

## Begriff der Fernwärme <sup>†</sup>

AVBFernwärmeVO § 11; HeizkostenVO § 61 2 i. d. F. v. 5. 4. 1984

**Wird aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert, so handelt es sich um Fernwärme. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude oder das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes kommt es nicht an.**

BGH, Urteil vom 25-10-1989 - VIII ZR 229/88 (Köln)

### Zum Sachverhalt:

Die Bekl. bildeten die Eigentümergemeinschaft einer 78 Wohnungseinheiten umfassenden Eigentumswohnanlage in W. Deren Wärmeversorgung erfolgt über eine Heizungsanlage (Heizwerk), die in einem hierfür hergerichteten Kellerraum eines Hauses im M.-Weg installiert ist. Wie während des Rechtsstreits unstreitig geworden ist, steht der Kellerraum im Sondereigentum, die Heizungsanlage im Eigentum der Eheleute D. Die Kl. hat Ansprüche aus der Lieferung von Wärme in den Jahren 1985 und 1986 in Höhe von 68936,94 DM geltend gemacht, wobei sie sich aus abgetretenem Recht auf einen mit der Eigentümergemeinschaft im Jahre 1975 geschlossenen Wärmelieferungsvertrag berief. Die Bekl. wenden ein, die Kl. sei nicht zur Berechnung eines Grundpreises berechtigt.

Das LG hat die Bekl. in der Hauptsache antragsgemäß verurteilt. Das BerGer. hat die gegen die Bekl. zu 25 gerichtete Klage in Höhe von 45920,72 DM abgewiesen und im übrigen das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Die Revision der Bekl. hatte nur in geringem Umfang (hinsichtlich vier Bekl.) Erfolg. Insoweit wurde das Urteil des OLG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

### Aus den Gründen:

A. Das BerGer. hat ausgeführt, der Kl. stehe gegen die Bekl. aufgrund des zwischen diesem und der D

BGH: Begriff der Fernwärme (NJW 1990, 1181)

1182 ▲



abgeschlossenen Wärmelieferungsvertrages gem. § 433 BGB ein Zahlungsanspruch in dem zuerkannten Umfang zu.

Sie sei Rechtsnachfolgerin der D. Die Vertragsübernahmen seien in der von der Kl. dargelegten Weise erfolgt. Dadurch sei zunächst an die Stelle der D die T-AG und sodann an deren Stelle die Kl. unter Übernahme aller sich aus dem Wärmelieferungsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten getreten. Die jeweilige Vertragsübernahme sei wirksam gewesen. Einer Zustimmung der Bekl. zum Auswechseln des Vertragspartners habe es nicht bedurft. Es könne dahinstehen, ob dies schon aus § 5 Nr. 1 des Wärmelieferungsvertrages folge oder ob die Bekl. sogar konkludent durch ihr Verhalten zugestimmt hätten. Denn jedenfalls ergebe sich die Wirksamkeit der Vertragsübernahmen auch bei fehlender Zustimmung der Bekl. aus § 32 VI 2 der am 1. 4. 1980 in Kraft getretenen VO über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeVO). Diese Verordnung und nicht die Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (HeizkostenVO) finde auf das Verhältnis der Parteien Anwendung. Vom sachlichen Geltungsbereich der HeizkostenVO würden die Vertragsbeziehungen der Parteien nicht erfaßt, weil die Kl. nicht Gebäudeeigentümerin des Hauses M.-Weg i. S. des § 11 HeizkostenVO sei und dem Eigentümer auch nicht nach Absatz 2 der Vorschrift gleichstehe. Der Wärmelieferungsvertrag unterfalle vielmehr der Fernwärmeverordnung. Bei der Kl. handele es sich nämlich um ein Unternehmen, das Kunden mit Fernwärme versorge und hierfür Vertragsmuster bzw. -bedingungen verwende, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert seien (§ 11 AVBFernwärmeV). Fernwärme liege jedenfalls dann vor, wenn - wie hier - ein Dritter, der weder mit dem Gebäudeeigentümer identisch noch diesem gleichzusetzen sei, die Wärme aus einer Heizzentrale liefere, die nicht wesentlicher Bestandteil des mit der Wärme versorgten Gebäudes sei. Ohne Bedeutung sei dabei, ob aus der Heizzentrale ein oder mehrere Gebäude beliefert würden.

Die Bekl. seien passiv legitimiert. Dies gelte namentlich auch für die Bekl. zu 2, 3, 19, 20, 22, 43, 47, 52, 66 und

70, die nach ihrer Behauptung bereits vor den hier maßgeblichen Abrechnungszeiträumen aus der Eigentümergeinschaft ausgeschieden seien. Nach § 32IV, V AVBFernwärmeV und dem im wesentlichen inhaltsgleichen § 5 Nr. 2 und 6 a des Wärmelieferungsvertrages sei ein ausscheidender Wohnungseigentümer verpflichtet, dem Erwerber den Eintritt in den Versorgungsvertrag aufzuerlegen. Geschehe dies nicht, so hafte der bisherige Eigentümer weiterhin für die entstehenden Kosten, auch wenn sie von einem Dritten verursacht worden seien. Die vorerwähnten Bekl. hätten nicht dargelegt, daß ihre Nachfolger entsprechend den zitierten Bestimmungen in den Versorgungsvertrag eingetreten seien. Sie hafteten daher weiterhin für die entstandenen Kosten. Etwas anderes gelte auch nicht für die B-KG (Bekl. zu 3, 6, 55 und 64), selbst wenn diese in Konkurs gefallen sein sollte. Dies würde ihre Parteifähigkeit nicht beseitigen, sondern erst ihre Vollbeendigung; eine Vollbeendigung der KG sei jedoch nicht vorgetragen worden. Die Zahlungspflicht der Bekl. sei ferner nicht durch die mit Schreiben vom 26. 10. 1984 ausgesprochene Kündigung des Wärmelieferungsvertrages beseitigt worden. Eine Kündigung sei nach dem Inhalt des Vertrages nur aus wichtigem Grund möglich gewesen. Daran habe es gefehlt. Der in dem Schreiben angeführte Kündigungsgrund, nämlich fehlendes Eigentum der Eheleute D am Heizraum und an der Heizungsanlage, habe nicht bestanden. Der Umstand, daß die Rechte aus dem Wärmelieferungsvertrag auf die Kl. übertragen worden seien, stelle als solcher gem. § 32VI 3 AVBFernwärmeV keinen wichtigen Grund zur Kündigung dar. Andere wichtige Gründe hätten die Bekl. nicht vorgetragen. Auch auf sonstige Weise sei der Wärmelieferungsvertrag nicht beendet worden. Für die Wärmelieferungskosten hafteten die Bekl. als Gesamtschuldner, weil es sich insoweit um in ihrem Namen begründete Verwaltungsschulden der Eigentümergeinschaft handele. In dem zuerkannten Umfang sei die Klageforderung auch der Höhe nach gerechtfertigt. Gegen die Kostenansätze und die Berechnungsweise in den vorgelegten Heizkostenabrechnungen bestünden keine Bedenken. Die Bekl. hätten insoweit auch keine Beanstandungen erhoben.

B) Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung und den Revisionsangriffen im wesentlichen stand.

I. Zutreffend ist das BerGer. von der Sachbefugnis der Kl. ausgegangen. Diese ist wirksam an Stelle der T-AG bzw. der D in den Wärmelieferungsvertrag eingetreten. Daß das Schuldverhältnis jeweils durch rechtsgeschäftliche Einigung zwischen Übertragendem und Übernehmer von der D zum 1. 11. 1980 auf die T-AG und von dieser mit Wirkung vom 1. 7. 1982 auf die Kl. übertragen worden ist, hat das BerGer. bindend (§ 561II ZPO) festgestellt. Die Revision greift dies nicht an.

Sie wendet sich insoweit lediglich gegen die weitere Annahme des BerGer., daß die Vertragsübertragungen wirksam erfolgt seien. Damit kann sie indessen keinen Erfolg haben.

1. Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß eine Vertragsübernahme durch Rechtsnachfolge dadurch herbeigeführt werden kann, daß ein Vertragspartner unter Aufrechterhaltung der Identität des Vertrages ausgewechselt wird (BGHZ 95, 88 (94) m. w. Nachw. = NJW 1985, 2528 = LM § 765 BGB Nr. 40). Dazu ist allerdings grundsätzlich die Mitwirkung aller drei Beteiligten erforderlich, indem entweder zwischen diesen ein entsprechender "dreiseitiger" Vertrag geschlossen oder, wie hier, eine Vereinbarung zwischen zwei Beteiligten getroffen wird und der Dritte dieser zustimmt (BGHZ 96, 302 (308) = NJW 1986, 918 = LM § 123 BGB Nr. 65).

2. Ob die Eigentümergeinschaft der Bekl. der allein zwischen D und der T-AG bzw. zwischen dieser und der Kl. vereinbarten Vertragsübernahme durch die Regelung in § 5 Nr. 1 des Wärmelieferungsvertrages bereits im voraus zugestimmt oder sich durch ihr nachfolgendes Verhalten konkludent damit einverstanden erklärt hat, hat das BerGer. offengelassen. Dies ist indessen unschädlich, weil es im konkreten Falle ausnahmsweise einer Zustimmung der Eigentümergeinschaft zur Wirksamkeit der Vertragsübernahme nicht bedurfte.

3. Wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, fallen nämlich die Vertragsbeziehungen der Parteien in den sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. 6. 1980 (AVBFernwärmeV BGBl I, 742), die zum 1. 4. 1980 in Kraft getreten ist und nach § 37 II unmittelbar auch für Versorgungsverträge gilt, die - wie hier - vor ihrem Inkrafttreten zustande gekommen sind.

Nach § 11 AVBFernwärmeV gelten die §§ 2 bis 34 der VO, 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.

a) Die Kl. ist ein Fernwärmeversorgungsunternehmen. Sie verwendet vorgedruckte Verträge.

b) Das BerGer. ist rechtlich einwandfrei davon ausgegangen, daß der Wärmelieferungsvertrag eine Versorgung mit Fernwärme zum Gegenstand hat.

aa) Was unter Fernwärme zu verstehen ist, ist umstritten. In der Neubaumietenverordnung 1970, der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme und in der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkosten - HeizkostenVO) vom 23. 2. 1981 in der bis zum 28. 2. 1989 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 5. 4. 1984 (BGBl I, 592) wird der Begriff verwendet, aber nicht definiert. In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Meinungen vertreten. Während einerseits der Begriff "Fernwärme" nur dann als erfüllt angesehen wird, wenn der Lieferant durch die von ihm betriebene Heizzentrale mehrere Gebäude oder ganze Stadtteile über ein eigenes Versorgungsnetz und über Anschlüsse an die Kundenanlage mit Wärme versorgt (vgl. Pauls, NJW 1984, 2448 (2449); Ludwig-Cordt-Stech-Odenthal, Der Wirtschaftskommentator, WirtschaftsR, Bd. IV, § 1 IVBFernwärmeV Anm. 1; Brintzinger, in: Fischer=Dieskau-Pergande-Schwender, WohnungsbauR, Bd. V, § 1 HeizkostenVO Anm. 5 S. 8), stellen andere als Merkmale der Fernwärme die Versorgung Dritter, die Zahlung eines regelmäßigen Entgelts für die Wärmelieferung aufgrund einer Preisregelung und die eigentumsmäßige Abgrenzungsmöglichkeit zwischen Kundenanlage und der Anlage des Versorgungsunternehmens heraus (Witzel, AVBFernwärmeV 1980, S. 32/33; Ebel, ET 1985, 267 (269, 270)). Eine dritte Meinung geht davon aus, Fernwärme liege immer auch dann vor, wenn die Wärme aus einer dem Gebäudeeigentümer gehörenden, aber von einem Dritten im eigenen Namen und für eigene Rechnung betriebenen Anlage aufgrund eines mit dem Gebäudeeigentümer oder den Nutzern geschlossenen Vertrages geliefert werde (Schubart, NJW 1985, 1682 (1685) unter III 2; ders., in Schade-Schubart-Wienicke, Der Wirtschaftskommentator, Soziales Miet- und WohnungsR, September 1986, Anh. B S. 99, 100). Diese Auffassung steht im Einklang mit der amtl. Begründung zu § 1I HeizkostenV (BR-Dr 632/80, S. 17), in der es heißt:

"Als Fernwärme ist die Wärmelieferung für Gebäude dann anzusehen, wenn sie nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem

BGH: Begriff der Fernwärme (NJW 1990, 1181)

1183 ▲

Dritten erfolgt und dieser die Wärmelieferung nach den Vorschriften der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme ... oder unter Zugrundelegung von Individualverträgen vornimmt. Damit sind sowohl die herkömmlichen Fernwärmeversorgungsunternehmen (Fernheizwerk, Kraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplung usw.) erfaßt, wie auch diejenigen Unternehmen, die es übernommen haben, die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben."

Der erkennende Senat hat in einem Falle, in dem ein Dritter die dem Gebäudeeigentümer gehörende, in das Gebäude integrierte Heizungsanlage als Pächter im eigenen Namen und auf eigene Rechnung betrieb und die Kosten aufgrund entsprechender Lieferverträge den Mietern unmittelbar in Rechnung stellte, ausgeführt, bei einer derartigen Sachlage werde keine Fernwärme geliefert, sondern die Nutzer würden aus einer zentralen Heizungsanlage i. S. von § 1I Nr. 1 HeizkostenVO mit Wärme versorgt = NJW 1986, 3195 = LM HeizkostenVO Nr. 1 = WM 1986, 893). Es war zu entscheiden, ob der Pächter nach § 1II Nr. 2 HeizkostenVO dem Gebäudeeigentümer gleichstand und daher die Heizkosten nach der HeizkostenVO abzurechnen hatte, oder ob dies nicht der Fall war, weil er Fernwärme lieferte und die HeizkostenVO gem. § 6I 2 HeizkostenVO i. d. F. der Bekanntmachung vom 5. 4. 1984 im Hinblick auf die Direktabrechnung mit den Mietern keine Anwendung fand. Der Senat hat hierzu wegen eines - auch in der amtlichen Begründung (BR-Dr 632/80, S. 17, 19) zum Ausdruck kommenden - Wertungswiderspruchs zwischen § 1II Nr. 2 und § 6I 2 HeizkostenVO die Auffassung vertreten, daß von Fernwärme keine Rede sein könne, wenn die Wärme in einer dem Gebäudeeigentümer gehörenden zentralen Anlage (§ 1I Nr. 1 HeizkostenVO) erzeugt werde, die integrierter Bestandteil des Gebäudes sei, zu dessen ausschließlicher Wärmeversorgung sie errichtet und nach wie vor bestimmt sei. Ob hieran nach dem Inkrafttreten (1. 3. 1989) der VO zur Änderung energieeinsparender Vorschriften vom 19. 1. 1989 (BGBl I, 109) festgehalten werden könnte, ist fraglich, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Durch die genannte VO ist die HeizkostenVO (Neufassung in BGBl I 1989, 116) u. a. dahingehend geändert worden, daß in § 1I Nr. 2 der Begriff "Lieferung von Fernwärme" durch "eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme" mit dem Hinweis, daß dies auch für die Wärmelieferung aus Anlagen nach Nr. 1 (zentrale Heizungsanlage) gilt, ersetzt und unter Aufhebung des § 6I 2 in § 1 ein neuer Absatz eingefügt wurde, durch den nunmehr auch die Fälle in den Anwendungsbereich der HeizkostenVO einbezogen sind, in denen der Wärmelieferant unmittelbar in der Weise mit den Nutzern abrechnet, daß er hierbei die Anteile der Nutzer am Gesamtverbrauch zugrunde legt. Der vorliegend zu beurteilende Fall unterscheidet sich von jenem nämlich darin, daß hier die Heizungsanlage nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers (der diesem gleichzustellenden Eigentümergemeinschaft), sondern in dem eines Dritten - der Eheleute D - steht, die wiederum die Anlage an einen - dem Gebäudeeigentümer nicht gleichstehenden - Dritten zur eigenständigen gewerblichen Wärmeerzeugung und -lieferung verpachtet haben.

bb) Jedenfalls in Fällen, in denen - wie hier - aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, handelt es sich um Fernwärme. Dabei kommt es auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebensowenig an, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. Gerade aus dem Regelungsziel der HeizkostenVO vom 23. 2. 1981 (amtl. Begr. BR-Dr 652/80, S. 17) und der ÄnderungsVO vom 19. 1. 1989 (BGBl I 1989, 116) läßt sich dies herleiten. In der amtlichen Begründung zu der letztgenannten VO (BR-Dr 494/88, S. 19, 21, 22) wird ausdrücklich hervorgehoben, daß durch die der Klarstellung dienende Ersetzung des Begriffes "Lieferung von Fernwärme" durch "eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme" jede Art der eigenständig gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt sei, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung deklariert würden, und daß damit neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeversorgungskonzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt seien.

cc) Fand somit die FernwärmeV mit ihrem Inkrafttreten auf das vorliegende Wärmelieferungsverhältnis Anwendung, so war eine Zustimmung der Eigentümergemeinschaft zur Vertragsübernahme nach der ausdrücklichen Regelung des § 32VI 1 AVBFernwärmeVO entbehrlich; die einzelnen Vertragsübernahmen waren also auch ohne ein - vom BerGer. offengelassenes - Einverständnis der Eigentümergemeinschaft wirksam, so daß die Kl. hinsichtlich des Entgeltes für die in den Jahren 1985 und 1986 erbrachten Wärmelieferungen forderungsberechtigt ist.

II. 1. Mit rechtlich einwandfreier Begründung hat das BerGer. auch die Zahlungspflicht der Bekl. bejaht und die Bekl. zu 1, 2, 4, 5, 7 bis 54, 56 bis 63 und 65 bis 78 zu Recht in dem zuerkannten Umfang zur Zahlung verurteilt.

a) Soweit es die Bekl. als Gesamtschuldner behandelt hat, steht dies im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 75, 26 (30) m. w. Nachw. = NJW 1979, 2101 = LM § 3 WohnungseigentumsG Nr. 4; BGHZ 78, 167 = NJW 1981, 282 (284) = LM § 27 WohnungseigentumsG Nr. 3).

b) Nicht zu beanstanden ist ferner die Auffassung des BerGer., daß die Bekl. zu 2, 3, 19, 20, 22, 43, 47, 52, 66 und 70 selbst dann auf Zahlung der Wärmelieferungen aus den Jahren 1985 und 1986 haften, wenn sie - entsprechend ihrer Behauptung - schon vor 1985 aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden sind. Das BerGer. ist - von der Revision unangegriffen - in tatsächlicher Hinsicht davon ausgegangen, daß diese Bekl. entgegen ihrer sich aus § 32V AVBFernwärmeVO und aus dem im wesentlichen inhaltsgleichen § 5 Nr. 2 des Wärmelieferungsvertrages ergebenden Verpflichtung, den Erwerb ihrer Wohnungen den Eintritt in den Wärmelieferungsvertrag aufzuerlegen, nicht dafür gesorgt haben, daß diese tatsächlich in den Vertrag eintraten. Fehlte es indessen hieran, so blieben sie als bisherige Eigentümer weiterhin aus dem Wärmelieferungsvertrag verpflichtet. Erst der vollzogene Eintritt des Erwerbers in den Fernwärmeversorgungsvertrag führt zur Entlassung des Veräußerers aus den vertraglichen Bindungen für die Zukunft (Senat, NJW 1981, 1361 (1362); Hermann, in: Hermann-Recknagel-Schmidt=Salzer, AUBV Bd. II, § 32 AVBFernwärmeV Rdnr. 79).

An diesem Ergebnis vermag die mit Schreiben vom 26. 10. 1984 ausgesprochene Kündigung des Vertrages schon deshalb nichts zu ändern, weil sie unwirksam war (unten c).

c) Schließlich hat das BerGer. zutreffend die geltend gemachten Restforderungen aus den beiden Abrechnungen auch der Höhe nach für begründet erachtet. Sie entsprechen den vertraglichen Abmachungen und den einschlägigen Vorschriften der AVBFernwärmeV. Die Revision hat insoweit auch keine Rügen erhoben.

Sie macht allerdings geltend, eine vertragliche Zahlungspflicht der Bekl. sei durch die mit Schreiben vom 26. 10. 1984 erklärte Kündigung des Wärmelieferungsvertrages beseitigt worden, weil diese entgegen der Auffassung des BerGer. wirksam gewesen sei. Damit kann die Revision jedoch keinen Erfolg haben.

Das BerGer. hat zutreffend angenommen, daß eine ordentliche Kündigung nach den getroffenen vertraglichen Regelungen zulässigerweise ausgeschlossen worden ist. Dies nimmt die Revision hin. Einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung hat das BerGer. rechtsirrtumsfrei verneint. Daß der im Kündigungsschreiben selbst angegebene Grund, nämlich fehlendes Eigentum der Eheleute D an der Heizungsanlage schon tatsächlich nicht bestand, läßt auch die Revision gelten. Der Umstand, daß der Wärmelieferungsvertrag von der D auf die T-AG und von dieser auf die Kl. übertragen worden ist, stellt als solcher keinen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung dar. Dies ergibt sich schon aus der Regelung des § 32VI AVBFernwärmeVO, wonach die Kündigungsmöglichkeit des Kunden zwar an den Wechsel des Fernwärmeversorgungsunternehmens angeknüpft ist, aber einen darüber hinausgehenden wichtigen Grund voraussetzt. Soweit die Revision einen wichtigen Kündigungsgrund allein schon in den Vertragsübertragungen erblickt, beruht dies auf ihrer unzutreffenden Auffassung, es habe sich lediglich um

faktische Übertragungen gehandelt, die rechtlich mangels Zustimmung der Eigentümergemeinschaft unwirksam gewesen seien. Deshalb versucht sie auch darzulegen, daß die an die Kl. gerichtete Kündigungserklärung als der D zugegangen zu gelten habe.

2. Das angefochtene Urteil kann dagegen nicht aufrechterhalten werden, soweit die B-KG (Bekl. zu 2, 6, 55 und 64) zur Zahlung verurteilt worden ist. Das BerGer. hat die - ausweislich des Tatbestandes der angefochtenen Entscheidung streitige - Frage, ob diese KG schon vor Klageerhebung in Konkurs gefallen ist, offengelassen. Für die Revisionsinstanz ist daher von der behaupteten Konkursöffnung auszugehen. Diesen Umstand hat das BerGer. - insoweit allerdings mit zutreffendem Ergebnis - allein unter dem Gesichtspunkt der Parteifähigkeit der B-KG gewürdigt. Es hat jedoch nicht beachtet, daß § 12 KO den Gläubi-

BGH: Begriff der Fernwärme (NJW 1990, 1181)

1184 ▲

ger grundsätzlich daran hindert, seine Forderung gegen den Gemeinschuldner außerhalb des Konkurses zu verfolgen, solange das Konkursverfahren andauert. Etwas anderes gilt nur, wenn der Gläubiger ausdrücklich auf die Beteiligung am Konkurs verzichtet (BGHZ 25, 395 (397 f. = NJW 1958, 23 = LM § 12 KO Nr. 1; 72, 234 = NJW 1979, 162). Zu einem solchen Verzicht oder zum Abschluß des zu unterstellenden Konkursverfahrens hat das BerGer. keine Feststellungen getroffen. Es wird dies gegebenenfalls nach Klärung der Frage, ob gegen die B-KG überhaupt das Konkursverfahren eröffnet worden ist und zu diesem Zeitpunkt die geltend gemachte Klageforderung schon entstanden war, nachzuholen haben.

N.

---

#### **Anm. d. Schriftltg.:**

Zum Begriff der Fernwärme vgl. noch BayObLG, NJW-RR 1989, 843.

---