


recherchiert von: **Norman Fricke** am 02.02.2010

Gericht:	BGH 8. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	06.12.1989	Normen:	§ 1 Abs 1 AVBFernwärmeV, § 18 AVBFernwärmeV, § 30 Nr 1 AVBFernwärmeV, HeizkostenV
Aktenzeichen:	VIII ZR 8/89		
Dokumenttyp:	Urteil		

Begriff der Fernwärme: Meßverfahren für Warmwasserversorgung; Berechtigung zur Zahlungsverweigerung

Leitsatz

1. Für die Einordnung gelieferter Wärme als Fernwärme kommt es nicht darauf an, ob die Zahl der Wärmeabnehmer von vornherein feststeht oder nicht.
2. Die Kosten für die Warmwasserversorgung darf der Fernwärmelieferant ohne eine entsprechende vertragliche Grundlage nicht analog den Kosten der Heizwärmeversorgung anhand der Teilstriche von Heizkostenverteilern auf die einzelnen Abnehmer umlegen.
3. Offensichtliche, zur Zahlungsverweigerung berechtigende Fehler iS AVBFernwärmeV § 30 Nr 1 sind nur solche, die zu einer Zuvielforderung des Fernwärmeunternehmens führen.

Orientierungssatz

1. Zitierung: Fortführung BGH, 1989-10-25, VIII ZR 229/88.

Fundstellen

ZMR 1990, 97-101 (Leitsatz und Gründe)
DWW 1990, 46-49 (Leitsatz und Gründe)
WM 1990, 608-613 (Leitsatz und Gründe)
GWF/Recht und Steuern 1990, 11-15 (Leitsatz und Gründe)
BGHR AVBFernwärmeV § 1 Abs 1 Fernwärme 2 (Leitsatz und Gründe)
BGHR AVBFernwärmeV § 18 Abs 1 Fernwärmekosten 1 (Gründe)
BGHR AVBFernwärmeV § 18 Abs 1 Fernwarmwasser 1 (Leitsatz und Gründe)
BGHR AVBFernwärmeV § 27 Abs 1 Fernwärmerechnung 1 (Gründe)
BGHR AVBFernwärmeV § 30 Nr 1 Fernwärmerechnung 1 (Leitsatz und Gründe)
LM Nr 4 zu AVBFernwärmeV (Leitsatz und Gründe)
MDR 1990, 538-539 (Leitsatz und Gründe)
DB 1990, 1185 (Leitsatz und Gründe)
BBauBl 1990, 583-586 (red. Leitsatz und Gründe)
Grundeigentum 1990, 1305-1307 (red. Leitsatz und Gründe)
BGHWarn 1989, Nr 348 (Leitsatz und Gründe)
BGH-DAT Zivil

Verfahrensgang

vorgehend KG Berlin, 14. November 1988, Az: 22 U 1168/88
vorgehend LG Berlin, 22. Januar 1988, Az: 26 O 202/87

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche OLG Hamm 11. Zivilsenat, 7. November 1990, Az: 11 U 44/90

Literaturnachweise

Ursula Berkner, ET 2005, 952-961 (Aufsatz)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung BGH 8. Zivilsenat, 25. Oktober 1989, Az: VIII ZR 229/88

Tatbestand

- 1 Die Beklagten sind Eigentümer einer im Haus F. Zeile 47 in B. gelegenen Wohnung. Das Haus gehört zu einer 21 Häuser mit insgesamt 404 Wohneinheiten, ein Parkhaus und ein Ladengeschäft umfassenden Eigentumswohnanlage, die aufgrund eines Erbbaurechts errichtet worden ist. Auf dem Grundstück F. Zeile 41, auf dem auch das Ladengeschäft gelegen ist, befindet sich eine Ölheizungsanlage. Aus ihr werden das Ladengeschäft und sämtliche Gebäude der Wohnanlage mit Heizwärme und Warmwasser versorgt. Die Heizungsanlage, das dazugehörige Rohrleitungsnetz und die Übergabestationen in den einzelnen Häusern stehen im Eigentum der I. GmbH. Diese verpachtete die Heizungsanlage durch Vertrag vom 12./25. April 1973 an die D. AG, die den Vertrieb der in dem Heizwerk erzeugten Wärme der Klägerin, ihrer Tochtergesellschaft, übertrug. Diese schloß ihrerseits unter Einbeziehung ihrer Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Wärme aus Heizwerken ebenfalls am 12./25. April 1973 mit den damaligen Wohnungserbbauberechtigten 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 sei, "wenn und soweit nach Vertragsschluß aufgrund von Gesetzen, Verordnungen oder behördlichen Anordnungen neue Investitionen für das HW (= Heizwerk) verursacht werden". Die Beklagten traten dem Vertrag und dessen Nachtrag Nr. 1 am 25. Oktober 1979 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 im Vertrag festgelegt ist (§ 3 Nr. 2) - durch einen im Heizwerk installierten Wärmemengenzähler gemessen. Er wurde im Rahmen des Arbeitspreises auf die einzelnen Abnehmer entsprechend den einhunderttausendstel Anteilen der Wohnungen umgelegt.
- 2 Nach dem Inkrafttreten der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVBFernwärmeV) wies die Klägerin durch Schreiben vom 1. November 1980 darauf hin, daß nach dieser Verordnung ab 31. Dezember 1982 ein verbrauchsabhängiges Meßverfahren eingeführt werden müsse und daher entsprechende Meßeinrichtungen zu verwenden seien. Mit Schreiben vom 15. Mai 1982 teilte sie u.a. auch den Beklagten mit, daß nunmehr zur Ermittlung des verbrauchsabhängigen Entgeltes die Installierung von Verdunstungsgeräten an den Heizkörpern vorgesehen sei. Diese Investitionen und die laufenden Betriebskosten für Ablesung und Wartung der Geräte werde sie mit dem Grundpreis II und dem Meß- und Berechnungspreis II bei den Kunden einfordern. Zur Anpassung der geänderten Verhältnisse füge sie einen "Nachtrag wegen § 18 AVBFernwärmeV" bei. Dieser trete ab 1. Juni 1982 in Kraft. Da sich der Einbau der Verdunstungsgeräte verzögerte, "annulierte" die Klägerin das Schreiben vom 15. Mai 1982 nebst Nachtrag und kündigte einen neuen Nachtrag für Frühjahr 1983 an. Dieser neue Nachtrag vom 25. Mai 1983 "wegen § 18 AVBFernwärmeV gemäß Schreiben ... vom 15. Mai 1982" wurde den Beklagten übersandt. Darin 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.
- 3 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. Aus den den Beklagten für die Heizperioden

1983/84, 1984/85 und 1985/86 erteilten Abrechnungen vom 20. August 1984, 8. August 1985 und 12. August 1986 sind Teilbeträge in Höhe von insgesamt 2.069,52 DM nicht gezahlt worden. Diese hat die Klägerin mit der vorliegenden Klage nebst Zinsen geltend gemacht. Während des Rechtsstreits ist unstreitig geworden, daß an den Heizkostenverteilern erforderliche Alu-Streifen fehlten, sogenannte Kc-Werte falsch eingestellt waren und es deshalb zu Meßungenauigkeiten in Höhe von rund 14% kam.

- 4 Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten und haben Widerklage mit dem Antrag erhoben, festzustellen, daß die Klägerin ihnen gegenüber nicht berechtigt sei, ihre Wärmelieferungen für die Heizperioden 1983/84, 1984/85 und 1985/86 und für die Zukunft aufgrund des Nachtrages wegen § 18 AVB FernwärmeV gemäß Schreiben der Klägerin vom 15. Mai 1982 und dem Nachtrag vom 25. Mai 1983 abzurechnen. Sie haben den Standpunkt vertreten, die ihnen erteilten Abrechnungen seien fehlerhaft. Hierzu haben sie ausgeführt, der Nachtrag vom 25. Mai 1983 zum Wärmelieferungsvertrag sei nicht Vertragsbestandteil geworden, weil sie ihn nicht unterzeichnet hätten. Die Klägerin liefere auch keine Fernwärme, so daß sie nach der Heizkostenverordnung habe abrechnen müssen. Davon abgesehen sei das von der Klägerin verwendete Ablesesystem nicht sachgerecht; die Verdunstungsgeräte zeigten ungenau an. Die Berechnung eines zweiten Meßpreises sei nicht angebracht, weil bereits der Meßpreis I für eine Messung pro Jahr ausreiche. Der zweite Grundpreis für die Anschaffung der Verdunstungsgeräte sei ungerechtfertigt, weil die Anschaffungskosten von der Klägerin zu tragen seien. Die Kosten des Warmwasserverbrauches dürften nicht proportional zum Heizwärmeverbrauch berechnet werden. Die Wärmeverluste zwischen Heizwerk und Übergabestation, die mindestens 10% betragen, müsse die Klägerin tragen.
- 5 Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel der Klägerin zurückgewiesen; dem der Beklagten hat es entsprochen und der Widerklage stattgegeben.
- 6 Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter und erstrebt hinsichtlich der Widerklage die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

- 7 A) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei unbegründet, weil der geltend gemachte Anspruch auf Entgelt für die Lieferung von Fernwärme mangels ordnungsgemäßer Abrechnung nicht fällig sei. Die streitigen Abrechnungen der Klägerin beruhten nämlich fälschlicherweise auf der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme. Zu einer derartigen Abrechnung sei die Klägerin nicht befugt; sie liefere den Beklagten keine Fernwärme, so daß sie die für die Heizung und das Warmwasser entstehenden Kosten nicht nach der Fernwärmeverordnung, sondern nach der Heizkostenverordnung vom 23. Februar 1981 berechnen müsse. Der Anwendungsbereich der Fernwärmeverordnung sei auf solche Betreiber von Wärmeerzeugungsanlagen beschränkt, die eine Vielzahl unterschiedlicher Verbraucher auf einem größeren Gebiet versorgten und bei denen die Zahl der möglichen Abnehmer nicht von vornherein durch die zu versorgenden Baulichkeiten feststehe. Fernwärmelieferung scheidet daher begrifflich aus, wenn - wie hier - für ein einheitliches Bauprojekt von dem Bauherrn die - nur - zur Beheizung der geplanten Gebäude erforderliche Heizungsanlage errichtet und diese so ausgelegt werde, daß ein nachträglicher Anschluß weiterer Abnehmer nicht vorgesehen sei. In einem solchen Falle sei es unerheblich, ob von vornherein beabsichtigt gewesen sei, das Heizwerk durch einen anderen betreiben zu lassen. Davon abgesehen müßte die Klage selbst dann abgewiesen werden, wenn die Anwendung der Heizkostenverordnung im Hinblick auf deren § 6 Abs. 1 Satz 2 hier ausgeschlossen wäre. Dabei könne dahinstehen, ob die vom Landgericht angeführten Bedenken gegen die streitigen Abrechnungen die Beklagten mit Rücksicht auf § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV, wonach die Zahlung nur wegen offensichtlicher Fehler der Abrechnung verweigert werden könne, überhaupt zur Verweigerung der Zahlungen berechtigt hätten. Denn die Klägerin räume nunmehr selbst ein, daß an den Heizkostenverteilern die erforderlichen Alu-Streifen gefehlt hätten, so daß sich Meßungenauigkeiten im Bereich von 14% ergeben hätten. Den Abrechnungen der Klägerin lägen also offensichtliche Ablesefehler zugrunde, die der Beklagten ein Recht zur Zahlungsverweigerung gäben. Ob diese Fehler im Ergebnis letztlich die Forderung der Klägerin, was diese bestreite, beeinflussten, sei demgegenüber unerheblich. Jedenfalls sei die

Klägerin zu einer neuen Abrechnung unter Berücksichtigung der nachträglich festgestellten Meßungenaugigkeit verpflichtet.

- 8 Die Widerklage sei zulässig. Das rechtliche Interesse der Beklagten, daß den Abrechnungen nicht die Fernwärmeverordnung zugrundegelegt werden dürfe, erstrecke sich auch auf die bereits verflossenen Zeiträume. Da § 18 AVBFernwärmeV auf die Vertragsbeziehungen der Parteien nicht anzuwenden sei, erweise sich die Widerklage auch als begründet.
- 9 B) Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- 10 I. Die Abweisung der Klage läßt sich weder mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung noch aus anderen Gründen halten.
- 11 1. Die streitigen Abrechnungen, aus denen die Klägerin ihr Zahlungsbegehren der Höhe nach ableitet, ermangeln 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 sind. Die Vertragsbeziehungen der Parteien fallen nämlich in den sachlichen Anwendungsbereich der Fernwärmeverordnung.
- 12 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.
- 13 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.
- 14 aa) Die Klägerin benutzt zum Abschluß ihrer Versorgungsverträge solche vorformulierte Vertragsmuster und -bedingungen.
- 15 bb) Der zwischen den Parteien geschlossene Wärmelieferungsvertrag hat die Versorgung mit Fernwärme zum Gegenstand.
- 16 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 die Firma I. GmbH, die sie wiederum an einen Dritten (die Muttergesellschaft der Klägerin) zur eigenständig gewerblichen Wärmeerzeugung und -lieferung verpachtet hat.
- 17 Soweit das Berufungsgericht demgegenüber die Auffassung vertritt, "Fernwärme" setze begrifflich voraus, daß durch die Wärmelieferung eine Vielzahl unterschiedlicher Verbraucher auf einem größeren Gebiet versorgt werde und die Zahl der möglichen Abnehmer nicht von vornherein durch die zu versorgenden Baulichkeiten feststehe, 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 (BGBl. 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 den versorgten Gebäuden 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 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.

- 18 2. Auch die vom Berufungsgericht gegebene Hilfsbegründung trägt die Klagabweisung nicht.
- 19 a) Nach § 30 Nr. 1 AVB FernwärmeV berechtigen Einwände gegen die Rechnung zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, daß offensichtliche Fehler vorliegen. Eine solche offensichtliche Fehlerhaftigkeit ist gegeben, wenn die Rechnung auf den ersten Blick Fehler erkennen läßt, d.h. bei objektiver Betrachtung kein vernünftiger Zweifel über die Fehlerhaftigkeit möglich ist (vgl. Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Band II, § 30 AVBV Rdnr. 15; Eckert in Tegethoff/Büdenbender/Klinger, Das Recht der öffentlichen Energieversorgung, Band II, § 30 AVB GasV Rdnr. 6; Ludwig/Cordt/Stech/Odenthal, Der Wirtschaftskommentator, Wirtschaftsrecht Band 4, § 30 AVBEitV S. 162e).
- 20 Diese Fehlerhaftigkeit muß allerdings, um ein Recht zur Zahlungsverweigerung zu begründen, zu einer den Kunden benachteiligenden objektiven Unrichtigkeit der Rechnung, also zu einer Zuvielforderung führen. Wie sich aus der amtlichen Begründung zu § 30 AVB FernwärmeV (abgedruckt bei Hermann/ Recknagel/Schmidt-Salzer aaO S. 1275) ergibt, soll durch diese Vorschrift sichergestellt werden, daß die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Versorgungsunternehmen nicht unvertretbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen in Fällen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen. Das Recht auf Zahlungsverweigerung ist deshalb auf diejenigen Fälle beschränkt worden, in denen die Umstände ergeben, daß Forderungen des Unternehmens offensichtlich unberechtigt sind (vgl. auch Ludwig/Stech/Odenthal aaO S. 162f; Eckert aaO Rdnr. 10). Daran fehlt es hier.
- 21 b) Zwar ist unstrittig, daß bei den auf Plattenheizkörpern angebrachten Heizkostenverteilern die erforderlichen rückseitigen Alu-Streifen gefehlt haben und bei den an den Stahlradiatoren installierten Verteilern der sogenannte Kc-Wert falsch bestimmt war, was zu einer um etwa 14% zu niedrigen Anzeige der Verbrauchseinheiten (Striche) auf den Heizkostenverteilern geführt hat. Darin, daß die Klägerin diese niedrigeren Verbrauchseinheiten ihrer Abrechnung zugrundegelegt hat, liegt zwar ein unrichtiger Berechnungsansatz, der - weil unstrittig - auch offensichtlich ist. Es ist aber nicht offensichtlich, daß die zu niedrig angezeigten und in die Abrechnung eingestellten Verbrauchseinheiten eine Zuvielforderung der Klägerin gegenüber den Beklagten ergeben haben. Dies wäre vielmehr zu verneinen, wenn - was die Klägerin und die Nebenintervenientin vorgebracht haben und wozu das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen hat - die erwähnten Fehler bei der Anbringung und Einstellung der Heizkostenverteiler durchgehend bei allen in die Gesamtabrechnung einbezogenen Wohneinheiten vorgekommen sind und sich systembedingt in gleicher Weise ausgewirkt haben. In diesem Falle würde sich die Kostenaufteilung unter den einzelnen Verbrauchern der Höhe nach nicht ändern. Bei Zugrundelegung der richtigen, nämlich um 14% höheren Verbrauchseinheiten würde sich der Kostenanteil pro Verbrauchseinheit, d.h. der Quotient aus Gesamtkosten und Gesamtzahl der Verbrauchseinheiten in entsprechendem Umfang ermäßigen, so daß das Produkt aus den ermäßigten Kosten pro Verbrauchseinheit und den Neuberechneten höheren Verbrauchseinheiten des einzelnen Kunden dasselbe Ergebnis brächte wie die Berechnung der Klägerin, die sie unter Ansatz der geringeren Verbrauchseinheiten und eines entsprechend höheren Einzelpreises vorgenommen hat.
- 22 Das Berufungsgericht wird daher in tatsächlicher Hinsicht noch zu klären haben, ob die fehlerhafte Installierung und Einstellung der Heizkostenverteiler ihrer Art und Wirkung nach bei allen in die Ermittlung des Einzelpreises pro Verbrauchseinheit einbezogenen Abnehmern gleich war oder ob - was nicht gänzlich auszuschließen ist - bei anderen Abnehmern Abweichungen bestanden, die sich im Endergebnis zum Nachteil der Beklagten ausgewirkt haben konnten.
- 23 c) Ob, wie das Berufungsgericht meint, die Klägerin auch in diesem Falle verpflichtet wäre, den Beklagten eine neue Rechnung unter Ansatz der zutreffenden Verbrauchseinheiten zu erstellen, was zulässigerweise noch während der erneuten Berufungsverhandlung geschehen könnte (vgl. Senatsurteil vom 23. November 1981 - VIII ZR 298/80 = WM 1982, 132, 134), kann im Revisionsverfahren offenbleiben. Das Fehlen einer neuen Abrechnung würde nicht zur Abweisung der Klage, sondern allenfalls zu einer Zug-um-Zug-Verurteilung führen (§ 274

Abs. 1 BGB). Diese kann der erkennende Senat selbst nicht aussprechen, weil die Höhe der Klageforderung in tatsächlicher Hinsicht noch ungeklärt ist.

- 24 Der unzutreffende Ansatz der Verbrauchseinheiten in den Abrechnungen, der auf der zu niedrigen Anzeige der Verdunstungsgeräte beruhte, berührt die Fälligkeit der Gesamtabrechnung nicht, so daß es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht wegen dieses Umstandes gerechtfertigt ist, die Klage mangels Fälligkeit als zur Zeit unbegründet abzuweisen. § 27 Abs. 1 AVBFernwärmeV knüpft die Fälligkeit der Fernwärmerechnungen lediglich an deren Zugang beim Abnehmer und bestimmte Fristen. Hinzukommen muß, daß die Rechnungen ordnungsgemäß sind, d.h. sich an den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen und einschlägigen gesetzlichen Regelungen orientieren sowie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB genügen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 23. November 1981 - VIII ZR 298/80 = WM 1982, 132f). Genügen sie diesen Erfordernissen und sind sie gedanklich und rechnerisch nachvollziehbar, so daß der Abnehmer in die Lage versetzt ist, den Anspruch des Fernwärmeunternehmens nachzuprüfen, so ändern auch einzelne Abrechnungsposten, die strittig und möglicherweise gänzlich oder teilweise ungerechtfertigt sind, jedenfalls dann nichts an der Fälligkeit der Gesamtrechnung im übrigen, wenn sie aus der formal ordnungsgemäßen Abrechnung unschwer herausgerechnet werden können (vgl. Blümmel, Heizung und Heizkostenabrechnung, 1982, S. 57f). Dies ist hier der Fall.
- 25 3. Die Klageabweisung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Das Berufungsgericht hat sich - aus seiner Sicht folgerichtig - mit den weiteren gegen die streitigen Rechnungen erhobenen Einwänden der Beklagten nicht befaßt. Sie rechtfertigen beim derzeitigen Sach- und Streitstand die Abweisung der Klage weder insgesamt noch teilweise.
- 26 a) Die Berechnung eines "zweiten Grundpreises" und eines "zweiten Meßpreises" ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Das Recht der Klägerin zur Bestimmung dieser Teilentgelte findet seine Grundlage in Abschnitt V Nr. 3a der Vertragsinhalt gewordenen Allgemeinen Bedingungen für die Lieferung von Wärme aus Heizwerken in Verbindung mit §§ 315, 316 BGB. Die - im Blick auf das AGB-Gesetz unbedenkliche - AGB-Klausel räumt der Klägerin die Befugnis ein, den Grundpreis an die geänderten Verhältnisse anzupassen, wenn und soweit nach Vertragsschluß aufgrund von Gesetzen, Verordnungen oder behördlichen Anordnungen neue Investitionen für das Heizwerk verursacht werden. Dies ist hier der Fall gewesen. Die Klägerin mußte nach Inkrafttreten der Fernwärmeverordnung zur Ermittlung des verbrauchsabhängigen Entgelts bzw. des anteiligen Wärmeverbrauchs der einzelnen Abnehmer Heizkostenverteiler installieren. Die dadurch entstandenen Investitions- und Folgekosten durfte sie daher im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung an die Abnehmer weitergeben. Daß sie dies nicht durch Erhöhung des ursprünglich vereinbarten Grundpreises getan hat, sondern die Kosten getrennt in einem Grundpreis II und einem Meßpreis II berechnet hat, ist unschädlich. Dies dient ersichtlich der Kostentransparenz für den Kunden.
- 27 Auch die nach §§ 315, 316 BGB bestimmte Höhe des zweiten Grundpreises ist nicht zu beanstanden. Die Beklagten wenden sich hiergegen nicht.
- 28 Hinsichtlich des zweiten Meßpreises machen sie allerdings geltend, dieser sei unangebracht, weil bereits der erste Meßpreis für eine Messung pro Jahr ausreiche. Damit können sie zwar die Berechtigung eines zusätzlichen zweiten Meßpreises nicht in Frage stellen, weil dieser andere Kostenfaktoren abdeckt als der ursprünglich vereinbarte erste Meßpreis. Da dieser indessen geringer als der zweite Meßpreis ist, liegt in dem Vorbringen der Beklagten, daß die mit dem zweiten Meßpreis berechneten Kosten durch den ersten Meßpreis abgedeckt seien, auch die Behauptung, der zweite Meßpreis entspreche der Höhe nach nicht billigem Ermessen im Sinne von § 315 BGB. Auf diesen Einwand der Unbilligkeit der Preisbestimmung können die Beklagten sich in vorliegendem Rechtsstreit berufen und ihn zur Entscheidung des Gerichts stellen (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82 = WM 1983, 341, 342 unter II 2). Das Berufungsgericht wird hierüber noch zu befinden und dabei zu berücksichtigen haben, daß die Klägerin die Darlegungs- und Beweislast für die Billigkeit der getroffenen Bestimmung trägt (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 1983 aaO S. 343 m.w.Nachw.).
- 29 b) Soweit die Beklagten beanstanden, daß die Klägerin den Warmwasserverbrauch analog zum Heizwärmeverbrauch anhand der Teilstriche der Heizkostenverteiler berechnet hat, ist ihnen zwar einzuräumen, daß eine solche Kostenverteilung, die nicht auf einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung beruht und auch in der Fernwärmeverordnung keine Grundlage

findet, nicht sachgerecht ist. Die Meßergebnisse an den Heizkostenverteilern sind nicht zur (relativen) Erfassung des verbrauchten warmen Brauchwassers geeignet. Das Heizverhalten der einzelnen Abnehmer läßt nicht den Schluß zu, daß sie sich entsprechend beim Verbrauch von Warmwasser verhalten. Soweit die Klägerin sich darauf beruft, bei - wie hier - verbundenen Anlagen, bei denen die auf die Warmwasserversorgung entfallende Wärmemenge nicht gemessen werden könne, sei selbst im Rahmen der Heizkostenverordnung nach deren § 9 Abs. 3 Satz 3 ein Anteil von 18% zugrundelegen, verkennt sie, daß durch § 9 Abs. 3 Satz 2 HeizkostenV lediglich die Ermittlung der Anteile der Gesamtkosten für die Versorgung mit Heizwärme und Warmwasser geregelt wird, daß aber die Verteilung der so ermittelten Gesamtkosten der Warmwasserversorgung auf die einzelnen Nutzer gemäß § 9 Abs. 4 HeizkostenV nach § 8 Abs. 1 HeizkostenV zu erfolgen hat, wonach ein anderer, differenzierterer Verteilungsmaßstab anzulegen ist. § 9 Abs. 3 Satz 3 HeizkostenV kann daher zwar zur Festlegung des Anteils der auf die Warmwasserversorgung entfallenden Gesamtwärmekosten entsprechend angewandt werden, nicht aber als Maßstab für die Verteilung auf die einzelnen Abnehmer.

- 30 Gleichwohl steht damit noch nicht die sachliche Unrichtigkeit der Warmwasserabrechnung fest. Die Umlegung der Kosten für die Warmwasserversorgung hat mangels einer abändernden vertraglichen oder gesetzlichen Regelung auch für die hier streitigen Abrechnungszeiträume auf der Grundlage des § 3 des Wärmelieferungsvertrages, also unter Zugrundelegung der Wohnungserbbaurechtsanteile zu erfolgen. Da in tatsächlicher Hinsicht noch nicht geklärt ist, welchen Anteil an den Gesamtwärmekosten die Klägerin für die Warmwasserversorgung angesetzt hat - sie behauptet einen Anteil von 16,5%, während die Beklagten von einem Anteil von 18% ausgehen -, kann der erkennende Senat den von den Beklagten tatsächlich geschuldeten Betrag für die Warmwasserversorgung nicht selbst ermitteln und demgemäß auch nicht feststellen, ob sich aufgrund der neuen Berechnung die von der Klägerin in den streitigen Abrechnungen eingestellten Beträge überhaupt zugunsten der Beklagten ändern. Das Berufungsgericht wird die fehlende tatrichterliche Feststellung nachzuholen und auf dieser Grundlage die auf die Beklagten entfallenden Warmwasserkosten zu berechnen haben. Der Klägerin bleibt es unbenommen, den Beklagten während des erneuten Berufungsverfahrens eine neue Rechnung unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen zu erteilen. Eine Abweisung der Klage im Hinblick auf die bisher fehlende zutreffende Abrechnung der Warmwasserkosten kommt im derzeitigen Verfahrensstadium schon aus Gründen der Prozeßökonomie nicht in Betracht, zumal die Berechnung dieser Kosten nach Klärung der noch offenen tatsächlichen Frage lediglich einfache Rechenschritte erfordert.
- 31 c) Ob der Einwand der Beklagten, die Klägerin habe sie zu Unrecht im Rahmen des Arbeitspreises mit den zwischen Heizwerk und Übergabestation eingetretenen Wärmeverlusten belastet, ohne zu berücksichtigen, daß sie damit den größeren Wärmeverlust bei entfernter liegenden Wohnungen teilweise mittragen müßten, gerechtfertigt ist, läßt sich nach dem bisher festgestellten Sachverhältnis gleichfalls nicht abschließend beurteilen.
- 32 Daß Fernwärmeunternehmen die systemimmanenten Leitungsverluste nicht selbst tragen müssen, sondern in ihre betriebswirtschaftliche Kalkulation mit dem Ergebnis einbeziehen dürfen, daß die Kosten solcher Wärmeverluste die Abnehmer zu zahlen haben, ist selbstverständlich. Fraglich kann hier nur sein, ob die Klägerin die Überbürdung der Kosten der Leitungsverluste auf die Beklagten auch nach Inkrafttreten der Fernwärmeverordnung weiterhin in der Weise vornehmen durfte, daß der Abrechnung - wie ursprünglich vertraglich vereinbart - die im Heizwerk gemessene Wärmemenge zugrundegelegt wurde, oder ob sie diese an den einzelnen Übergabestationen messen und dieses Ergebnis unter - die Leitungsverluste ausgleichender - Erhöhung des Grund- oder Arbeitspreises in die Berechnung einstellen mußte. Dies hängt davon ab, ob den Erfordernissen des § 18 Abs. 1 Nr. 2 AVBFernwärmeV hier genügt ist. Danach ist die Messung des Wärmeverbrauchs im Heizwerk ausnahmsweise zulässig, wenn sich dieses an einer zu den versorgten Gebäudegruppen verbrauchsnahe gelegenen Stelle befindet und die Gebäude vor dem 1. April 1980 an das Verteilungsnetz angeschlossen worden sind. Letzteres ist hier der Fall. Das Vorliegen der ersten Voraussetzung hat die Klägerin unter Beweisanzug behauptet. Das Berufungsgericht wird dem nachzugehen haben, sofern die Beklagten bei einer Messung an den Übergabestationen und gleichzeitiger, der Billigkeit entsprechender Erhöhung des Wärmepreises überhaupt - was notfalls unter Heranziehung eines Sachverständigen (§ 144 ZPO) geklärt werden müßte - besser stünden als nach dem bisherigen Abrechnungsmodus (verneinend Hesler in Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1986, 70, 72 rechte Spalte).

- 33 II. Das angefochtene Urteil kann auch keinen Bestand haben, soweit der Widerklage stattgegeben worden ist. Das Landgericht hat die Widerklage zu Recht abgewiesen, so daß insoweit das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen ist.
- 34 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 - was die Beklagten meinen - die Heizkostenverordnung ab der Heizperiode 1983/84 maßgebend war. Dies haben die Beklagten in ihrer Widerklageschrift ausdrücklich erklärt. So haben auch die Vorinstanzen den Feststellungsantrag übereinstimmend verstanden. Revision und Revisionserwiderung gehen gleichfalls von diesem Verständnis aus.
- 35 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 Feststellungsanspruchs.
- 36 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.