

10 O 24/04

(Geschäftsnummer)



verkündet am 22.12.2006

Ollep, Justizhauptsekretärin

Landgericht Potsdam

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 10. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam

auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 2006

durch den Richter als Einzelrichter

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 124.694,07 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 18.669,56 € seit dem 20.09.2001 bis zum 31.12.2001, und in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 18.669,56 € seit dem 01.01.2002, sowie aus weiteren 13.906,82 € seit dem 25.03.2002, aus weiteren 36.555,30 € seit dem 06.04.2003, aus weiteren 35.370,71 € seit dem 22.03.2004 und aus weiteren 20.191,68 € seit dem 10.12.2004.
2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte, die der Nebenintervention sein Streithelfer.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Die Klägerin, ein Fernwärmeversorger, begehrt Bezahlung von Fernwärmelieferungen. Der Beklagte ist Zwangsverwalter gemäß § 150a ZVG, und zwar Institutsverwalter für die BHW Bausparkasse AG über die Grundstücke

- Kiefernweg (Nr. 166 und 167),
- Kiefernweg (Nr. 24),
- Kiefernweg (Nr. 164 und 165),
- Birkenweg (Nr. 23) und
- Birkenweg (Nr. 20 des Bestandsverzeichnisses) in N. bei L..

Die Versorgung weiterer Grundstücke des Gebietes durch die Klägerin ist Gegenstand der Verfahren Landgericht Potsdam 10 O 36/04 unter Beteiligung ebenfalls des Beklagten und 10 O 94/04 unter Beteiligung des Insolvenzverwalters des Grundstückseigentümers (Schuldners).

Der Schuldner vereinbarte mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden einheitlich: Klägerin) die Wärmeversorgung des Gebietes Niedergörsdorf, bestehend aus verschiedenen Grundstücken, die im Wesentlichen mit Mehrfamilienhäusern bebaut sind. Die Häuser werden teils durch dezentrale Heizungsanlagen versorgt, das heißt durch in jedem Haus vorhandene Anlagen, und teils durch ein zentrales Heizwerk mit Nahwärmenetz. Am 06.05.1996 schloss er mit der Klägerin den Wärmeversorgungsvertrag WV 4582/1 zur Versorgung unter anderem der oben genannten Grundstücke zu einem verbrauchsunabhängigen Grundpreis für die Wärmehaltung von 1.593,75 DM/Monat für die Objekte im Kiefernweg ... und bzw. von 1.428 DM/Monat für die übrigen Objekte, das sind jeweils 153 DM/(kw*a), und einen verbrauchsabhängigen Arbeitspreis für den Wärmebezug von einheitlich 48,20 DM/MWh. Gemäß § 5.3 des Vertrages ändert sich der Grundpreis entsprechend der Entwicklung des Tariflohns, der mit 70 % in die Berechnung eingeht. Der Arbeitspreis ändert sich entsprechend der Entwicklung des Tariflohns, in die Berechnung eingehend zu 10 %, und der Gaspreise der Erdgas Mark Brandenburg, eingehend zu 90 %. Der Vertrag nimmt ergänzend die AVBFernwärmeV in Bezug und enthält teils wörtlich einzelne ihrer Bestimmungen, so § 16. Die anderen zwischen dem Schuldner und der Klägerin geschlossenen Verträge entsprechen dem im Wesentlichen.

Am selben Tag schloss der Schuldner mit der Deutsche Kohle Marketing GmbH den Vertrag Nr. WP 4582 über die Verpachtung einzelner Wärmeerzeugungsanlagen zum Zwecke der Wärmelieferung. Die DKM verpflichtet sich zur Wärmelieferung hinsichtlich der Grundstücke durch ihre Tochter, die Klägerin, und zur Zahlung von 80.000 DM netto pro Jahr, der Schuldner zur Abnahme der Fernwärme gemäß dem Vertrag mit der Klägerin.

Am 17.01.2000 erklärte die BHW, sie werde die Abschläge für Januar und Februar 2000 bezahlen, wenn die Wärmeversorgung wieder aufgenommen werde. Am 31.01.2000 ordnete das AG Luckenwalde die Zwangsverwaltung über die streitgegenständlichen Grundstücke an und bestellte am 16.01.2001 den Beklagten zum Institutsverwalter.

Im Mai 2001 besprachen die Parteien die weitere Zusammenarbeit. Der Beklagte bezweifelt die Wirksamkeit der Verträge der Klägerin bzw. der DKM mit dem Schuldner, weil diese über Betriebsumlagen zu überhöhten Wärmeversorgungspreisen für die Mieter führten. Im Juli bat die BHW die Klägerin um Übersendung der Verträge und der Rechnungen und sicherte zu, die Kosten der Wärmeversorgung zu bezahlen. Die Klägerin übersandte die erbetenen

Dokumente. Im August 2001 rügte der Beklagte der Klägerin gegenüber die Höhe der Preise, insbesondere die des Grundpreises, und kündigt an, lediglich 2/3 der Rechnungssumme zu bezahlen. Die Klägerin bot dem Beklagten im Januar 2002 einen neuen Vertrag an, wirksam ab dem 01.01.2002, mit einem um 15 % reduzierten Grundpreis.

Im Juli 2002 erstellte der Sachverständige G. im Auftrag des Beklagten bzw. der BHW ein Gutachten unter anderem zu den notwendigen Wärmebedarfswerten und zur Angemessenheit der verlangten Wärmepreise. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass im Vergleich zu Mehrfamilienhäusern in Berlin-Tempelhof die Gebäude-Anschlusswerte zu hoch angesetzt und die Wärmeversorgungsanlagen deshalb stark überdimensioniert seien, und ein Grundpreis von 70 bis 85 DM/(kW*a) sowie ein Arbeitspreis von bis 75 DM/MWh angemessen sei. Die Klägerin gab daraufhin im Dezember 2002 bei der ENERKO GmbH ein Gutachten über die „Kosten- und Erlössituation der Wärmeversorgung am Standort Niedergörsdorf“ in Auftrag. Das Gutachten bezeichnet die jährlichen Kosten als angemessen bzw. erforderlich und das Gutachten G. als unzureichend, da es mit Tempelhof einen unzulässigen Vergleichsmaßstab heranziehe, und einzelne Berechnungen nicht nachzuvollziehen seien.

Im Februar 2003 bot die Klägerin dem Beklagten erneut einen geänderten Vertrag an mit Wirkung ab dem 01.07.2001 und einem um 15 % reduzierten Grundpreis.

Am 08.07.2004 wurde die Zwangsverwaltung gemäß § 29 ZVG aufgehoben, nachdem die Gläubigerin ihren Antrag zurückgenommen hatte.

Die Klägerin berechnete dem Beklagten die Fernwärmelieferungen wie folgt:

| Haus / R-Nr. | Datum | Zeitraum | Betrag | Abschläge | Fällig | Zahlung | offen |
|-------------------------|------------|--------------------|-------------|-------------|------------|------------|------------|
| Kiefernweg | | | | | | | |
| 21001592 (21) | 19.07.2001 | 17.01.-30.06.2001 | 12.019,15 € | - € | 20.08.2001 | 8.012,77 € | 4.006,38 € |
| 21002070 (23) | 23.01.2002 | 01.07.-31.12.2001 | 12.102,09 € | 8.855,58 € | 22.02.2002 | - € | 3.246,51 € |
| 21002761 (25) | 04.02.2003 | 01.01.-31.12.2002 | 24.233,29 € | 16.239,30 € | 06.03.2003 | - € | 7.993,99 € |
| 21003857 (309) | 21.01.2004 | 01.01.-31.12.2003 | 22.316,75 € | 16.527,30 € | 20.02.2004 | - € | 5.789,45 € |
| 21006065 (311) | 26.10.2004 | 01.01.-08.07.2004 | 11.825,49 € | 8.140,38 € | 09.11.2004 | - € | 3.685,11 € |
| Kiefernweg | | | | | | | |
| 21001593 (26) | 19.07.2001 | 17.01.-30.06.2001 | 11.661,22 € | - € | 20.08.2001 | 7.774,15 € | 3.887,07 € |
| 21002071 (28) | 23.01.2002 | 01.07.- 31.12.2001 | 11.027,61 € | 8.589,70 € | 22.02.2002 | - € | 2.437,91 € |
| 21002762 (30) | 04.02.2003 | 01.01.- 31.12.2002 | 23.139,00 € | 15.656,20 € | 06.03.2003 | - € | 7.482,80 € |
| 21003858 (312) | 21.01.2004 | 01.01.- 31.12.2003 | 23.630,29 € | 15.680,70 € | 20.02.2004 | - € | 7.949,59 € |
| 21006066 (314) | 26.10.2004 | 01.01.-08.07.2004 | 12.263,79 € | 7.800,42 € | 09.11.2004 | - € | 4.463,37 € |
| Kiefernweg | | | | | | | |
| 21001594 (31) | 19.07.2001 | 17.01.-30.06.2001 | 10.841,30 € | - € | 20.08.2001 | 7.227,53 € | 3.613,77 € |
| 21002072 (33) | 23.01.2002 | 01.07.- 31.12.2001 | 11.409,85 € | 7.976,15 € | 22.02.2002 | - € | 3.433,70 € |
| 21002763 (35) | 04.02.2003 | 01.01.- 31.12.2002 | 22.054,47 € | 14.693,60 € | 06.03.2003 | - € | 7.360,87 € |
| 21003859 (315) | 21.01.2004 | 01.01.- 31.12.2003 | 22.725,98 € | 15.167,30 € | 20.02.2004 | - € | 7.558,68 € |
| 21006066 (317) | 26.10.2004 | 01.01.-08.07.2004 | 11.635,01 € | 7.420,38 € | 09.11.2004 | - € | 4.214,63 € |

| | | | | | | | |
|-----------------------|------------|--------------------|-------------|-------------|------------|------------|------------|
| Birkenweg 1-3 | | | | | | | |
| 21001595 (36) | 19.07.2001 | 17.01.-30.06.2001 | 10.802,75 € | - € | 20.08.2001 | 7.201,84 € | 3.600,91 € |
| 21002073 (38) | 23.01.2002 | 01.07.- 31.12.2001 | 10.485,49 € | 7.955,70 € | 22.02.2002 | - € | 2.529,79 € |
| 21002764 (40) | 04.02.2003 | 01.01.- 31.12.2002 | 22.198,06 € | 14.539,50 € | 06.03.2003 | - € | 7.658,56 € |
| 21003860 (318) | 21.01.2004 | 01.01.- 31.12.2003 | 23.017,06 € | 15.027,30 € | 20.02.2004 | - € | 7.989,76 € |
| 21006066 (320) | 26.10.2004 | 01.01.-08.07.2004 | 11.565,94 € | 7.480,38 € | 09.11.2004 | - € | 4.085,56 € |
| Birkenweg | | | | | | | |
| 21001596 (41) | 19.07.2001 | 17.01.-30.06.2001 | 10.684,29 € | - € | 20.08.2001 | 7.122,86 € | 3.561,43 € |
| 21002074 (43) | 23.01.2002 | 01.07.- 31.12.2001 | 10.112,34 € | 7.853,44 € | 22.02.2002 | - € | 2.258,90 € |
| 21002765 (45) | 04.02.2003 | 01.01.- 31.12.2002 | 20.374,85 € | 14.315,77 € | 06.03.2003 | - € | 6.059,08 € |
| 21003861 (321) | 21.01.2004 | 01.01.- 31.12.2003 | 20.003,77 € | 13.920,54 € | 20.02.2004 | - € | 6.083,23 € |
| 21006069 (323) | 26.10.2004 | 01.01.-08.07.2004 | 10.623,33 € | 6.880,32 € | 09.11.2004 | - € | 3.743,01 € |

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe dadurch nach § 2 AVBFernwärmeV konkludent einen Vertrag mit ihr geschlossen, dass er ihre Leistungen ohne zeitliche Zäsur in Anspruch nahm. Sein Widerspruch sei eine unbeachtliche „protestatio facto contraria“, ebenso das (anfängliche) Fehlen einer Übersendung der Vertragsunterlagen gemäß § 2 Abs. 1 AVBFernwärmeV. Zudem habe der Beklagte nach Übersendung der Vertragsunterlagen und der Rechnungen Zahlungen geleistet und damit zu verstehen gegeben, dass er in die Verträge eintreten wolle.

Die Preise entsprächen nicht nur gleichartigen Versorgungsverhältnissen, sondern seien auch angemessen. Die AVBFernwärmeV bezwecke den Schutz des Unternehmens, aus dessen Netz ohne vorherigen Vertragsschluss Wärme entnommen werde und dem jederzeit gekündigt werden könne. Sie liefere im Versorgungsgebiet als einzige, und überall zu denselben Bedingungen. Die Ortsüblichkeit ergebe sich bereits daraus, dass der Schuldner diese Preise vereinbart und gezahlt habe, sowie aus der Vielzahl nunmehr bestehender Verträge mit den heutigen Nutzern des Gebietes, darunter auch der Insolvenzverwalter. Die Angemessenheit ergäbe sich aus dem Gutachten ENERKO. Die angebotene Reduzierung des Grundpreises um 15 % habe den projektierten Abriss einzelner Gebäude berücksichtigt. Die Voraussetzungen der – wirksamen – Preisanpassungsklausel hätten jeweils vorgelegen, die Zählerwerte seien richtig. Jedenfalls seien die Rechnungen nicht evident unrichtig, weshalb schon deshalb der Beklagte auf die Rückforderung zu verweisen sei.

Die Klägerin beantragt nach Klageerweiterung und teilweiser Klagerücknahme, den Beklagten zu verurteilen, an sie 124.694,07 € zu zahlen nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 18.669,56 € seit dem 20.09.2001 bis zum 31.12.2001 und in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 18.669,56 € seit dem 01.01.2002, aus weiteren 13.906,82 € seit dem 25.03.2002, aus weiteren 36.555,30 € seit dem 06.04.2003, aus weiteren 35.370,71 € seit dem 22.03.2004 und aus weiteren 20.191,68 € seit dem 10.12.2004.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er ist der Auffassung, ein Vertrag sei auch nicht konkludent zu den Bedingungen des mit dem Schuldner geschlossenen Vertrages zustande gekommen. Eine Bestätigung des

Vertragsschlusses und eine Übersendung der Bedingungen gemäß § 2 Abs. 1 AVBFernwärmeV sei nicht erfolgt, er hätte von Anfang an die Preise moniert und die Rechnungen nur teilweise bezahlt, die Klägerin neue Verträge, auch rückwirkend, angeboten. Allenfalls sei ein Vertrag zu 2/3 der verlangten Preise geschlossen worden. Hierzu behauptet er, die von der Klägerin geforderten Entgelte entsprächen schon deshalb nicht denjenigen „vergleichbarer Versorgungsverträge“, weil unzulässigerweise die an den Schuldner zu leistenden Pachtzinsen in den Wärmepreis eingerechnet worden seien. Maßgeblich sei nicht allein die Ortsüblichkeit, die im Übrigen nicht aus dem Vertrag mit dem Schuldner hergeleitet werden dürfe. Die Preisgestaltung der Klägerin sei zudem der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen, weil die Klägerin Monopol-Anbieter von Leistungen der Daseinsvorsorge sei. Schon die hohe Summe der versprochenen Grundpreise zeige, dass die Entgelte nicht marktangemessen seien, umso mehr aber der Vergleich zwischen den Investitionskosten und den Betriebskosten auf zwanzig Jahre von zusammen rund zwei Millionen Euro, und dem kumulierten Grundpreis von mehr als 3,7 Millionen Euro. Auch das Gutachten G. habe eine erhebliche Überschreitung des angemessenen Preises ergeben. Die in die Rechnungen eingestellten Zählerwerte hätten jeweils nicht vorgelegen. Die Preisanpassungsklausel sei unwirksam, da die Personalkosten nicht zu 70 % wie geschehen sondern allenfalls zu 30 % hätten eingestellt werden dürfen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage, über die gemäß § 348a der Einzelrichter entscheidet, ist begründet.

I.

Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 124.694,07 € nebst Zinsen.

1.

Der Beklagte ist ungeachtet der zwischenzeitlichen Aufhebung der Zwangsverwaltung über die Grundstücke weiterhin passivlegitimiert hinsichtlich der hier in Rede stehenden Forderungen. Erledigung ist dadurch nicht eingetreten. Die Rücknahme des Antrags auf Anordnung der Zwangsverwaltung führt nicht zu einem rückwirkenden Wegfall der entsprechenden Wirkungen, sondern verpflichtet den Zwangsverwalter, das Grundstück an den Schuldner wieder herauszugeben und über die Zwangsverwaltungsmasse abzurechnen. In diese abzurechnende Masse fallen die während der Dauer der Zwangsverwaltung fällig gewordenen Ausgaben für die Verwaltung (KGR 2001, 226 = WE 2001, 9). Solche werden mit dem vorliegenden Verfahren geltend gemacht.

2.

Der Anspruch der Klägerin beruht auf dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrag.

a)

Der Beklagte ist zwar nicht in die Verträge der Klägerin mit dem Schuldner eingetreten. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit Bezug genommen auf die zutreffenden Gründe des Beschlusses vom 06.09.2004.

Doch hat der Beklagte konkludent dadurch einen Vertrag mit der Klägerin geschlossen, dass er die von ihr angebotenen Leistungen in Anspruch nahm. Es entspricht allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass derjenige, der aus einem Verteilungsnetz eines Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt, dadurch konkludent das Angebot zum Abschluss eines entsprechenden Versorgungsvertrags annimmt ungeachtet dem widersprechender ausdrücklicher Erklärungen (BGH NJW 2003, 3131 m. u. N.; NJW 2006, 1667/1668). Das gilt ebenso, wenn es nicht der Grundstückseigentümer – bzw. hier: der Zwangsverwalter – selbst ist, der die Leistungen entnimmt, sondern seine Mieter, zumal wenn wie hier nur ein zentraler Hausanschluss besteht und eine Abrechnung mit den Mietern nur durch den Grundstückseigentümer erfolgt. Denn jedenfalls dann kommt allein der Grundstückseigentümer als Vertragspartner des Versorgungsunternehmens in Betracht, und nicht der einzelne Mieter (BGH NJW 2003, 3131). Weiterer Förmlichkeiten wie etwa der Übersendung der in § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV genannten Unterlagen kommt es nicht an. Diese Vorschrift dient lediglich der Rechtsklarheit und der beidseitigen Information (BGH NJW 2006, 1667/1670).

b)

Auf das Vertragsverhältnis finden die Vorschriften der AVBFernwärmeV Anwendung. Nach deren § 1 sind sie anzuwenden, soweit Fernwärmeversorgungsunternehmen für den Anschluss an die Fernwärmeversorgung und für die Versorgung mit Fernwärme Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwenden, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind (allgemeine Versorgungsbedingungen).

Die Klägerin ist ein Fernwärmeversorgungsunternehmen in diesem Sinne. Nach der vom BGH verwandten Formel liegt Fernwärme vor, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird. Maßgeblich sei die Lieferung und nicht die Produktion, so dass auch die Versorgung mit von einem Dritten produzierter Wärme darunter fällt. Nicht notwendig sei ferner, dass durch die Wärmelieferung eine Vielzahl unterschiedlicher Verbraucher auf einem größeren Gebiet versorgt wird, oder dass ein größeres Leitungsnetz vorhanden ist (BGH NJW 2006, 1667/1669).

Ob mit dieser Definition, die ersichtlich sowohl den Bestimmungen der AVBFernwärmeV wie der Heizkostenverordnung gerecht werden soll, der Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV zutreffend abgesteckt wird, erscheint zweifelhaft. Insbesondere die Voraussetzung, dass die Heizungsanlage nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehen darf, hat der BGH selbst bereits zu Recht in Zweifel gezogen (BGH NJW 1990, 1181/1182). Maßgeblich ist allein, ob die Lieferung von Wärme oder der Betrieb einer Heizungsanlage im Vordergrund der vertraglichen Vereinbarung steht, und damit, ob das versorgende Unternehmen es übernommen hat, eine Heizungsanlage im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben, und lediglich die gelieferte Wärme abzurechnen (vgl. auch Schubart, NJW 1985, 1682/1685).

Diese Voraussetzung liegt hier vor. Die Klägerin enthält kein Entgelt für den Betrieb der Heizungsanlage. Nach der vertraglichen Konstruktion pachtet sie bzw. ihre Muttergesellschaft diese vielmehr. Vergütet wird sie für die Lieferung von Wärme, auch wenn in dieser Vergütung – branchenüblich – ein von der konkreten Lieferung unabhängiger Grundpreis enthalten ist. Denn dieser ist für die Vorhaltung der Wärmeleistung geschuldet. Das Heizhaus schließlich, über das die Klägerin das Gebiet auch teilweise versorgt, entspricht vollends dem Leitbild einer leitungsgebundenen Versorgung mit eigenverantwortlich und mit eigenen Mitteln erzeugter Wärme. Zu Recht sind daher auch die Parteien sowohl des Vertrages WV 4582/1 wie die des vorliegenden Rechtsstreits übereinstimmend vom Vorliegen von Fernwärme ausgegangen.

Die Klägerin verwendet auch allgemeine Lieferbedingungen. Zwar hatte die Klägerin das in Rede stehende Gebiet erschlossen und war der Schuldner als Grundstückseigentümer und Hausverwalter der alleinige Abnehmer der klägerischen Leistung. Allerdings beruhten die Verträge nicht nur auf offenbar auch andernorts von der Klägerin verwendeten Mustern. Sie lehnen sich auch an die AVBFernwärmeV an, übernehmen einzelne ihrer Regelungen wortwörtlich und nehmen diese sogar ausdrücklich in Bezug. Die jeweiligen Versorgungsverträge sind auch trotz Unterschieden im Einzelnen insoweit vergleichbar.

c)

Der von der Klägerin berechnete Preis ist der gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV zu entrichtende Preis gleichartiger Versorgungsverhältnisse.

Das diesbezügliche Bestreiten des Beklagten ist allerdings nicht, wie die Klägerin vertreten hat, bereits wegen § 30 AVBFernwärmeV unbeachtlich. Nach dieser Vorschrift berechtigen Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen, und wenn der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung geltend gemacht wird. Sie erfasst die hier in Rede stehende Frage des zu entrichtenden Preises nicht, sondern hat vielmehr eine bindende Preisabrede zur Voraussetzung oder, in Ermangelung einer solchen, die Vergleichbarkeit des geforderten Preises mit denen vergleichbarer Versorgungsverhältnisse (vgl. BGH NJW 2006, 1667/1670).

Das bestreiten ist jedoch nicht erfolgreich. Die geforderten Preise entsprechen denen gleichartiger Versorgungsverhältnisse.

Wie die maßgeblichen „gleichartigen Versorgungsverhältnisse“ zu bestimmen sind, ist zwischen den Parteien streitig. Nach Auffassung des BGH kommt es in erster Linie auf die vom Versorgungsunternehmen üblicherweise berechneten Preise an. Fehlen solche, weil der Versorger außer dem in Streit stehenden keine oder unmaßgeblich wenige andere Kunden beliefert, so müssen in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen zwischen anderen Fernwärmeversorgern im selben Raum berechnete Preise einbezogen werden. Maßgeblich ist daher letztlich die Ortsüblichkeit der geforderten Preise (BGH ebd.).

Die hier geforderten Preise waren ortsüblich. Sie entsprachen den Preisen, die die Klägerin mit dem Schuldner ausgehandelt hatte. Auf die entsprechenden Verträge kann hier vergleichend abgestellt werden. Der Vergleichbarkeit steht nicht entgegen, dass die insoweit

einheitlichen Verträge allein zwischen der Klägerin und dem Schuldner ausgehandelt wurden, und die Klägerin im selben Gebiet nicht auch andere Kunden versorgte. Entscheidend für das Abstellen des Ordnungsgebers auf gleichartige Versorgungsverhältnisse ist weniger der Gedanke, dass durch den Rückgriff auf den Marktpreis ein angemessener Preis bestimmt werden könne. Denn das setzt voraus, dass sich bei Fernwärmelieferungen tatsächlich ein „Marktpreis“ bilden kann, der wirtschaftlich und angemessen schon aufgrund des Wettbewerbs ist, in dem er sich behaupten muss. Das aber kann, wenn überhaupt, nur in einem geringen Maße angenommen werden. Der Fernwärmemarkt besitzt nicht die hierfür erforderliche Volatilität. Die Investitionen in den Aufbau einer Fernwärmeversorgung sind so hoch, dass eine Versorgung eines Gebietes durch mehrere Versorger die Ausnahme darstellt. Auch sind die Kunden häufig durch langfristige, die Investitionskosten des Versorgers berücksichtigende Verträge gebunden. Eine Austauschbarkeit der Leistungen des Anbieters ist aus Kundensicht gegen die Fernwärme anderer Anbieter nicht gegeben. Sie besteht nur gegen eine andere Art der Wärmeerzeugung.

Das Abstellen der AVBFernwärmeV auf vergleichbare Versorgungsverhältnisse kann daher viel eher mit der Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit der geschuldeten Entgelte begründet werden, und zwar für beide Seiten: Für den Kunden muss vor der Entnahme deutlich, zumindest aber erkennbar sein, zu welchen Konditionen er die Leistungen des Versorgers in Anspruch nimmt. Und diesem muss die Möglichkeit gegeben werden, auch gegenüber denjenigen die bis dahin üblichen Preise zu berechnen, die ohne einen vorherigen Vertragsschluss seine Leistungen in Anspruch nehmen. Für die von ihm kaum zu kontrollierende und nur schwer zu unterbindende schlichte Entnahme aus seinem Versorgungsnetz kann er so zumindest die auch sonst geforderten Preise verlangen. Diese Interessenlage der Beteiligten wird von der Anzahl an Verträgen, die der Versorger bis dahin in dem betroffenen Gebiet abgeschlossen hatte, nicht berührt.

Auf die im Zeitpunkt der ersten Entnahme durch den Beklagten noch nicht bestehenden Verträge mit den anderen Abnehmern kommt es angesichts dessen nicht an.

Ebenso wenig ist entscheidend, ob die von der Klägerin geforderten Preise angemessen sind, auch wenn daran nach dem gerichtlich eingeholten Gutachten gezweifelt werden kann. Denn geschuldet sind die ortsüblichen Preise, keine angemessenen. Auch eine Billigkeitskontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB ist nicht angebracht. Zwar weist der Beklagte zutreffend darauf hin, dass der BGH die Auffassung vertritt, die Tarife von Unternehmen, die Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist, seien grundsätzlich einer solchen Billigkeitskontrolle unterworfen (vgl. BGH NJW 1979, 597, für Krankenhäuser; NJW 1987, 1828 für die Versorgung mit Gas; NJW-RR 1992, 183, für die Versorgung mit Strom, ebenso bereits MDR 1972, 30; NJW 2003, 1667, für die Versorgung mit Wasser). Allerdings liegt hier kein solcher Fall vor. Der Beklagte war auf die Leistung der Klägerin nicht in ebensolchem Maße angewiesen, wie das bei Gas, Wasser und Strom sowie bei Krankenhäusern angenommen wird. Die Versorgung der Mieter mit Heizenergie muss nicht zwingend mit Fernwärme erfolgen, auch wenn die Klägerin insoweit Monopolistin ist. Es wäre dem Beklagten unbenommen gewesen, andere Möglichkeiten der Wärmeversorgung zu nutzen, ohne auf die Leistungen der Klägerin zurückzugreifen. In Betracht kommt hier in erster Linie das Aufstellen von Ölradiatoren oder Heizlüftern. Das mag eine aufwendigere und weniger bequeme, die Mieter mehr belastende Heizmethode sein als der Bezug der klägerischen Leistung. Unzumutbar ist sie nicht. Ob sie wirtschaftlicher ist, hätte vom Beklagten in eigener Verantwortung geprüft werden können. Er hätte auch den durch Entnahmen der Mieter

konkludent geschlossenen Vertrag jederzeit kündigen können, nachdem er davon Kenntnis erlangt hat; auf die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin wird verwiesen.

Aus der Entscheidung des BGH vom 15.02.2006 ergibt sich insoweit nichts anderes. Im Gegenteil macht er darin die Billigkeitskontrolle abhängig davon, ob die vergleichbaren Verträge auf eine Preisfestsetzung des Versorgers verweisen. Sind die Preise hingegen Gegenstand einer vertraglichen Regelung, sieht er hiervon ab (BGH NJW 2006, 1667).

Aus diesem Grunde kann auch dahinstehen, ob die Preise schon deshalb nicht der Billigkeit entsprechen, weil das Zusammenspiel des Pacht- mit dem Wärmelieferungsvertrag eventuell eine von der Heizkostenverordnung nicht gedeckte Umlage der Investitionskosten des Schuldners auf die Mieter ermöglichte. Es erschiene auch bereits fraglich, aus diesem Grunde dem Wärmelieferungsvertrag oder seiner Preisregelung die Wirksamkeit zu versagen. Denn das Versorgungsunternehmen dürfte in jedem Fall die Investitionskosten auf die Abnehmer umlegen, ob sie ihm durch eigene Bautätigkeit entstanden oder durch Pachtzinsen zu entgelten sind. Eine mögliche Unwirksamkeit der Heizkostenabrechnung wäre allein im Verhältnis zu den Mietern von Bedeutung.

d)

In die Preisberechnung sind die Erhöhungen entsprechend der Preisgleitklausel einzubeziehen. Auch insoweit liegt ein Preis entsprechend dem für gleichartige Versorgungsverhältnisse zu entrichtenden vor (vgl. auch BGH ebd.). Die Preisgleitklausel ist in dem Vertrag der Klägerin mit dem Schuldner enthalten.

Die Bedenken des Beklagten gegen die Wirksamkeit der Preisgleitklausel greifen nicht. Zwar durften gemäß § 3 WährG, gültig bis 1998, Geldschulden nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden. Auch sind Verträge, die zum Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vorschrift geschlossen wurden, an ihr jedenfalls dann zu messen, wenn die Leistungen vor der Stellung eines Genehmigungsantrages ausgetauscht sind oder die Genehmigung nicht vor Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt ist (BGH NJW 2006, 2978). Doch ist die hier verwendete Klausel genehmigungsfrei. Genehmigungsfrei sind neben einer hier nicht vorliegenden Spannungs-klausel auch Kostenelementeklauseln, bei denen der geschuldete Betrag insoweit von der Entwicklung der Preise oder Werte für Güter oder Leistungen abhängig gemacht wird, als diese die Selbstkosten des Gläubigers bei der Erbringung der Gegenleistung unmittelbar beeinflussen. Dies gilt aber nur dann, wenn lediglich die effektiv entstehenden Kostenveränderungen des Vorprodukts sich anteilig auf den Preis des Endprodukts auswirken sollen. Das ist hier der Fall ungeachtet dessen, dass der Grundpreis zu 70 % von der Entwicklung der Personalkosten abhängig ist, und die Grundkosten doch weitgehend die Investitionen rentieren sollen. Denn bei der Berechnung sind auch die weiteren jährlichen Kosten zu berücksichtigen, die ebenfalls in großen Teilen auf Lohnkosten zurückgehen, wie Wartung, Instandhaltung und Reparatur, so dass insgesamt 73 % als lohnkostenabhängig bezeichnet werden können, wie dies im Beschluss 06.09.2004 bereits zutreffend ausgeführt wurde.

e)

Die Einwendungen des Beklagten gegen die Rechnungen der Klägerin einschließlich der Voraussetzungen der Preisgleitklausel sind unbeachtlich, § 30 AVBFernwärmeV. Wie ausgeführt, kann der Kunde einer Rechnung oder Abschlagsberechnung offensichtliche Fehler entgegenhalten, und auch dies nur innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der vermeintlich fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung. Hier fehlt es schon an der ersten Voraussetzung. Offensichtliche Fehler lassen die Rechnungen nicht erkennen. Solche sind auch vom Beklagten nicht aufgezeigt worden.

3.

Der Zinsanspruch beruht auf §§ 286 Abs. 1 und 3, 288 Abs. 1 und BGB, Art. 229 § 5 EGBGB.

II.

Die Nebenentscheidungen folgen §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1, 101, 269 Abs. 3 Satz 2, 709 Satz 1 und 2 ZPO.

Der Streitwert wird festgesetzt auf anfänglich 69.131,68 €. Mit Eingang des Schriftsatzes vom 23.11.2004 am 25.11.2004 erhöhte er sich auf 124.694,07 €.

.....