

**Oberlandesgericht Düsseldorf, I-22 U 73/04**

Datum: 14.01.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 73/04
Tenor: Die Berufung der Beklagten gegen das am 12. Mai 2004 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 3. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten Entgelt für Fernwärmelieferungen.

Im Februar 1990 schloss die Klägerin mit dem damaligen Eigentümer des Grundstücks R. 28 in W., einem Gewerbeobjekt mit mehreren Mietern, einen Fernwärmelieferungsvertrag (Bl. 22 ff GA). Gemäß § 6 des Vertrages sollte das Entgelt für die entnommene bzw. gemessene Fernwärme nach der als Anlage beigefügten Preisregelung "FW" (Bl. 27 GA) berechnet werden. § 13 des Vertrages bestimmt, dass ergänzend die Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVB FernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742) in ihrer jeweils gültigen Fassung gelten soll. Im Jahre 1996 vereinbarte die Klägerin mit dem Voreigentümer, dass das Entgelt nicht mehr nach der Preisregelung "FW", sondern nach der Preisregelung "ZD" (Bl. 91 ff GA) berechnet werden sollte.

Im Jahre 2000 erwarb die Beklagte zu 1) das Grundstück. Gesellschafter der Beklagten zu 1) sind die Beklagten zu 2) und 3), die ihren Lebensunterhalt mit der Vermarktung von Immobilien bestreiten und denen damals etwa 40 Hausgrundstücke gehörten.

Mit Schreiben an die Klägerin vom 9. Oktober 2000 (Bl. 21 GA) trat die Beklagte zu 1) in den Fernwärmelieferungsvertrag des Voreigentümers ein. Mit Schreiben vom 21. November 2000 (Bl. 95 GA) übersandte die Klägerin der Beklagten zu 1) die Preisregelung "ZD" mit der Bitte, diese unterzeichnet zurückzusenden, was die Beklagte zu 1) nicht tat. In den folgenden 2 Jahren lieferte die Klägerin der Beklagten zu 1) Fernwärme und rechnete die Lieferungen nach der Preisregelung "ZD" ab. Die Beklagte zu 1) bezahlte die Rechnungen anstandslos. Vom 19. Dezember 2002 bis zum 30. April 2003 lieferte die Klägerin weiter Fernwärme für das Grundstück. Diese Lieferungen rechnete sie nach der Preisregelung "ZD" mit 4 Rechnungen vom 3. Februar, 6. März, 3. April und 4. August 2003 (Bl. 28 ff GA) über insgesamt 28.070,43 EUR, die Klagesumme, ab.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an sie 28.070,43 EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 9.718,80 EUR seit dem 20. Februar 2003, aus 7.005,94 EUR seit dem 23. März 2003, aus 6.485,92 EUR seit dem 20. April 2003 und aus 4.860,40 EUR seit dem 21. August 2003 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,
 die Klage abzuweisen.

Sie haben behauptet, sie hätten die Aufgaben der Beheizung sowie der Pflege und Wartung der der Beklagten zu 1) gehörenden Versorgungseinrichtungen des Grundstücks der u.a. zu diesem Zweck gegründeten H. Haus und G. GmbH (im folgenden: HGS), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 3) ist, ab dem 1. Januar 2003 übertragen. Dies habe die Beklagte zu 1) der Klägerin mit Schreiben vom 29. November 2002 (Bl. 52 GA) mitgeteilt und die HGS mit Schreiben vom 23. Januar 2003 (Bl. 53 GA) der Klägerin bestätigt. Die HGS sei Mieterin in dem Objekt. Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, nicht sie schuldeten, sondern allenfalls die HGS schulde die eingeklagten Entgelte. Die Preisregelung "ZD" sei nicht Bestandteil des Vertrages mit der Beklagten zu 1) geworden. Die Preiserhöhungsklausel der Preisregelung "FW" sei unwirksam. Sie verstoße sowohl gegen die Vorschriften des vormaligen Währungsgesetzes bzw. des nunmehr geltenden Preisangaben- und Preisklauselgesetzes i.V.m. der Preisklauselverordnung als auch gegen § 24 Abs. 3 AVB FernwärmeV, wozu die Beklagten näher vorgetragen haben. Umsatzsteuer sei nicht geschuldet. Hilfsweise haben die Beklagten nacheinander folgende Zurückbehaltungsrechte geltend gemacht: in Höhe von 12.820,42 EUR wegen ihrer Meinung nach in den Jahren 2001 und 2002 unnötig gezahlter Umsatzsteuer, in Höhe von 20.132,29 EUR wegen ihrer Meinung nach im Jahre 2001 zuviel gezahlter zu Unrecht erhöhter Entgelte und in Höhe von 35.636,67 EUR wegen vermeintlich im Jahr 2002 zuviel gezahlter Entgelte. Zu den Zurückbehaltungsrechten sind die Beklagten der Ansicht gewesen, ein Zurückbehaltungsrecht dürfe gemäß § 309 Nr. 2 b BGB nicht ausgeschlossen werden. Soweit ein solcher Ausschluss durch die AVB FernwärmeV und § 310 Abs. 2 BGB bestimmt werde, verstießen diese Vorschriften gegen die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11

Die Klägerin hat demgegenüber gemeint, ein Schreiben der Beklagten zu 1) vom 29. November 2002, dessen Zugang sie bestreitet, sei als Kündigung gemäß § 10 Abs. 1 des Fernwärmelieferungsvertrages ohnehin zu spät. Die HGS habe in den Vertrag gemäß § 32 Abs. 4 AVB FernwärmeV nicht eintreten können, da sie weder Rechtsnachfolgerin der Beklagten zu 1) noch ihr gleichgestellt sei. Die Einwendungen der Beklagten gegen die Preisregelung seien gemäß § 30 AVB FernwärmeV unerheblich, da die Beklagten keinen offensichtlichen Fehler rügten. Umsatzsteuer schuldeten sie gemäß Nr. 6 der Preisregelung "ZD". Ein Zurückbehaltungsrecht hätten sie gemäß §§ 30, 31 AVB FernwärmeV nicht. Diese unterfalle als Rechtsverordnung nicht den §§ 305 ff BGB. Auf Verbraucherschutzrechtliche Vorschriften könnten die Beklagten sich nicht berufen, da sie keine Verbraucher im Sinne des § 13 BGB seien. 12

Das Landgericht hat zu den Umständen der Vertragsübernahme durch die HGS Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeuginnen B. und C. sowie des Zeugen v. d. H.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschriften vom 24. März 2004 (Bl. 130 ff GA) und vom 31. März 2004 (Bl. 150 f GA). 13

Mit Urteil vom 12. Mai 2004 hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Die Klägerin habe gegen die Beklagten als Gesamtschuldner einen Anspruch auf Zahlung der Klagesumme aus dem Fernwärmelieferungsvertrag. Die Beklagte zu 1) sei gemäß § 32 Abs. 4 AVB FernwärmeV durch Mitteilung vom 9. Oktober 2000 Vertragspartnerin der Klägerin geworden. Die Beklagte zu 1) habe den Vertrag nicht gekündigt. Mit ihrem Schreiben vom 29. November 2002 habe sie unabhängig von dessen Zugang die Kündigungsfrist des § 10 des Vertrages schon nicht eingehalten. Die HGS habe den Vertrag von der Beklagten zu 1) nicht übernehmen können, da sie nicht zu dem privilegierten Personenkreis des § 32 Abs. 4 AVB FernwärmeV gehöre. Die Entgelte stünden der Klägerin auch der Höhe nach zu. Für den Vertrag gelte die Preisregelung "ZD", nach deren Nr. 6 die Beklagten auch Umsatzsteuer schuldeten. Diese schon mit dem Voreigentümer vereinbarte Preisregelung habe die Beklagte zu 1) von diesem übernommen. Außerdem habe die Klägerin 2 Jahre lang ohne Beanstandungen der Beklagten nach der Preisregelung "ZD" abgerechnet. Ein Zurückbehaltungsrecht könnten die Beklagten gemäß § 30 AVB FernwärmeV nicht geltend machen. Diese Vorschrift verstoße nicht gegen § 309 Nr. 2 b BGB. Die AVB FernwärmeV sei als Rechtsverordnung keine Allgemeine Geschäftsbedingung; auch schließe § 310 Abs. 2 BGB die Anwendung des § 309 BGB aus. Die Vereinbarkeit des § 30 AVB FernwärmeV und des § 310 Abs. 2 BGB mit der Richtlinie 93/13/EWG könne dahinstehen, weil die Beklagte zu 1) keine Verbraucherin sei. Sie verwalte eine Vielzahl von Immobilien mit dem Ziel der Gewinnerzielung. Sie unterhalte dazu einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, auch Büroräume, und beschäftige die Immobilienkauffrau C. Die eingeklagten Entgelte seien nicht offensichtlich fehlerhaft im Sinne des § 30 AVB FernwärmeV berechnet. Eine Überprüfung der von den Beklagten angegriffenen Preisänderungsklausel erfordere vertiefte rechtliche Überlegungen und eine weitere tatsächliche Aufklärung. Zurückbehaltungsrechte könnten die Beklagten gemäß § 31 AVB FernwärmeV nicht geltend machen. Das in dieser Vorschrift geregelte Aufrechnungsverbot schließe ein Zurückbehaltungsrecht ein, weil die Zurückbehaltung einer Aufrechnung gleichkäme. 14

Mit ihrer Berufung rügen die Beklagten: § 32 Abs. 4 AVB FernwärmeV hindere einen Eintritt der HGS in den Vertrag nicht. Es genüge, dass sie in die Rechtsstellung der Beklagten zu 1) einrücke. Es müsse deshalb Beweis über den Zugang der Vertragsübergabe- bzw. Vertragsübernahmeerklärungen der Beklagten zu 1) und der HGS erhoben werden. Die Preiserhöhungsklausel sei nicht wirksam, wobei die Beklagten auf ihr Vorbringen im ersten Rechtszug Bezug nehmen. Aus diesem Grunde müsse auch Beweis über die Zusammensetzung des Preises (Kohlepreis und Löhne) erhoben werden. Schließlich sei der Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechtes mit dem Europarecht nicht vereinbar. Auch insoweit nehmen die Beklagten auf ihren Vortrag im ersten Rechtszug Bezug. Ergänzend bringen sie vor, sowohl die Beklagte zu 1) als auch die Beklagten zu 2) und 3) seien Verbraucher. Die Beklagte zu 1) halte lediglich neun Immobilien. Die Zeugin C. sei nicht bei dieser beschäftigt, die Beklagte zu 1) unterhalte auch keine Büroräume. Die Zeugin verwalte lediglich Immobilien der Beklagten zu 1) von einem Büro verschiedener Gesellschaften der Beklagten zu 2) und 3) aus. 15

Die Beklagten beantragen, 16
das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen. 17

Die Klägerin beantragt, 18
die Berufung zurückzuweisen. 19

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres Vorbringens im ersten Rechtszug. 20

B. Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Mit Recht und weitgehend zutreffender Begründung hat das Landgericht der Klage stattgegeben. 21

Die Klägerin hat gegen die Beklagten als Gesamtschuldner einen Anspruch auf Entgelt für die Lieferung von Fernwärme in Höhe der Klagesumme aus dem Fernwärmelieferungsvertrag. Die Beklagten dürfen dagegen ein Zurückbehaltungsrecht nicht geltend machen. 22

I. Die Beklagte zu 1) ist nach wie vor Vertragspartnerin der Klägerin. 23

1. Ursprünglich ist Vertragspartner der Klägerin der Voreigentümer des Grundstücks gewesen. Durch Schreiben vom 9. Oktober 2000 (Bl. 21 GA) ist die Beklagte zu 1) in dieses Vertragsverhältnis eingetreten. Gemäß § 32 Abs. 4 S. 1 AVB FernwärmeV hat es hierzu (entgegen § 415 Abs. 1 S. 1 BGB) der Zustimmung der Klägerin nicht bedurft. 24

2. Selbst wenn die Schreiben der Beklagten zu 1) vom 29. November 2002 (Bl. 52 GA) und/oder der HGS vom 23. Januar 2003 (Bl. 53 GA) der Klägerin zugegangen sind (was diese bestreitet), hat dadurch die HGS nicht in den Vertrag eintreten können. Dem steht § 32 Abs. 4 S. 1 AVB FernwärmeV entgegen. 25

a) Die Vorschrift regelt ihrem Wortlaut nach den Fall, dass "anstelle des bisherigen Kunden ein anderer Kunde in die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten" eintritt. Der Wortlaut sagt nicht, wer neuer Kunde sein kann. Der Wortlaut schließt es nicht aus, dass dies jeder sein kann, der (vollständig) in die Rechte und Pflichten des bisherigen Kunden eintritt. Dies hat die HGS hier vor. 26

b) Doch schon aus dem Zusammenhang der AVB FernwärmeV ergibt sich ein eingeschränktes Verständnis desjenigen, der Kunde sein kann: Gemäß § 3 S. 2 AVB FernwärmeV ist der Kunde verpflichtet, seinen Wärmebedarf im vereinbarten Umfang aus dem Verteilungsnetz des Fernwärmeversorgungsunternehmens zu decken. Danach ist Kunde derjenige, 27

der einen Wärmebedarf hat und ihn insgesamt in vertraglich vereinbartem Umfang bei dem Versorgungsunternehmen deckt. Einen Wärmebedarf für ein Grundstück haben zum einen der Eigentümer, der dieses Grundstück entweder selbst nutzt oder seinen Mietern gegenüber verpflichtet ist, ihnen Wärme zur Verfügung zu stellen, und zum anderen der Mieter, der als Endnutzer Wärme benötigt. Wärmebedarf in vereinbartem Umfang, d. h. für das gesamte Grundstück, hat hier nur die Beklagte zu 1) als Eigentümerin und Vermieterin. Da es mehrere Mieter im Objekt gibt, hat keiner der Mieter Wärmebedarf für das gesamte Grundstück. Die HGS hat einen solchen Bedarf nicht. Ein Wärmebedarf der HGS für das gesamte Grundstück kann auch nicht dadurch erzeugt werden, dass ihr angeblich die Aufgaben der Beheizung des Grundstückes übertragen sind. Auch als eine von mehreren Mietern auf dem Grundstück hat sie keinen Wärmebedarf für das gesamte Grundstück.

c) Auch der Sinn und Zweck des § 32 Abs. 4 S. 1 AVB FernwärmeV ergibt ein eingeschränktes Verständnis der Vorschrift. Sie regelt eine Ausnahme von § 415 Abs. 1 S. 1 BGB, der einen Gläubiger davor schützt, einen neuen Schuldner aufgedrängt zu bekommen. Entgegen der Ansicht der Berufung ist, da es um eine Ausnahme geht, eine enge Auslegung der Vorschrift angebracht. Es ist nur dann gerechtfertigt, dem Fernwärmeunternehmen den Schutz des § 415 Abs. 1 S. 1 BGB zu nehmen, wenn an die Stelle seines bisherigen Kunden ein Kunde tritt, der als Nutzer die rechtlich gleiche Position hat wie der vorherige Kunde. Als solcher rechtlich gleichwertiger Kunde kommen der neue Eigentümer als Nachfolger des bisherigen Eigentümers und der neue Mieter als Nachfolger des bisherigen Mieters in Betracht. So heißt es auch in der amtlichen Begründung der AVB FernwärmeV (abgedruckt in Danner/Theobald, Energierecht, Kommentar, zu § 32 Versorgungsbedingungen): Da bei Fernwärme im Gegensatz zu Strom und Gas grundsätzlich keine Anschluss- und Versorgungspflicht besteht, muss ein reibungsloser Kundenwechsel zulässig sein, um die Veräußerung von angeschlossenen Grundstücken oder auch den Mieterwechsel, wenn der Mieter selbst Kunde ist, nicht zu erschweren. Der Wechsel vom Eigentümer zum Mieter ist in diesem Sinne kein Wechsel zu einem rechtlich gleichwertigen Kunden. Der Mieter ist wegen des ihm gemäß § 32 Abs. 3 AVB FernwärmeV zustehenden Sonderkündigungsrechtes der gegenüber dem Eigentümer "schwächere" Kunde des Versorgungsunternehmens. Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit (Zahlungsfähigkeit) eines neuen Kunden, auf die die Berufung abstellen will, ist kein tragfähiges Kriterium für einen zulässigen Kundenwechsel. Die wirtschaftliche Gleichwertigkeit des neuen Kunden ist kaum zu gewährleisten und für das Versorgungsunternehmen schwer zu überprüfen. Hat es Bedenken an der Zahlungsfähigkeit des neuen Kunden, kann das Versorgungsunternehmen den Vertrag gemäß § 32 Abs. 4 S. 3 AVB FernwärmeV kündigen. Ein Kundenwechsel von der Beklagten zu 1) zur HGS kommt demnach nicht in Betracht, weil diese anders als die Beklagte zu 1) nicht Eigentümerin des Grundstücks ist. Ihre vermeintliche Stellung als (einzelne) Mieterin im Objekt reicht für eine rechtliche Gleichwertigkeit nicht aus. 28

d) Da ein Kundenwechsel von der Beklagten zu 1) auf die HGS aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist, kommt es darauf, ob die Klägerin die Vertragsübergabe- und -übernahmeerklärungen der Beklagten zu 1) und der HGS erhalten hat, nicht an. Einer Beweisaufnahme zu deren Zugang bedarf es nicht. 29

II. Die Beklagten schulden Entgelt in Höhe der Klagesumme. 30

1. Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) ist die Preisregelung "ZD" (Bl. 91 ff GA) wirksam vereinbart. 31

a) Diese Preisregelung ist - unstreitig - schon mit dem Voreigentümer im Jahre 1996 vereinbart worden. Die Beklagte zu 1) hat diese Preisregelung mit ihrem Vertragseintritt so übernommen. Es ist unschädlich, dass sie später das ihr von der Klägerin übersandte Exemplar der Preisregelung "ZD" nicht unterzeichnet hat. Die Preisregelung "ZD" ist zudem auch dadurch zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) schlüssig vereinbart, dass die Klägerin 2 Jahre lang monatlich ihre Rechnungen auf der Grundlage dieser Preisregelung erstellt und die Beklagte zu 1) diese anstandslos beglichen hat. Die Beklagten greifen mit der Berufung auch nicht mehr an, dass die Preisregelung "ZD" Vertragsbestandteil ist. 32

b) Die von den Beklagten (mit der Berufung auch) gegen die Preisregelung "ZD", zumal gegen die Preisänderungsklausel Nr. 2, vorgebrachten Einwände sind gemäß § 30 Nr. 1 AVB FernwärmeV unbeachtlich. 33

(1) 34

Nach dieser Vorschrift berechtigen Einwände gegen Rechnungen zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen. Offensichtliche Fehler sind solche, bei denen bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel an der Fehlerhaftigkeit der Rechnung besteht, zum Beispiel Ablese- und Berechnungsfehler (Tegethoff/Büdenbender/Klinger, das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Kommentar, Band II, Rn 6 zu § 30 AVB GasV (gleichlautend mit AVB FernwärmeV); amtliche Begründung, abgedruckt in Danner/Theobald, a.a.O., zu § 30 VersorgBdg; BGH WM 1990, 608, 610; OLG Hamm NJW-RR 1989, 1455). Ein Fehler ist dann nicht mehr offensichtlich, wenn er vertiefte rechtliche Überlegungen oder weitere tatsächliche Aufklärung erfordert (Danner/Theobald, a.a.O., Nr. 1 zu § 30, 31 VersorgBdg; OLG Hamm, a.a.O.; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1518 f). 35

(2) Nach den genannten Kriterien sind die Rechnungen der Klägerin hier nicht offensichtlich fehlerhaft. Die Beklagten wenden ein, die Preisänderungsklausel der Preisregelung "ZD" entspreche nicht den Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVB FernwärmeV. Sie meinen, zu den Faktoren Kohlenpreis und Lohn müsse Beweis erhoben werden. Um diesen Angriffen nachgehen zu können, wäre nicht nur eine umfangreiche rechtliche Prüfung vonnöten, sondern auch weitere tatsächliche Aufklärung der zugrundegelegten Preisfaktoren. Dieser Aufwand ist weit davon entfernt, dass der vermeintliche Fehler der Rechnungen offensichtlich wäre. 36

2. Die Beklagten schulden nach den 4 Rechnungen der Klägerin insgesamt die Klagesumme. Die Beklagten haben die den Rechnungen zugrundegelegten Verbräuche und Preise (ansonsten) nicht angegriffen. Umsatzsteuer schulden sie der Klägerin gemäß Nr. 6 der Preisregelung "ZD" (Bl. 94 GA). Dagegen haben die Beklagten sich im zweiten Rechtszug auch nicht mehr gewandt. 37

III. Die Beklagten können gegen den Entgeltanspruch der Klägerin kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. 38

1. 39

Dies ergibt sich aus § 31 AVB FernwärmeV. 40

a) Nach dieser Vorschrift kann gegen Ansprüche des Fernwärmeversorgungsunternehmens nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufgerechnet werden. Dieses Aufrechnungsverbot erfasst auch das 41

a) Nach dieser Vorschrift kann gegen Ansprüche des Fernwärmeversorgungsunternehmens nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen aufgerechnet werden. Dieses Aufrechnungsverbot erfasst auch das

- Verbot, gegen Ansprüche des Fernwärmeversorgungsunternehmens ein Zurückbehaltungsrecht mit einem gleichartigen Anspruch geltend zu machen. Ein Zurückbehaltungsrecht käme einer unzulässigen Aufrechnung gleich (Tegethoff/Büdenben-der/Klinger, a.a.O., Rn 6 zu § 31 AVB GasV (gleichlautend mit § 31 AVB FernwärmeV), m.w.N.). Denn dadurch würde der Zweck des Aufrechnungsverbot, den Streit um Gegenrechte des Kunden aus der Abrechnung des Versorgungsunternehmens herauszuhalten, vereitelt (Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den allgemeinen Versorgungsbedingungen, Band II, Rn 28 zu § 31 AVBV). Das Recht des Kunden auf Zahlungsaufschub und -verweigerung regelt § 30 AVB FernwärmeV abschließend (vgl. Tegethoff/Büdenben-der/Klinger, a.a.O.). 42
- b) Die Aufrechnung und damit auch das Zurückbehaltungsrecht sind nicht nur außergerichtlich, sondern auch im Rechtsstreit ausgeschlossen. Weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Regelung des § 31 AVB FernwärmeV ergibt sich, dass im Prozess gleichwohl aufgerechnet werden könnte. Dem Kunden ist es - wie bei sonstigen Aufrechnungsverboten - unbenommen, seine Gegenrechte im Wege der Widerklage geltend zu machen (vgl. OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1518, 1519 f). 43
- c) Ob der aus § 31 AVB FernwärmeV hergeleitete Ausschluss eines Zurückbehaltungsrechtes des Kunden mit § 309 Nr. 2 b BGB vereinbar ist, kann dahinstehen, weil die AVB FernwärmeV als Rechtsnorm keiner Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff BGB unterliegt (Heinrichs in Palandt, BGB, Rn 6 zu § 310). § 310 Abs. 2 S. 1 BGB ist auf den vorliegenden Fall ohnehin nicht anzuwenden, weil die Beklagte zu 1) kein Sonderabnehmer im Sinne dieser Vorschrift ist. 44
2. Das Verbot der Zurückbehaltung verstößt nicht gegen die Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Amtsblatt Nr. L 095 vom 21/04/1993 S. 29 - 34). Auf diese Richtlinie können die Beklagten sich nicht berufen, da sie keine Verbraucher sind. 45
- a) Die Beklagte zu 1) und damit auch die Beklagten zu 2) und 3) sind keine Verbraucher gemäß § 13 BGB, da sie die Fernwärme als Eigentümer und Vermieter des Grundstückes im Rahmen ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit bezogen haben. 46
- (1) 47
- Nach BGHZ 104, 205, 208; 119, 252, 256 f sind Kriterien für eine selbständige berufliche Tätigkeit eine auf Dauer gerichtete Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen soll, ein planmäßiger Geschäftsbetrieb, insbesondere die Unterhaltung eines Büros oder einer sonstigen Organisation, sowie der Umfang der erforderlichen Verwaltungsgeschäfte. 48
- (2) 49
- Nach diesen Kriterien üben die Beklagte zu 1) und damit die Beklagten zu 2) und 3) als ihre Gesellschafter eine selbständige berufliche Tätigkeit aus. Die Beklagte zu 1) hat - wie die Berufung einräumt - insgesamt 9 Immobilien. Nach den Angaben des Beklagten zu 3) bei seiner Anhörung (Bl. 130 GA) halten die Beklagten zu 2) und 3) Immobilien in der Hoffnung, ihren Lebensunterhalt damit bestreiten zu können. Die Zeugin und Immobilienkauffrau C. verwaltet von einem Büro aus auch die Immobilien der Beklagten zu 1). Dies räumt auch die Berufung ein. Diese Umstände reichen insgesamt aus, um die Verwaltung der Immobilien der Beklagten zu 1) als selbständige berufliche Tätigkeit und nicht bloß Verwaltung privaten Vermögens zu bewerten. 50
- b) 51
- Der Verbraucherbegriff des BGB deckt sich insoweit mit demjenigen des Art. 2 b der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den von den Beklagten erwähnten Erwägungsgründen 7, 10 und 11 der Richtlinie 2000/ 31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Amtsblatt Nr. L 178 vom 17.07.2000 S. 1 - 16). 52
- Anlass, die Sache dem EuGH vorzulegen, gibt es nicht. 53
- IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 und 2 ZPO. 54
- Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 oder 2 ZPO nicht vorliegen. 55
- Streitwert: 28.070,43 EUR 56
- a. M.-P. R. 57
- 58