofens mit Papier und Holz keine Nutzung regenerativer Energiequellen darstelle.

Die Bestellung der Grunddienstbarkeit habe im übrigen trotz des Fehlens einer zeitlichen und gegenständlichen Einschränkung der Bezugspflicht nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des jeweiligen Eigentümers des belasteten Grundstücks werde hierdurch nicht so wesentlich eingeschränkt, wie dies etwa bei "Brauereidienstbarkeiten" der Fall sei.

II.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Unzutreffend ist allerdings die Auffassung der Revision, die auf §§ 1027, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützte Unterlassungsklage sei bereits deshalb als unbegründet abzuweisen (vgl. BGH-Urteil vom 22. September 1972, I ZR 19/72, LM UWG § 1 Nr. 250 = WM 1973, 118), weil der Kachelofen noch gar nicht in Betrieb genommen worden sei, sondern die Beklagten sich lediglich berühmt hätten, daß sie bzw. ihre Mieter hierzu berechtigt seien. Zwar trifft es zu, daß die bloße Behauptung, bestimmte dienstbarkeitswidrige Handlungen vornehmen zu dürfen, noch keine Beeinträchtigung des dinglichen Rechts darstellt (vgl. MünchKomm/Falckenberg, § 1027 Rdn. 3). Die Revision übersieht aber, daß die Klägerin bereits in der Klageschrift vorgetragen

hat, die Beklagten hätten den Kachelofen installiert und "unstreitig" wiederholt beheizt. Die Beklagten haben daraufhin erwidert, der Kachelofen sei nur einmal probegeheizt worden; dabei hätte sich die Notwendigkeit einer Reparatur des Notkamins erwiesen, über deren zwischenzeitliche Durchführung ihnen nichts bekannt sei. Selbst wenn diese Reparatur noch ausstehen sollte, ändert dies nichts daran, daß die Inbetriebnahme des Kachelofens ernstlich zu besorgen ist. Die Anlegung eines strengeren Maßstabes ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Klägerin kaum überprüfen kann, ob und wann der Kachelofen tatsächlich benutzt wird bzw. endgültig betriebsbereit ist.

Unerheblich ist hierbei, daß gegenwärtig die Benutzung des Kachelofens nur durch die Mieter der Beklagten in Betracht kommen kann. Es ist nämlich nicht dargetan, daß es den Beklagten unmöglich wäre, ihren Mietern die Benutzung des Kachelofens zu untersagen (vgl. die Senatsurteile vom 27. Mai 1959, V ZR 78/58, LM BGB § 1004 Nr. 44 = NJW 1959, 2013; vom 11. November 1966, V ZR 191/63, LM BGB § 1004 Nr. 90 = NJW 1967, 246 und vom 7. April 1967, V ZR 14/65, LM BGB § 1028 Nr. 1).

2. Auch die gegen die Wirksamkeit der Grunddienstbarkeit gerichteten Angriffe der Revision sind im Ergebnis unbegründet.

Das Berufungsgericht geht rechtsbedenkenfrei davon aus, daß die Grunddienstbarkeit (ebenso auch die Real-last) nicht schon deshalb unwirksam ist, weil sie von der Rechtsvorgängerin der Klägerin am eigenen Grundstück bestellt worden ist (vgl. RGZ 142, 231; BGHZ 41, 209).

Die Grunddienstbarkeit hat auch einen zulässigen Inhalt. Gegenstand des dinglichen Rechts ist nicht eine unmittelbare Abnahme- oder Bezugspflicht der von der Klägerin angebotenen Fernwärme, die als positive Leistungspflicht des Eigentümers gemäß § 1018 BGB nicht (Haupt-)Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein könnte. Die Grundbucheintragung und die darin in Bezug genommene Eintragungsbewilligung besagen nur, daß Errichtung und Betrieb von Heizungsanlagen zu unterlassen sind. Diese dem Eigentümer des dienenden Grundstücks auferlegte Unterlassungspflicht hat freilich die - vom Besteller auch gewollte - Folge, daß Eigentümer oder sonstige Benutzer, sofern sie sich nicht ganzjährig in unbeheizten Wohnräumen aufhalten wollen, tatsächlich darauf angewiesen sind, Heizwärme von dem Betreiber des auf dem begünstigten Grundstück errichteten Fernheizwerks zu beziehen. Die Unterlassungsdienstbarkeit darf daher nicht isoliert gesehen werden; ihre Bestellung diene vielmehr, worauf die Revision zu Recht hinweist, der Absicherung künftiger schuldrechtlicher Bezugsverpflichtungen. Soweit die Revision hieraus allerdings den Schluß ziehen will, die Grunddienstbarkeit bilde lediglich einen "Blankettrahmen", der erst durch den Abschluß eines schuldrechtlichen Versorgungsvertrages einen "materiellen Inhalt" bekomme, ist ihr nicht zu folgen. Sollte die Revision damit meinen, auch ohne die Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung sei die Wirksamkeit der sachenrechtlichen Unterlassungspflicht vom Bestehen eines obligatorischen Wärmebezugsvertrages abhängig, widerspräche dies dem nichtakzessorischen Charakter einer "Sicherungsgrunddienstbarkeit". Aber auch die Annahme, bei einer Veräußerung des dienenden Grundstücks hätte sich der mit der

Bestellung der Grunddienstbarkeit verfolgte Sicherungszweck ohne weiteres erledigt, wäre nicht zutreffend. Eine derartige Grundstücksbelastung soll nämlich regelmäßig nicht nur verhindern, daß sich der Eigentümer vorzeitig von seinen schuldrechtlichen Bezugsverpflichtungen lossagt, sondern sie soll dem Begünstigten im Falle des Grundstücksverkaufs auch ein Mittel gegen den Erwerber in die Hand geben, welches diesen zur Aufnahme eigener vertraglicher Beziehungen veranlaßt. Gerade der letzte Gesichtspunkt ist für die von der Rechtsvorgängerin der Klägerin angestrebte langfristige Absatzsicherung der von ihr erzeugten Fernwärme von besonderer Bedeutung. Allein durch schuldrechtliche Abreden hätte der Möglichkeit eines Wechsels in der Eigentümer- bzw. Wohnungseigentümerstellung nur unvollkommen Rechnung getragen werden können, da die Vereinbarung, die Bezugsverpflichtung in einem solchen Fall an den Erwerber weiterzugeben, diesem gegenüber rechtlich unverbindlich wäre.

Diese Art der Dienstbarkeitsbestellung begegnet keinen grundsätzlichen Bedenken; sie ist regelmäßig weder wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig, noch stellt sie eine unzulässige Gesetzesumgehung dar. Auch ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Das wegen der Unmöglichkeit einer unmittelbaren dinglichen Sicherung der Bezugspflichten notwendige Ausweichen in die Unterlassungsdienstbarkeit ist auch dann ernstlich gewollt, wenn die umfassende dingliche Unterlassungspflicht durch schuldrechtliche Ausübungsregelungen wieder eingeschränkt wird.

Dies alles entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGHZ 74, 293; Senatsurteil vom 13. Juli 1979, V ZR 122/77, LM BGB § 138 (Bb) Nr. 47 = NJW 1979, 2149; BGH-Urteil vom 25. März 1980, KZR 17/79, LM GWB § 34 Nr. 14 = NJW 1981, 343 und Senatsurteil vom 24. September 1982, V ZR 96/82, NJW 1982, 315), an der der Senat trotz der geäußerten Kritik (so vor allem Joost NJW 1981, 308 und MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rdn. 43 ff) festhält. Zwar betreffen die genannten Urteile überwiegend sogenannte Brauereidienstbarkeiten; zu der Frage der Zulässigkeit der mittelbaren dinglichen Absicherung von Fernwärmebezugspflichten liegt eine höchstrichterliche Entscheidung nicht vor, und die Meinungen der Instanzgerichte sind hierzu geteilt (bejahend: LG Mannheim BWNotZ 1978, 44; OLG Düsseldorf DNotZ 1980, 159; verneinend: BayObLG in mehreren veröffentlichten Beschlüssen, BayObLGZ 1976, 218; MittBayNot 1978, 213 und MDR 1980, 579, das auch in der Literatur Zustimmung gefunden hat, vgl. Herrmann in Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht 2. Aufl. Einl. Rdn. 0 23; Horber, Grundbuchordnung 16. Aufl. Anh. zu § 3 Anm. 3 Ba; Palandt/Bassenge, BGB 43. Aufl. § 1018 Anm. 4 a; Linde, BWNotZ 1980, 29, 32, 33; Joost, JZ 1979, 467, 469 und NJW 1981, 308, 313). Nach Auffassung des Senats weist die vorliegende Fallgestaltung aber keine so wesentlichen Besonderheiten auf, daß eine andere rechtliche Beurteilung gerechtfertigt wäre. Dabei mag es zutreffen, daß sich der Grunddienstbarkeitsverpflichtete dem tatsächlichen Zwang, von dem begünstigten Fernheizwerk Heizwärme zu beziehen, nicht entziehen kann, weil in Deutschland der ganzjährige Aufenthalt in unbeheizten Räumen nicht möglich ist. Dem gleichen Zwang sieht sich auch der aus einer Brauereidienstbarkeit Verpflichtete ausgesetzt,

wenn etwa aufgrund der Lage und der baulichen Beschaffenheit das dienende Grundstück in wirtschaftlich sinnvoller Weise nur als Gaststättengrundstück nutzbar ist. Dieser Gesichtspunkt wird zwar in den angeführten Urteilen des Bundesgerichtshofs nicht angesprochen; die Frage der Gesetzesumgehung wird dort weniger unter dem Blickwinkel des Verbots, positives Tun zum (Haupt-)Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu machen, als vielmehr im Hinblick darauf erörtert, daß sich nach der rechtlichen Natur der Dienstbarkeit ihr Gegenstand als Einschränkung der Eigentümerrechte am Grundstück selbst und nicht als bloße Beschneidung der rechtsgeschäftlichen Freiheit des Eigentümers darstellen muß (vgl. grundlegend hierzu BGHZ 29, 244). Alle diese Entscheidungen gehen jedoch ersichtlich davon aus, daß die Wirksamkeit der Grundstücksbelastung nicht davon abhängt, ob der Eigentümer die im Falle eines Vertragsbruches durch eine Geltendmachung der sachenrechtlichen Unterlassungspflicht drohenden Nachteile nur durch eine Wiederaufnahme des Getränkebezuges oder etwa auch durch eine Änderung der Grundstücksnutzung vermeiden kann. Allein diese Auffassung führt auch zu sachgerechten Ergebnissen. Jede Pflicht zum Unterlassen führt notwendigerweise zu einer mehr oder weniger starken Einengung des Handlungsspielraums des Verpflichteten. Die Grenze zur "formellen" Unterlassungsdienstbarkeit, die "materiell" ein positives Tun zum Gegenstand hat, dort ziehen zu wollen, wo dem Eigentümer des dienenden Grundstücks keine ausreichenden Entscheidungsmöglichkeiten mehr verbleiben und sein Tun - ob gewollt oder ungewollt - zwangsläufig in eine bestimmte Richtung gedrängt wird, brächte ganz erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich und wäre praktisch kaum durchführbar (so zutreffend Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 7. Aufl. Rdn. 485 b).

Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, daß die Geltendmachung der Grunddienstbarkeit zeitlich nicht begrenzt ist. Der Revision ist zuzugeben, daß nach gefestigter Rechtsprechung zeitlich unbeschränkte Bezugsbindungen in der Regel sittenwidrig sind und die von der Rechtsprechung aufgestellten Zeitschranken nicht auf dem Weg über die dingliche Sicherheit entwertet werden dürfen. Daher ist regelmäßig auch die zeitlich unbegrenzt geltende "Sicherungsdienstbarkeit" von der Nichtigkeitsanktion des § 138 Abs. 1 BGB bedroht (BGHZ 74, 293, 298, 299; Senatsurteil vom 13. Juli 1979 aaO NJW 1979, 2150; BGH-Urteil vom 25. März 1980 aaO NJW 1981, 345). Dem Berufungsgericht ist aber darin zuzustimmen, daß sich die vor allem in der Rechtsprechung zur Wirksamkeit langfristiger Bindungen in Bierlieferungsverträgen entwickelten Grundsätze nicht auf Wärmeversorgungsverträge übertragen lassen. Die Interessenlage ist sowohl auf der Abnehmer- als auch auf der Lieferantenseite unterschiedlich. Während Änderungen der Konsumgewohnheiten, insbesondere Veränderungen in der Geschmacksrichtung, den gewerbetreibenden Schankwirt unmittelbar betreffen und ein vitales Interesse daran begründen können, nicht über allzulange Zeit an ein und dieselbe Brauerei gebunden zu sein, hat die Brauerei andererseits regelmäßig die Möglichkeit, den Verlust eines Abnehmers durch den Gewinn eines neuen wieder auszugleichen. Ein Privatmann dagegen, der ein an ein Fernheizwerk angeschlossenes Haus bewohnt, hat gleichmäßigen Bedarf an Wärme bzw. Warmwasser. Wie er diesen Bedarf deckt, ist für ihn von untergeordneter Bedeutung, sofern die Versorgung zu angemessenen Preisen geschieht. Demgegenüber ist ein Fernwärmeversorgungsunternehmen angesichts des hohen Investitionsaufwandes und der laufenden Unterhaltungskosten darauf angewiesen, die Kalkulation

langfristig zu erhalten und auf eine breite Basis zahlreicher Abnahmepflichtiger zu stellen. Hinzu kommt, daß dem Betreiber eines Fernheizwerks kein beliebiger Markt offensteht, sondern aus technischen Gründen nur die Bewohner eines begrenzten Gebietes als Abnehmer in Frage kommen. Aufgrund dieser Erwägungen ist das Bestreben eines Versorgungsunternehmens, langfristige oder gar zeitlich unbegrenzte Bezugsbindungen durchzusetzen, nicht als sittenwidrig zu mißbilligen (vgl. BGHZ 64, 288, 293).

Der Umstand, daß gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV die Laufzeit von Versorgungsverträgen, die nach Inkrafttreten dieser Verordnung zustande kommen, "höchstens 10 Jahre" beträgt, ist für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des 1973 vorgenommenen sachenrechtlichen Bestellungsgeschäftes schon deshalb ohne Bedeutung, weil dabei allein die zum Zeitpunkt der Errichtung des Rechtsgeschäfts bestehenden Verhältnisse zugrunde zu legen sind (st.Rspr., vgl. BGHZ 7, 111, 114; 20, 71, 75). Im übrigen gilt nach Satz 2 der Vorschrift eine Verlängerung des Versorgungsvertrages um jeweils fünf Jahre als stillschweigend vereinbart, wenn der Vertrag nicht von einem der Vertragspartner vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt wird.

3. Das Berufungsurteil kann jedoch aus einem anderen Grunde nicht bestehen bleiben.

Das Berufungsgericht meint, daß bereits infolge des Erwerbs des mit der Grunddienstbarkeit belasteten Wohnungseigentums Rechte und Pflichten der Parteien hinsichtlich des Bezuges von Fernwärme begründet worden seien und

auf dieses Rechtsverhältnis seien die Vorschriften der Fernwärmeverordnung unmittelbar anzuwenden. Diese Ausführungen beruhen nicht nur auf einer Verkenntung des Gegenstandes der Grunddienstbarkeit, sondern lassen auch die gebotene Trennung zwischen dinglichem und obligatorischem Recht vermissen. Die Vorschriften der Fernwärmeverordnung gelten nach §§ 1, 37 Abs. 2 nur für den schuldrechtlichen Versorgungsvertrag, so daß durch ihr Inkrafttreten Inhalt und Umfang des dinglichen Rechts nicht unmittelbar berührt worden sind. Das Berufungsgericht hätte daher die Frage, ob zwischen den Parteien ein Wärmebezugsvertrag zustande gekommen ist, nicht offenlassen dürfen:

a) Die Entscheidungserheblichkeit eines Vertragsschlusses ergibt sich aus dem Sicherungscharakter der Grunddienstbarkeit. Die Klägerin hätte nämlich mit Abschluß eines Wärmeversorgungsvertrages zumindest schlüssig auf die Ausübung des dinglichen Rechtes verzichtet, soweit es den Rahmen des schuldrechtlich Vereinbarten übersteigen sollte (vgl. BGHZ 74, 293, 296, 297).

Fehlen - so die Auffassung der Beklagten - obligatorische Bindungen, so würde sich die Klägerin dem Vorwurf der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) aussetzen, wenn sie ihre dingliche Rechtsstellung auszunutzen versuchte, um von den Beklagten einen zu deren Nachteil von den Bestimmungen der Fernwärmeverordnung abweichenden Bezug von Fernwärme zu verlangen. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 der Verordnung werden nämlich von ihr abweichende Geschäftsbedingungen nur dann Inhalt des Fernwärmeversorgungsvertrages, wenn dem Kunden zuvor ein Angebot auf der Grund-

lage der §§ 2 bis 34 der Verordnung unterbreitet worden ist und sich dieser gleichwohl mit den vorgeschlagenen Abweichungen ausdrücklich einverstanden erklärt. Die dieser Vorschrift zugrunde liegende Absicht des Verordnungsgebers, es dem Versorgungsunternehmen unmöglich zu machen, seine Marktstellung zur faktischen Außerkraftsetzung der Verordnung einzusetzen, darf nicht auf dem Umweg über die dingliche "Sicherungsdienstbarkeit" zunichte gemacht werden. Die Klägerin müßte daher den Beklagten die Möglichkeit der Kachelofennutzung einräumen, sofern ihr dies - gegebenenfalls zu einem Sondertarif - wirtschaftlich zumutbar ist (vgl. § 3 Satz 1 der Verordnung).

b) Bei dieser Rechtslage ist der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif. Das Bestehen vertraglicher Beziehungen ist zwischen den Parteien streitig. Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, daß ein schriftlicher Wärmeversorgungsvertrag nicht abgeschlossen worden sei. Ob aber zwischen den Parteien "auf andere Weise" (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV und Abs. 2 - Vertrags-schluß durch Entnahme von Fernwärme aus dem Verteilungs-netz -) ein Versorgungsvertrag zustande gekommen ist und welchen Inhalt dieser Vertrag hat, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Dazu bedarf es weiterer tatrichterlicher Feststellungen. Die Annahme eines solchen Vertrags-schlusses liegt, worauf die Klägerin im Berufungsverfahren bereits mehrfach hingewiesen hat, nahe, nachdem die Wohnung der Beklagten von der Klägerin tatsächlich mit Fernwärme versorgt wird.

Da das Berufungsgericht keine Feststellungen darüber getroffen hat, in welchem zeitlichen Zusammenhang der Beginn der Fernwärmeversorgung mit der Abgabe des schriftlichen Angebotes vom 16. Oktober 1980 steht, kann nicht ausgeschlossen werden, daß bereits vor diesem Zeitpunkt vertragliche Beziehungen der Parteien bestanden. In diesem Falle würde auf sie gemäß § 37 Abs. 2 AVBFernwärmeV u.a. deren § 3 unmittelbar anwendbar sein. Danach hätte die Klägerin den Beklagten im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren die Möglichkeit einräumen müssen, den Bezug auf einen bestimmten Verbrauchszweck oder einen Teilbedarf zu beschränken.

Sollte erst nach der Abgabe des schriftlichen Angebotes vom 16. Oktober 1980 die Belieferung der Beklagten aufgenommen worden sein, so stünde die Auseinandersetzung um die Kachelofennutzung der Annahme eines Vertragsschlusses nicht entgegen. Erklärt sich ein Kunde mit den vom Fernwärmeversorgungsunternehmen vorgelegten allgemeinen Bedingungen nicht einverstanden, so gelten, wenn der Vertrag gleichwohl durchgeführt wird, die Bestimmungen der Fernwärmeverordnung (vgl. § 1 Abs. 3). Der etwaige Widerspruch eines Wärmelieferanten oder eines Kunden, nicht zu den Bedingungen dieser Verordnung liefern oder beliefert werden zu wollen, wäre unbeachtlich.

Da die Beklagten in diesem Falle schon bei der Aufnahme der Vertragsverhandlungen auf der Gestattung der Kachelofennutzung beharrt hätten, müßte die Klägerin auch diesem Verlangen im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren nachgeben (§ 3 Satz 1 der Verordnung).

Andererseits ist trotz des tatsächlichen Bezuges der Fernwärme das Vorliegen vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien nicht zwingend, da unter Umständen nur die Mieter der Beklagten Vertragspartner der Klägerin sind (vgl. Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, AVBV-Kommentar, § 2 Rdn. 39).

4. Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Klägerin die Beheizung des Kachelofens nicht zu dulden braucht, so wird es bei der Entscheidung über die Kosten zu berücksichtigen haben, daß die von ihm vorgenommene Umformulierung des landgerichtlichen Tenors nicht nur eine Klarstellung enthält, sondern in der Sache eine Abänderung des Landgerichtsurteils zum Nachteil der Klägerin ist. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, der Streit der Parteien gehe allein um die Kachelofennutzung und nur den habe das Landgericht auch entscheiden wollen. Die Annahme, der Klageantrag dürfe nicht wörtlich verstanden werden, das eigentliche Begehren der Klägerin habe allein auf das Verbot dieser konkreten Form der Wärmebedarfsdeckung abgezielt, verbietet sich schon deshalb, weil die Klägerin die Auseinandersetzung um den Kachelofen zum Anlaß genommen hat, auch das Verbot der mit Hilfe dieses Ofens nicht zu bewerkstelligen Erzeugung von Brauchwarmwasser in ihren Antrag aufzunehmen. Insoweit hat das Landgericht die Klage rechtskräftig abgewiesen. Es hat daher dem Klageantrag nicht die enge Bedeutung beigemessen, die das Berufungsgericht für richtig erachtet. Hinzu kommt, daß die Klägerin im Berufungsverfahren der Rüge der Beklagten, der Tenor des Landgerichtsurteils sei zu weit gefaßt, ausdrücklich entgegengetreten ist.

5. Das Berufungsgericht wird darauf hingewiesen, daß die im Urteilseingang der angefochtenen Entscheidung aufgeführten Richter nicht mit den unterzeichnenden und im Sitzungsprotokoll vom 13. Mai 1983 angegebenen Richtern übereinstimmen.

Dr. Thumm

Linden

Dr. Eckstein

Räfle

Hagen