
Datum: 16.12.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 11. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 11 U 89/09
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:1216.11U89.09.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 16 O 126/08

Tenor:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Teilurteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 22.4.2009 (16 O 126/08) dahin abgeändert, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt werden, an die Klägerin 4.672,63 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.1.2008 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird, soweit sie Gegenstand des Teilurteils ist, abge-wiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Beklagten als Gesamt-schuldner.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

(Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen, §§ 540 Abs. 2, 313 a ZPO.)

Gründe

I. Die zulässige Berufung hat nur zu einem geringen Teil Erfolg.	2
1.	3
Zu Recht (mit Ausnahme hinsichtlich der Rechnung K 10) und mit zutreffender Begründung nimmt das Landgericht an, dass den streitgegenständlichen Heizkostenrechnungen ein Vertragsverhältnis zugrundeliegt, das zwischen der Klägerin und den Beklagten entsprechend den Grundsätzen, die in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV Ausdruck finden, durch eine sog. Realofferte begründet worden ist. Ob eine Lieferung von Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV anzunehmen ist und damit § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV Anwendung findet, ist allerdings fraglich, weil die Heizungsanlage im Eigentum der Beklagten als den Gebäudeeigentümern steht (dazu einerseits BGH NJW 2006, 1667, 1669 unter Bezug auf BGHZ 109, 118; dagegen nunmehr KG Urt. 1.9.2009 – 27 U 76/08, Grundeigentum 2009, 1312). Darauf kommt es jedoch nicht an. Die Grundsätze zum Vertrag in Form einer Realofferte werden in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV lediglich wiederholt, sie gelten aber für alle Versorgungsleistungen (zuletzt BGH NJW 2009, 913 m.w.N.). Der Umstand, dass die Beklagten Eigentümer der Heizungsanlage sind, schließt auch im Übrigen – wie das Landgericht richtig ausgeführt hat - einen Versorgungsvertrag nicht aus, zumal die Beklagten für die Nutzung eine Nutzungsentschädigung erhalten (Urteil des LG Köln vom 8.1.2008 -16 O 774/05). Insoweit erhebt die Berufung auch keine Einwendungen mehr. Vor diesem Hintergrund gilt in Bezug auf die geltend gemachten Rechnungsforderungen im einzelnen folgendes:	4
a)	5
In Bezug auf die Objekte Nr. 2. bis 7. (Rechnungen Anlage K 2 bis 7) macht die Klägerin nur Heizkosten für die Zeiträume geltend, in denen die Wohnungen leer gestanden haben und in denen dennoch Leistungen bezogen worden seien. Insoweit ist ein Vertrag nach den vom BGH aufgestellten Grundsätzen (NJW 2003, 2902) für die Zeiten des Leerstandes zustande gekommen. Der Einwand der Beklagten, es sei nicht dargetan, dass der Bezugsvertrag der Klägerin mit den betreffenden Mieter gekündigt worden sei, ist unbegründet. Zum einen wird für den Fall des Auszuges des Mieters zutreffend die Auffassung vertreten, dass insoweit ein Realvertrag mit dem neuen Nutzer auch dann zustande komme, wenn der vorherige Versorgungsvertrag noch nicht gekündigt sei (OLG Karlsruhe NZM 1999, 86 m.w.N.; auch BGH NJW 2003, 2902 stellt nicht auf eine vorherige Kündigung des Mietverhältnisses ab). Zum anderen ist in dem Umstand, dass die Klägerin Ansprüche gegen die früheren Mieter nicht mehr geltend macht, womit diese offenkundig einverstanden sind (§ 151 BGB), eine einverständliche Beendigung der Vertragsverhältnisse zu sehen. Dann greift aber der Grundsatz ein, dass der Vertrag mangels abweichender Vereinbarung mit dem Eigentümer – hier also den Beklagten – zustande kommt (BGH NJW 2009, 913).	6
Die Beklagten bestreiten im Berufungsverfahren erstmalig, dass in den leerstehenden Objekten in den Leerstandszeiten überhaupt Wärme verbraucht worden sei. Dieser Einwand, dem die Klägerin substantiiert entgegentritt, ist - soweit er überhaupt substantiiert sein sollte - nach § 531 Abs. 2 ZPO verspätet.	7
b)	8
Unbegründet ist die Berufung auch im Hinblick auf die Rechnung K 1, die das von der Wohnungsverwalterin CLN "eigengenutzte Büro" betrifft. Die Klägerin wendet ein, die CLN	9

habe die gegen sie gerichtete Forderung zurückgewiesen, weil eine Warmmiete vereinbart sei. Aus dem von ihr vorgelegten Schreiben vom 24.10.2007 (Anl. BB 2 zum Schriftsatz vom 25.11.2009) ist zu entnehmen, dass die CLN jedenfalls eine (einen späteren Zeitraum betreffende) Forderung mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass zwischen ihr und der Klägerin kein Vertragsverhältnis bestehe. Es war daher Sache der Beklagten, den Mietvertrag vorzulegen. Das gilt umso mehr, als der Senat die Rechtslage in der mündlichen Verhandlung vom 28.10.2009 eingehend erläutert hat. Die Beklagten haben den Mietvertrag aber nicht vorgelegt. Nach dem Grundsatz, dass ein Vertrag im Zweifel mit dem Eigentümer zustande kommt, ist der Klage deshalb auch in diesem Punkt stattzugeben.

c) 10

Hinsichtlich der Objekte 8. (Mieter M/D), 9. und 10. (Mieter A/E) ist unstreitig, dass die Mieter die Objekte weiterhin nutzen. Sie weigern sich aber, unmittelbar mit der Klägerin abzurechnen, weil sie keinen Bezugsvertrag mit der Klägerin abgeschlossen hätten, sondern nur im Rahmen des Mietverhältnisses mit den Beklagten verpflichtet seien (vgl. Schriftverkehr Bl. 49 – 53 ff. d.A.). Auszugehen ist hier von dem Grundsatz, dass ein Bezugsvertrag mit dem Eigentümer zustande kommt (BGH NJW 2009, 913). Etwas anderes gilt als Ausnahme dann, wenn der Mieter oder sonstige Nutzer ausdrücklich oder konkludent einen eigenen Vertrag mit dem Versorger abgeschlossen hat (BGH NJW 2009, 913). Das ist regelmäßig nicht anzunehmen, wenn der Mieter eine Bruttomiete schuldet und die Versorgungsleistungen im Rahmen der Mietnebenkosten abzurechnen sind. Mit den Mietern M/D ist ein Bruttomietvertrag geschlossen worden (Mietvertrag Bl. 274, 276 d.A.). Sie haben auch nicht mit der Klägerin abgerechnet, so dass ein Vertragsverhältnis zur Klägerin auch nicht ausdrücklich oder konkludent begründet worden ist. Somit ist nach dem genannten Grundsatz ein Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und den Beklagten anzunehmen. 11

d) 12

Anders liegt es bei dem Objekt Nr. 11 (Anl. K 11, Rechnungsendziffer 90 über 126,11 €). Diese Rechnungsforderung betrifft die Praxisräume der Mieterin A/E (I. OG links, Einheit 2.1) Mit Schriftsatz vom 5.11.2009 haben die Beklagten eine Ablichtung des unterschriebenen Mietvertrages vorgelegt. In diesem Mietvertrag, dessen Abschluss die Klägerin nicht mehr bestreitet, ist vereinbart, dass die Mieterin einen eigenen Versorgungsvertrag mit der Klägerin abzuschließen hat (Bl. 167, 172 d.A.). Daher ist ein vertraglicher Anspruch der Klägerin gegen die Beklagten zu verneinen, weil diese von einer vorrangigen vertraglichen Leistungsbeziehung der Klägerin mit der Mieterin ausgehen durften, zumal ausweislich der Abrechnung im Jahr 2003 auch Abschläge an die Klägerin gezahlt worden sind (Anl. K 11). In Anbetracht der Tatsache, dass das Verhältnis der Parteien zueinander schon damals zerstritten war, können diese Zahlungen nur von der Mieterin geleistet worden sein. 13

e) 14

Den Mietvertrag betreffend die Hauptpraxis der Mieterin A/E (Objekt Nr. 10, 1. OG mitte, Rechnung Anl. K 10, Rechnungsendziffer 100 über 1.245,36 €) haben die Beklagten nicht vorgelegt. Insoweit ist der genannte Grundsatz nicht entkräftet, so dass auch hier ein Vertragsverhältnis der Klägerin zu den Beklagten als den Eigentümern anzunehmen und die Berufung unbegründet ist. 15

f) 16

17

Unter Abzug des Betrages aus der Rechnung K 11 steht der Klägerin mithin eine begründete Klageforderung von 4.672,63 € zu.

2. 18

Kein Erfolg beschieden ist den Beklagten, soweit sie im Schriftsatz vom 5.11.2009 die Aufrechnung mit einem angeblichen Schadensersatz erklären. Dies begründen sie damit, dass die Klägerin die Abrechnungen verspätet geltend gemacht habe, dadurch sei ihnen ein Schaden entstanden, weil sie die Abrechnung gegenüber den Mietern nicht mehr geltend machen könnten. Diese Aufrechnung ist unbegründet. Soweit die Objekte leerstanden, schied eine Abrechnung gegenüber Mietern ohnehin aus. Im übrigen war den Beklagten bewusst, dass sie mit Forderungen der Klägerin zu rechnen hatten. Sie hätten sich selbst an die Klägerin wenden müssen, um etwaige Abrechnungsprobleme mit den Mietern zu vermeiden. 19

3. 20

Die Ansprüche sind nicht verjährt. Auch für die Frage der Verjährung kommt es nicht darauf an, ob die AVBFernwärmeVO mit der Fälligkeitsregelung in § 27 Abs. 1 zur Anwendung kommt. Denn bei sonstigen Forderungen, deren Höhe der Schuldner ohne Rechnung nicht ermitteln kann, ist ebenfalls davon auszugehen, dass die Fälligkeit (auch im Sinne von § 199 Abs. 1 BGB) erst mit Zugang der Rechnung eintritt (BGHZ 113, 188, 194 = NJW 1991, 836; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 279, 280; Krüger in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., § 271 Rdn. 20). Das ist bei verbrauchsabhängigen Forderungen aus Versorgungsverträgen aber der Fall, so dass das Landgericht eine Verjährung zutreffend verneint hat. Der Einwand der Verwirkung greift schon deshalb nicht durch, weil die Beklagten – wie die Klägerin in der Berufungserwiderung richtig ausgeführt hat - mit einer Inanspruchnahme durch die Klägerin rechnen mussten. 21

4. 22

Teilweise begründet ist die Berufung hinsichtlich des Zeitraumes der auf die Klageforderung zuzurechnenden Zinsen. Diese sind der Klägerin nur für einen Zeitraum von zwei Wochen nach Zugang der Abrechnungen, die mit Zustellung des Mahnbescheides am 4.1.2008 erfolgt ist, also ab dem 18.1.2008 zuzuerkennen. Ein früherer Verzugseintritt lässt sich nicht feststellen, da die Klägerin einen vorherigen Zugang der Rechnungen nicht nachgewiesen hat. Aus § 27 Abs. 1 AVBFernwärmeV ergibt sich nichts anderes. Auch hiernach setzt die Fälligkeit den Zugang der Rechnung voraus ("frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der Zahlungsaufforderungen"). Danach wäre die Fälligkeit im Gegenteil noch um zwei Wochen hinausgeschoben. Ob die AVBFernwärmeV und damit deren § 27 Anwendung findet, bedarf jedoch auch in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung. Ist § 27 AVBFernwärmeV anwendbar, so wurden die im Berufungsverfahren streitgegenständlichen Ansprüche erst zwei Wochen nach Zustellung des Mahnbescheides fällig. Erst ab diesem Zeitpunkt traten die Verzugs- und Rechtshängigkeitsverzinsung ein (§§ 286, 288, 291 BGB). Das gleiche gilt, wenn mangels Anwendbarkeit des § 27 AVBFernwärmeV die Fälligkeit schon mit Zugang der Rechnungen eingetreten sein sollte. Dann stand den Beklagten bis zum Eintritt der Verzugs- und Rechtshängigkeitshaftung ein angemessener Prüfungszeitraum zur Verfügung (Ernst in: Münchener Kommentar § 286 Rdn. 52; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 286 Rdn. 16, 32), der in Anlehnung an § 27 AVBFernwärmeV mit zwei Wochen zu bemessen wäre. 23

II. 24

25

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1 ZPO, der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die dafür nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. 26

Berufungsstreitwert: 4.798,74 € 27
