



*De*

**OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL**

VI – U (Kart) 19/04  
2 O 347/03  
LG Kleve

Verkündet laut Protokoll am 23. Februar 2005  
Giesen, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

**Beklagte und Berufungsklägerin,**

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

**g e g e n**

[REDACTED]

**Klägerin und Berufungsbeklagte,**

Prozessbevollmächtigte: Die bei einem Oberlandesgericht zugelassenen Rechts-  
anwälte der Sozietät [REDACTED]

hat der 1. Kartellsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Belker, den Richter am Oberlandesgericht Kühnen und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann

**für Recht erkannt:**

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das am 10. Dezember 2003 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Kleve wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
- II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.  
Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- III. Der Streitwert für das Berufungsverfahren und die Beschwerde der Beklagten werden auf jeweils (bis zu) 50.000 € festgesetzt.

**Gründe**

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf der Grundlage des Fernwärmelieferungsvertrages vom 30. September 1987 (Anlage zur Klageschrift, GA 14 ff.) auf Bezahlung von Fernwärme in Anspruch, die sie im Abrechnungszeitraum 2001 für deren Mietobjekte „[REDACTED]“ geliefert hat.

Der Fernwärmelieferungsvertrag der Parteien sieht in § 7 zur Rechnungslegung vor, dass die Klägerin berechtigt und verpflichtet ist, die Kosten für die

Raumheizung und die Warmwasserbereitung namens und im Auftrag der Beklagten mit den Mietern abzurechnen. Die genannte Vertragsklausel bestimmt darüber hinaus, dass die Beklagte als Mieter von leerstehenden Wohnungen gilt und dass die Klägerin beim Zahlungsrückstand eines Mieters spätestens 14 Tage nach erfolgloser Mahnung die von diesem Mieter geschuldeten Beträge der Beklagten berechnen darf.

Unter Berücksichtigung einer während des Prozesses geleisteten Teilzahlung in Höhe von 18.900 € begehrt die Klägerin von der Beklagten restliche 46.401,40 €. Zur Rechtfertigung verweist sie zum einen auf ihre Einzelabrechnungen für die leerstehenden Mietwohnungen in den beiden Objekten (vgl. Sonderband I und II). Zum anderen stützt sich die Klägerin auf ihre Gesamtabrechnung über die im Jahre 2001 an die beiden Mietshäuser der Beklagten insgesamt gelieferte Fernwärme. Der dort ausgewiesene Abrechnungsbetrag steht nach Abzug der von den Mietern geleisteten Zahlungen rechnerisch noch mit einem Betrag von insgesamt 96.519,44 € („*Moerser Straße 276*“: 44.166,15 €; „*Moerser Straße 278*“: 52.353,29 €) offen.

Die Beklagte bezweifelt die inhaltliche Richtigkeit der vorgelegten Abrechnungen sowie die Angemessenheit der in Ansatz gebrachten Preise.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der beanspruchten Zinsen stattgegeben. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und tritt dem Berufungsvorbringen im Einzelnen entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie auf die Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen

## II.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg.



Die Einwände, die die Berufung gegen die Höhe dieser Entgeltforderung erhebt, greifen nicht durch.

1. Das gilt zunächst für die Rüge eines fehlerhaften Abrechnungsverfahrens der Klägerin. Die Beklagte macht dazu geltend, in den leerstehenden Wohnungen seien die Zählerstände Anfang 2002 abgelesen worden. Aus diesem Grund sei die Klägerin nicht berechtigt gewesen, den im Abrechnungsjahr 2001 auf jene Wohnungen entfallenden Fernwärmeverbrauch zu schätzen.

Es kann auf sich beruhen, ob der Einwand als solcher berechtigt ist. Im Entscheidungsfall ist er nämlich für die streitbefangene Zahlungspflicht der Beklagten im Ergebnis ohne Bedeutung. Die Klägerin stützt ihre Entgeltforderung nicht nur auf ihre Einzelabrechnungen für die leerstehenden Wohnungen, sondern daneben auch auf die Abrechnung der insgesamt gelieferten Fernwärmemenge. Wie vorstehend ausgeführt, hat die Beklagte der Klägerin den Gesamtverbrauch zu begleichen, soweit nicht bereits die Mieter aufgrund der ihnen erteilten Einzelabrechnung Zahlungen an die Klägerin erbracht haben. Die danach für das Jahr 2001 verbleibende Zahlungslücke, für welche die Beklagte der Klägerin einzustehen hat, beläuft sich auf insgesamt 96.519,44 €; sie übersteigt damit die Klageforderung bei weitem. Dass die Klägerin den ihrer Gesamtabrechnung zugrunde gelegten Gesamtfernwärmeverbrauch nicht geschätzt, sondern anhand abgelesener Zählerstände berechnet hat, steht zwischen den Parteien außer Streit.

2. Erfolglos bleibt ebenso das Bestreiten der inhaltlichen Richtigkeit der Gesamtabrechnung. Die Beklagte stellt in diesem Zusammenhang in Abrede, dass die Hauptzähler im Zeitpunkt der Ablesung noch geeicht gewesen seien und sie die in der Gesamtabrechnung angesetzten Zählerstände ausgewiesen haben.

Im vorliegenden Prozess ist beiden Einwendungen nicht nachzugehen.

a) Gemäß § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV berechtigen nur offensichtliche Fehler der Rechnung zur Zahlungsverweigerung. Für die Geltendmachung aller anderen Abrechnungsfehler ist der Kunde demgegenüber darauf verwiesen, einen eigenen

Prozess gegen das Fernwärmeunternehmen auf Rückforderung überzahlter Beträge zu führen. Eine offensichtliche Fehlerhaftigkeit im Sinne von § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV liegt vor, wenn die Abrechnung auf den ersten Blick Fehler erkennen lässt, d.h. bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit möglich ist. Diese Fehlerhaftigkeit muss überdies zu einer den Kunden benachteiligenden Unrichtigkeit der Rechnung, mithin zu einer Zuvielforderung des Versorgungsunternehmens führen (vgl. zu allem: BGH, ZMR 1990, 97, 100 m.w.N.; Brandenburgisches OLG, RdE 2004, 20,24; OLG Hamm, WuM 1991, 431, 433). Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV sind dabei vom Fernwärmekunden - vorliegend also von der Beklagten - darzulegen und nachzuweisen (Brandenburgisches OLG, a.a.O.).

b) Nach diesen Rechtsgrundsätzen ist die Beklagte gehindert, im vorliegenden Zahlungsprozess der Klägerin die gültige Eichung der Hauptzähler und die Richtigkeit der in die Abrechnung eingestellten Zählerstände zu bestreiten. Bei beiden Einwänden handelt es sich schon nicht um offensichtliche Abrechnungsfehler. Für keine der Beanstandungen ist zudem dargelegt oder sonst ersichtlich, dass sich die reklamierten Abrechnungsmängel zu ihrem (der Beklagten) Nachteil ausgewirkt und zu einer Zuvielforderung der Klägerin geführt haben.

3. Die Beklagte dringt ebenso wenig mit ihrer Behauptung durch, dass sie Anfang 2001 in sämtlichen leerstehenden Wohnungen die Heizkörperventile gesperrt habe. Selbst wenn man dieses Vorbringen bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt, obschon die Beklagte ihren Sachvortrag zum Zeitpunkt dieser Maßnahme - Anfang 2001 oder Anfang 2002 - im Prozess mehrfach gewechselt hat, bleibt der Einwand erfolglos. Es fehlt an einem offensichtlichen Abrechnungsfehler im Sinne von § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV. Das gilt bereits deshalb, weil der Beanstandung ein streitiger Sachvortrag der Beklagten zugrunde liegt. Für eine auf bestrittenes Vorbringen aufbauende Abrechnungsrüge kann schon im Ansatz nicht angenommen werden, dass bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit der betroffenen Fernwärmeabrechnung möglich sei. Es kommt hinzu, dass die Sperrung der Heizkörperventile ohnehin

nicht mit der erforderlichen Gewissheit auf eine fehlerhafte Abrechnung der Klägerin schließen lässt. Die Klägerin hat in diesem Zusammenhang unwidersprochen vorgetragen, dass sämtliche in Rede stehenden Heizkörper über eine Frostsicherung verfügten und deshalb trotz abgedrehter Heizkörperthermostate in den Wintermonaten ein Fernwärmeverbrauch stattgefunden habe. Vor diesem Hintergrund hätte es der näheren Darlegung durch die Beklagte bedurft, inwieweit gleichwohl die streitbefangene Abrechnung offensichtlich fehlerhaft sein soll. Dazu hätte insbesondere zu den Verbrauchsmengen der Vorjahre vorgetragen und dargelegt werden müssen, dass die abgerechneten Mengen bei abgESPerrten Heizungsventilen keinesfalls angefallen sein können. An einem solchen Sachvortrag fehlt es.

4. Fehlt es in gleicher Weise der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe nicht die korrekte Anwendung und Umsetzung der in § 6 des Fernwärmelieferungsvertrags vereinbarten Preisgleitklausel dargelegt.

a) Nach der genannten Vertragsbestimmung haben die Parteien den mit ursprünglich [REDACTED] DM/qm Wohnfläche vereinbarten Jahresgrundpreis und den mit [REDACTED] Pf./kWh vorgesehenen Arbeitspreis an einen näher bezeichneten Heizölpreis bzw. an eine bestimmte Lohngruppe gekoppelt und vereinbart, dass Grund- und Arbeitspreis automatisch in dem Umfang steigen oder sinken, wie sich auch der betreffende Heizölpreis bzw. Lohn verändert. Bei dieser Vertragslage obliegt der Beklagten die substantiierte Darlegung, dass die in der klägerischen Abrechnung angesetzten Grund- und Arbeitspreise offensichtlich der vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel widersprechen. Denn gemäß § 30 Nr. 1 AVBFernwärmV kann die Beklagte die Bezahlung ihrer Fernwärmerechnung nur verweigern, wenn und soweit die klägerische Abrechnung zu ihrem Nachteil offensichtliche Fehler aufweist. Im Streitfall ist deshalb die nachvollziehbare Darlegung der Beklagten erforderlich, dass die von der Klägerin in Ansatz gebrachten Grund- und Arbeitspreise auf erste Sicht und zweifelsfrei der vertraglich vereinbarten Preisgleitklausel widersprechen. Mit einem bloßen Bestreiten kann sich die Beklagte nicht begnügen.

b) Zu Unrecht beruft sich die Berufung in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. April 2003 (VIII ZR 279/02, veröffentlicht in ZMR 2003, 460). In jener Entscheidung hat der Bundesgerichtshof seine gefestigte Rechtsprechung bestätigt, wonach das Versorgungsunternehmen, das das vom Kunden geschuldete Leistungsentgelt nach billigem Ermessen bestimmen darf (§ 315 Abs. 3 BGB), im Entgeltprozess die Billigkeit seiner Ermessensausübung darzulegen und nachzuweisen hat, und dass § 30 AVBFernwärmeV auf das Bestreiten der Billigkeit der Preisbestimmung keine Anwendung findet. Diese Judikatur ist im Streitfall nicht einschlägig. Der Klägerin ist im Fernwärmelieferungsvertrag der Parteien gerade nicht das Recht eingeräumt worden, die von der Beklagten geschuldete Vergütung einseitig zu bestimmen. Der Vertrag sieht in § 6 vielmehr eine bezifferte Preisvereinbarung sowie eine automatische Preisanpassung bei Veränderung näher bezeichneter Indexpreise vor. Ein irgendwie geartetes Preisbestimmungsrecht steht der Klägerin nicht zu (vgl. auch OLG Karlsruhe, ZNER 2004, 397; Boos, ZNER 2004, 398, 399).

§ 315 BGB ist im Streitfall auch nicht analog anwendbar. Zwar ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass Tarife für Leistungen der Daseinsvorsorge, auf deren Inanspruchnahme der andere Teil angewiesen ist, schon bei einem faktischen Leistungsbestimmungsrecht des Anbieters einer gerichtlichen Kontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB unterliegen (vgl. nur BGH, NJW-RR 1997, 1019 m.w.N.). Darauf kann sich die Beklagte vorliegend indes nicht berufen. Denn es ist weder dargetan noch sonst zu erkennen, dass es sich bei der in dem Fernwärmelieferungsvertrag vom 30. September 1987 enthaltenen Preisvereinbarung nicht um das Resultat einer vertraglich ausgehandelten Einigung über den Preis, sondern in Wahrheit um einen von der Klägerin einseitig vorgegebenen Tarif handelt. Lediglich für den letztgenannten Fall befürwortet die Judikatur eine gerichtliche Preiskontrolle analog § 315 Abs. 3 BGB (vgl. Boos, a.a.O. Seite 399).

c) Damit erledigt sich zugleich der Einwand der Beklagten, die abgerechneten Grund- und Arbeitspreise seien im Vergleich zum Preisniveau anderer Fernwärmeunternehmen überhöht und deshalb nach § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB vom

Gericht auf das angemessene Maß zu reduzieren. Denn die Preisvereinbarung der Parteien fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 315 Abs. 3 BGB.

5. § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV schließt es ebenso aus, im vorliegenden Zahlungsprozess der Klägerin das Bestreiten der abgerechneten Brennstoffkosten, Grundstückskosten sowie sonstigen Nebenkosten und deren Angemessenheit zu berücksichtigen. Auch insoweit handelt es sich nicht um offensichtliche Abrechnungsfehler. Außerdem ist weder von der Beklagten dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die betreffenden Kostenansätze zu einer Überzahlung der Klägerin führen würden.

6. Bereits an § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV scheitert desgleichen der Einwand, die Klägerin habe gemäß § 18 Abs. 7 AVBFernwärmeV i.V.m. § 9 a Abs. 2 HeizkostenV nicht den vertraglich vereinbarten Umlageschlüssel (50 % nach Verbrauch, 50 % nach Wohnfläche) anwenden dürfen, sondern wegen der hohen Zahl der leerstehenden Wohnungen ausschließlich nach der Wohnfläche abrechnen müssen. Auch diese Rüge des falschen Umlageschlüssels betrifft keinen offensichtlichen - d.h. auf den ersten Blick zweifelsfrei bestehenden - Abrechnungsfehler der Gesamtabrechnung. Es bedarf nämlich der rechtlichen Prüfung und Würdigung, ob die Klägerin für das Abrechnungsjahr 2001 verpflichtet gewesen ist, von dem vertraglich vereinbarten Umlageschlüssel abzuweichen (vgl. Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen für Elektrizität, Gas, Fernwärme und Wasser, Band II, § 30 AVBV Rn. 17). Überdies ist offen, ob sich die Anwendung des vertraglich vereinbarten Umlageschlüssels überhaupt zum Nachteil der Beklagten ausgewirkt hat. Die Beklagte macht selbst nicht geltend, dass sie bei einer Abrechnung nach Wohnfläche ein niedrigeres als das von der Klägerin abgerechnete Entgelt zu zahlen haben würde. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Beklagte mit ihrem Einwand nicht durchdringen.

7. Erfolglos bleibt schließlich auch der Sachvortrag der Beklagten, die Klägerin habe ihrer Fernwärmeabrechnung kartellrechtswidrig überhöhte Preise (§ 19

Abs. 1 und 2, Abs. 4 Nr. 2 GWB) zugrunde gelegt. Der Einwand der kartellrechtswidrigen Preisgestaltung betrifft keinen offensichtlichen Abrechnungsfehler und ist schon deshalb im vorliegenden Entgeltprozess der Klägerin ausgeschlossen. Der Vorwurf ist darüber hinaus aber auch in der Sache unberechtigt. Die Klägerin ist nach dem Sach- und Streitstand nicht Normadressatin der genannten Kartellrechtsbestimmung. Die Annahme der Berufung, die Klägerin verfüge über eine marktbeherrschende Stellung (§ 19 Abs. 2 GWB), weil sie einziges Fernwärmeunternehmen in ihrem Versorgungsgebiet sei, beruht auf einer zu engen - und damit fehlerhaften - Marktabgrenzung. Der Angebotsmarkt der Energieversorgung im Raum [REDACTED] beschränkt sich nicht - wie die Beklagte meint - auf die Belieferung mit Fernwärme. Er umfasst vielmehr auch die Lieferanten der - aus Sicht der nachfragenden Kunden funktional austauschbaren - Energieträger Öl, Gas und Elektrizität. Dass die Klägerin auf dem so abgegrenzten Markt eine beherrschende Position inne hat und als Anbieterin von Energie keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB), trägt die Beklagte selbst nicht vor; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Alleine die langjährige Vertragsbindung der Beklagten verschafft - entgegen der Rechtsauffassung, die der Prozessbevollmächtigte der Beklagten im Senatstermin geäußert hat - der Klägerin noch keine marktbeherrschende Stellung.

C. Die Klageforderung ist - entgegen der Auffassung der Berufung - zur Zahlung fällig. § 27 Abs. 1 AVBFernwärmeV knüpft die Fälligkeit der Fernwärmerechnungen lediglich an deren Zugang beim Abnehmer und an bestimmte Fristen. Beide Fälligkeitsvoraussetzungen sind im Streitfall unstreitig erfüllt. Hinzu kommen muss, dass sich die Abrechnung an den vertraglichen und einschlägigen gesetzlichen Vorgaben orientiert, sie gedanklich und rechnerisch nachvollziehbar ist und der Kunde insgesamt in die Lage versetzt wird, den Anspruch des Fernwärmeunternehmens nachzuprüfen (BGH, a.a.O.). Auch diese Anforderungen sind erfüllt. Die streitbefangene Abrechnung der Klägerin ist verständlich und in sich schlüssig. Das gilt auch (und vor allem) für die Gesamtabrechnung der im Jahre 2001 insgesamt gelieferten und durch Zahlungen der Mieter noch nicht beglichenen

Fernwärme (Anlage zum Schriftsatz vom 28.10.2003, GA 678 ff.). Jene Abrechnung, die auf der abgelesenen Gesamtmenge der im Abrechnungszeitraum gelieferten Fernwärme basiert, ist bereits als solche mühelos nachvollziehbar. Sie ist von der Klägerin überdies im Prozess im Einzelnen erläutert worden. Gleichwohl verbleibende Unklarheiten oder Verständnisschwierigkeiten vermag auch die Beklagte substantiiert nicht aufzuzeigen.

Sie verweist in diesem Kontext lediglich auf die Anwendung des - ihres Erachtens gegen § 18 Abs. 7 AVBFernwärmeV i.V.m. § 9 a Abs. 2 HeizkostenV verstoßenden und damit unzutreffenden - Umlageschlüssels. Daraus kann indes schon im Ansatz eine fehlende Fälligkeit der eingeklagten Entgeltforderung nicht hergeleitet werden. Ist die Beklagte nämlich - wie vorstehend ausgeführt - mit dem Einwand des fehlerhaften Umlageschlüssels nach § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV im anhängigen Prozess präkludiert, kann aus ihm auch nicht die mangelnde Fälligkeit der klägerischen Entgeltforderung begründet werden.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

### IV.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung, die der Senat auf der Grundlage höchstrichterlicher Judikatur getroffen hat.

Belker

Kühnen

Dr. Maimann