
Datum: 11.06.2021
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 117/20
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2021:0611.19U117.20.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 168/19

Tenor:

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 21.09.2020 (26 O 168/19) teilweise abgeändert und unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klage der Streithelferin gegen die Klägerin zu 1) wird abgewiesen.

2. Von den Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen haben die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Streithelferin die Kläger zu je 1/8 und die Streithelferin zu 3/4 zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten haben die Kläger zu je 1/2 zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu 1) hat die Streithelferin zu 3/4 zu tragen. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Wegen der tatsächlichen Feststellungen wird nach §§ 540 Abs. 1 Nr. 1, 313a ZPO auf den Tatbestand der angegriffenen Entscheidung Bezug genommen.

II. 3

Die zulässige Berufung hat nur teilweise Erfolg, nämlich insoweit, als sich die Klägerin zu 1) gegen die vom Landgericht für zulässig und begründet gehaltene Klage der Streithelferin wendet. 4

1. Die Berufung ist zunächst zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Auf die Voraussetzungen von § 533 ZPO, der die Zulässigkeit einer Klageänderung im Berufungsverfahren regelt, kommt es dabei nicht an. Denn eine Änderung des klägerischen Hauptantrages zwischen erstinstanzlichem und zweitinstanzlichem Verfahren liegt – abweichend von der Bewertung der Streithelferin – nicht vor. Es fehlt im Antrag aus der Berufungsbegründung vom 14.12.2020 insoweit lediglich der Begriff der „Jahreswärmeleistung“, während die weitere Formulierung des Antrags identisch ist. Insoweit handelt es sich um eine (zutreffende) Klarstellung dahingehend, dass es den Klägern um die Anschlussleistung geht. Denn darunter ist die vom Energieversorger an der jeweiligen Anschlussstelle bereitgestellte Leistung bei der Versorgung mit elektrischer Energie, Gas und Fernwärme zu verstehen. Gerade das ist der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Eine abschließende Klarstellung haben die Kläger im Übrigen insoweit in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 21.05.2021 vorgenommen. 5

2. Die Berufung ist jedoch nur teilweise begründet. 6

a) Das Rechtsmittel ist zunächst im Hinblick auf das klägerische Begehren unbegründet. Denn den Klägern stehen die in Haupt- und Hilfsantrag geltend gemachten Ansprüche unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. 7

aa) Betreffend den **Hauptantrag** der Kläger ist die Berufung unbegründet, weil die Klage unbegründet ist. Dabei kommt es aus rechtlichen Gründen nicht auf die für das Haus der Kläger erforderliche bzw. ausreichende Anschlussleistung an. Deshalb ist auch der Einwand der Kläger, das Landgericht habe zu Unrecht diesbezügliche tatsächliche Feststellungen und Beweiserhebungen unterlassen, nicht berechtigt. 8

(1) Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich zunächst nicht unter der Annahme eines am 14.07.2016 übernommenen **Nahwärmeversorgungsvertrages mit ausdrücklich vereinbarter Anschlussleistung** i.H.v. 6,0 kW (Heizung) bzw. 8,0 kW (Warmwasserversorgung). Dabei ist dem Senat bewusst, dass die Argumentation der Kläger auf einer solchen Prämisse nicht beruht. Wie bereits in der mündlichen Verhandlung vom 21.05.2021 erörtert, erscheint es aber geboten, den vorliegenden Rechtsstreit aus allen denkbaren Perspektiven zu betrachten, gerade auch mit Blick auf die von den Klägern selbst angesprochenen Parallelsachverhalte betreffend andere Immobilieneigentümer im Wohngebiet der Kläger. 9

(a) Zwar wäre unproblematisch auch der Kläger zu 2) Inhaber eines solchen Anspruchs, auch wenn nur die Klägerin zu 1) die Übernahmeerklärung vom 14.07.2016 abgegeben und unterzeichnet hat. Denn die Versorgung einer im gemeinsamen Eigentum von Eheleuten stehenden Immobilie unterfällt, jedenfalls wenn diese zugleich auch Ehewohnung ist, dem Anwendungsbereich von § 1357 Abs. 1 BGB, wonach jeder Ehegatte berechtigt ist, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen (BGH, Beschluss vom 24.04.2013 – XII ZR 159/12, Tz. 10

6 - juris; *Brudermüller*, in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1357 Rn. 13; *Ebarth*, in: Gsell u.a., Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 01.03.2021, § 1357 Rn. 74).

- (b) In der Sache ergäbe sich ein Anspruch der Kläger auf Anpassung der – unterstellt – vereinbarten Anschlusswerte nicht aus § 3 AVBFernwärmeV. Diese Vorschrift ist zwar, worauf die Kläger zutreffend hinweisen, aufgrund der rechtlichen Gleichstellung von Konzepten zur Nah- und Direktwärmeversorgung mit der Lieferung von Fernwärme auch auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar (BGH, Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 262/09, Tz. 21 – juris; BGH, Urteil vom 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, Tz. 24 – juris). Ihre Voraussetzungen liegen aber nicht vor. Denn eine Anpassung des – hier unterstellt – vereinbarten Versorgungsumfangs kann der Kunde nur verlangen, soweit er den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen decken will. Das aber ist unstreitig nicht der Hintergrund des Begehrens der Kläger, die nur damit argumentieren, dass ihre Immobilie generell besonders energiesparend nach den Vorgaben der Kreditanstalt für Wiederaufbau konzipiert und errichtet wurde. 11
- (c) Ein Anspruch auf Anpassung eines – unterstellt – vereinbarten Anschlusswertes kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen eines unzutreffend ermittelten Energiebedarfs für die klägerische Immobilie hergeleitet werden. Dabei kann offenbleiben, ob die zutreffende Anspruchsgrundlage hierfür § 280 Abs. 1 BGB allein oder § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB wäre. Denn in beiden Fällen wäre das Bestehen einer entsprechenden Ermittlungspflicht der Beklagten eine unverzichtbare Anspruchsvoraussetzung. Dies jedoch ist nicht erkennbar und insbesondere auch nicht aus § 3 AVBFernwärmeV abzuleiten. Vor diesem Hintergrund kommt es – wie einleitend angesprochen – auch nicht auf den zwischen den Parteien streitigen konkreten Energiebedarf des klägerischen Objekts an, weshalb das Landgericht zutreffend auf eine diesbezügliche Beweiserhebung verzichtet bzw. diese nicht fortgesetzt hat. 12
- (d) Ein Anspruch auf Vertragsanpassung ergibt sich für die Kläger auch nicht aus § 313 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage. Dabei kann offenbleiben, ob diese Vorschrift hier überhaupt anwendbar ist oder ob sie durch die Spezialvorschrift des § 3 AVBFernwärmeV, der die (engen) Voraussetzungen einer Anpassung der Anschlussleistung regelt, verdrängt wird. Denn zum einen ist die Anschlussleistung von 6 bzw. 8 kW unter der Prämisse eines diesbezüglich geschlossenen bzw. übernommenen Vertrages nicht Geschäftsgrundlage, sondern Vertragsinhalt; dieser aber kann nicht gleichzeitig Geschäftsgrundlage sein (BGH, Beschluss vom 03.12.2014 – XII ZB 181/13, Tz. 17 - juris; BGH, Urteil vom 03.02.2010 – XII ZR 189/06, Tz. 26 – juris; BGH, Urteil vom 27.09.1991 – V ZR 191/90, Tz. 16 – juris, zum früheren Schuldrecht; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rn. 10). Außerdem setzt § 313 Abs. 1 BGB voraus, dass der betroffenen Partei das Festhalten an einem unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Dies wiederum ist nur dann der Fall, wenn nach einer umfassenden Interessenabwägung aller Umstände des Einzelfalls die unveränderte Fortsetzung des Vertrages zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht mehr zu vereinbarenden Ergebnissen führen würde; dabei darf nicht zweifelhaft sein, dass mindestens eine der Parteien den Vertrag nicht oder nur mit anderem Inhalt und anderen Leistungsverhältnissen innerhalb des Vertragsgefüges abgeschlossen hätten (grdl. BGH, Urteil vom 26.09.1996 – I ZR 165/95, Tz. 27 – juris; s.a. BGH, Urteil vom 09.03.2010 – VI ZR 52/09, Tz. 24 – juris; *Böttcher*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. 2020, § 313 Rn. 27 m.w.N.). Davon aber kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Es fehlt schon an entsprechendem Vortrag der Kläger. Die aufgezeigten Voraussetzungen liegen aber nach den Umständen auch völlig fern, weil unstreitig die Kläger im Vorfeld die Informationen über voraussichtliche Bezugsmengen und 13

Jahreskosten vom 03.12.2014 unter der beispielhaften Annahme einer Vertragsleistung von 10 KW erhalten und gleichwohl ohne Beanstandungen in die Versorgungsbeziehung mit der Beklagten eingetreten sind.

- (e) Nach alledem kann offenbleiben, ob die Kläger die Übernahme des Versorgungsvertrages mit der Beklagten mit der Klageschrift vom 31.10.2018 i.V.m. der Erklärung in der mündlichen Verhandlung vom 04.11.2019 wirksam angefochten haben oder nicht. Denn auch eine solche Anfechtung würde dem vorliegend geltend gemachten Anspruch nicht zum Erfolg verhelfen. Lediglich klarstellend weist der Senat aber darauf hin, dass von einer wirksamen Anfechtungserklärung nicht ausgegangen werden kann. Zum einen ist die Anfechtung einer Willenserklärung als Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich (statt vieler *Busche*, in: Münchener Kommentar BGB, 8. Aufl. 2018, § 143 Rn. 5); die Kläger haben ihre Erklärung jedoch unter eine (unzulässige) Bedingung gestellt. Zum anderen ist aber auch ein Anfechtungsgrund in Gestalt der arglistigen Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB schon angesichts der unstreitigen und umfassenden vorvertraglichen Informationslage nicht dargetan. 14
- (2) Der von den Klägern geltend gemachte Anspruch kann sich auch nicht aus einer – nach der Argumentation der Kläger gegebenen – Übernahme eines Versorgungsvertrages mit der Beklagten **ohne ausdrücklich vereinbarte Anschlussleistung** ergeben. 15
- (a) Die Vereinbarung einer Anschlussleistung i.H.v. 6 bzw. 8 kW wäre in diesem Szenario auf konkludente Weise erfolgt. Denn schon nach dem eigenen Vortrag der Kläger hat die Beklagte von Anbeginn ihre Abrechnungen über die Nahwärmeversorgung der Kläger auf der aktuellen Basis erstellt, insbesondere mit der Position „Jahresleistungspreis für 8,00 kW“. Spätestens damit aber hat die Beklagte die Anschlussleistung in diesem Umfang konkludent angeboten, und die Kläger haben durch vorbehaltlose Zahlung auf die Rechnungen dieses Angebot angenommen, womit die Anschlussleistung von 8 kW zum Vertragsinhalt geworden ist. 16
- (b) Grundlagen für deren nachträgliche Anpassung im Sinne der Kläger bestehen nicht. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die vorstehenden Überlegungen zu §§ 3 AVBFernwärmeV, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 und 313 Abs. 1 BGB. 17
- (3) Auch unter der Prämisse eines gar nicht von der Streithelferin übernommenen, sondern eines durch **faktische Versorgung** mit und Entnahme von Energie zustande gekommenen Versorgungsvertrages, hat der Hauptantrag der Kläger keinen Erfolg. 18
- (a) Diese Situation regelt § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV, wonach die darauf basierende Wärmeversorgung zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen erfolgt. Sofern es in Ermangelung gleichartiger Versorgungsverhältnisse an festen Tarifen fehlt, können die Abnahmebedingungen in analoger Anwendung der §§ 315, 316 BGB auch nach billigem Ermessen zu bestimmen sein (BGH, Urteil vom 15.02.2006 – VIII ZR 138/05, Tz. 16 – juris; *Wollschläger*, in: Theobald/Kühling/Wollschläger, Energierecht, Stand: September 2020, § 2 AVBFernwärmeV Rn. 12). 19
- (b) Vorliegend streiten die Parteien jedoch nicht um die Preise bzw. Tarife der Wärmeversorgung der klägerischen Immobilie, sondern um die aus Sicht der Kläger zu hohe Anschlussleistung, auf der diese Wärmeversorgung beruht. Einen Rückforderungsanspruch wegen überzahlter Entgelte haben sich die Kläger mit der Klageschrift vom 31.10.2018 (dort Seite 10, 1. Absatz) lediglich vorbehalten, ihn in das Verfahren aber nicht eingebracht. 20

- (c) Selbst wenn unter den Begriff der Preise bzw. Tarife auch die zu Grunde liegende Anschlussleistung selbst zu subsumieren wäre, ergäbe sich daraus keine abweichende Bewertung zu Gunsten der Kläger. Denn zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte das gesamte Wohngebiet, welches von der Streithelferin erschlossen wurde und in dem auch das Objekt der Kläger liegt, auf Grundlage derselben Anschlussleistung von 8 kW mit Nahwärme versorgt. Dabei handelt es sich aber dann um gleichartige Versorgungsverhältnisse im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV, so dass ein Versorgungsanspruch auf Basis einer hiervon abweichenden, deutlich niedrigeren Anschlussleistung nicht in Frage kommt.
- (d) Zu etwaigen anderen Grundlagen für eine Änderung dieser Prämissen, insbesondere mit Blick auf § 313 Abs. 1 BGB, gelten die vorstehenden diesbezüglichen Überlegungen des Senats gleichermaßen. 22
- (4) Aus Gründen der Vollständigkeit weist der Senat abschließend darauf hin, dass auch ein Anspruch der Kläger auf **Abschluss eines neuen Vertrages** zu modifizierten Konditionen nicht ersichtlich ist. Selbst unter der Annahme eines für die Beklagte geltenden Kontrahierungszwanges aus wettbewerbsrechtlichen Gründen wäre sie dem durch die faktische oder vertraglich vereinbarte Versorgung der Beklagten bereits nachgekommen. 23
- bb) Auch der **Hilfsantrag** der Kläger, gerichtet auf die Verpflichtung der Beklagten zur Abrechnung der Wärmeversorgung gegenüber den Klägern auf der Basis einer fiktiven Anschlussleistung von 2 kW, bleibt ohne Erfolg. 24
- (1) Der Antrag ist bereits unzulässig, weil er nicht unter eine zulässige Bedingung gestellt ist. Insoweit ist anerkannt, dass Prozesshandlungen grundsätzlich bedingungsfeindlich sind, ausnahmsweise aber – weil es dann an einer zu vermeidenden Ungewissheit über Reichweite und Gegenstand des Verfahrens fehlt – unter sog. „innerprozessuale“ Bedingungen gestellt werden dürfen (*Bacher*, in: Vorwerk/Wolf, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.03.2021, § 253 Rn. 74, § 260 Rn. 6 ff.). Eine solche Bedingung haben die Kläger allerdings nicht formuliert. So heißt es dazu in der Klageschrift (dort Seite 8, letzter Absatz), der Hilfsantrag sei für den Fall gestellt, dass die Beklagte im Hinblick auf die primär geltend gemachte Versorgung mit einer Anschlussleistung von höchstens 2 kW „technisch Unzumutbarkeit“ einwenden sollte. In der Berufungsbegründung vom 14.12.2020 (dort Seite 9) wird der Hilfsantrag an die Bedingung geknüpft, dass die Beklagte eine bedarfsgerechte Belieferung der Kläger ablehnen würde. Beide Konstellationen betreffen nicht die gerichtliche Entscheidung über den Hauptantrag und damit keine zulässige innerprozessuale Bedingung. 25
- (2) Jedenfalls wäre aber auch der Hilfsantrag unbegründet. Denn eine Anspruchsgrundlage für die Abrechnung der Wärmeversorgung auf der Basis von 2 kW bei – nach allen denkbaren Alternativen – zulässiger und nicht zu beanstandender Belieferung auf der Grundlage von 6 bzw. 8 kW ist nicht erkennbar. 26
- b) Die Berufung (nur der Klägerin zu 1)) ist jedoch begründet, soweit sie sich gegen ihre Verurteilung auf die **Feststellungsklage der Streithelferin** richtet. Denn diese Klage ist bereits unzulässig und deshalb abzuweisen. 27
- aa) Das Landgericht ist hier zwar im Ausgangspunkt – basierend auch auf der Rechtsauffassung des zuvor mit der Sache befassten Amtsgerichts Leverkusen aus dem Hinweis vom 01.03.2019 – zutreffend davon ausgegangen, dass es sich nicht um eine „echte“ Widerklage handelt, sondern eine eigenständige Klage der Streithelferin, die zu Recht 28

nach § 147 ZPO wegen des rechtlichen Zusammenhangs mit dem bereits bestehenden Rechtsstreit zwischen den Klägern und der Beklagten verbunden wurde (*Heinrich*, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 33 Rn. 18 f.; *Schultzky*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 33 Rn. 29).

bb) Zu Unrecht hat das Landgericht jedoch das erforderliche Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO angenommen. Denn ein solches liegt im hier maßgeblichen Verhältnis zwischen der Streithelferin und der Klägerin zu 1), gegen die allein die Klage der Streithelferin gerichtet ist, nicht vor. 29

(1) Ein Feststellungsinteresse nach § 256 ZPO liegt vor, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht, vor allem weil der Beklagte es ernstlich bestreitet oder sich eines Anspruchs gegen den Kläger berührt, und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. In subjektiver Hinsicht muss dieses Interesse gerade dem Kläger gegenüber dem Beklagten zustehen; es muss insofern gerade die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien der Feststellungsklage betroffen sein (BGH, Urteil vom 11.03.2021 – IX ZR 266/18, Tz. 11 – juris; BGH, Urteil vom 25.07.2017 – II ZR 235/17, Tz. 16 f. – juris; BGH, Urteil vom 13.01.2010 – VIII ZR 351/08, Tz. 12 – juris; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 256 Rn. 8; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 256 Rn. 7). 30

(2) Auf ein solches Interesse kann sich die Streithelferin vorliegend aber nicht berufen. Sie macht insoweit geltend, dass die (auch) von der Klägerin zu 1) behauptete Nicht-Übernahme des ursprünglichen Wärmeversorgungsvertrages zwischen der Streithelferin und der Beklagten den Verbleib der Streithelferin in diesem Versorgungsvertrag jedenfalls bis zur Begründung eines faktischen Belieferungsvertrages zwischen den Klägern und der Beklagten bedeuten würde; daraus folge zumindest insoweit eine fortgesetzte Kostenhaftung der Streithelferin gegenüber der Beklagten mit der eventuellen Notwendigkeit, bei der Klägerin zu 1) Regress zu nehmen. Diese Interessenlage trägt aber jedenfalls den konkreten Widerklageantrag nicht, der im Ergebnis ausschließlich auf die Feststellung gerichtet ist, dass die Streithelferin gegenüber der Beklagten ab dem genannten Stichtag keinerlei Verpflichtungen (mehr) hat. Dies jedoch betrifft nicht das Verhältnis zwischen der Klägerin zu 1) und der Streithelferin, sondern dasjenige zwischen der Streithelferin und der Beklagten. Das ergibt sich auch aus einem Blick auf die weitere Voraussetzung einer Feststellungsklage, nämlich die Geeignetheit des angestrebten Urteils für die Beseitigung der (vermeintlichen) Unsicherheit. Denn das von der Streithelferin erstrebte und zunächst auch ergangene Feststellungsurteil beseitigt jedenfalls nicht mit rechtlich bindender Wirkung die Gefahr für die Streithelferin, von der Beklagten noch in Anspruch genommen zu werden, weil es gar nicht im Verhältnis zur Beklagten ergehen kann, die deshalb auch an der subjektiven Rechtskraft des Urteils nach § 325 Abs. 1 ZPO nicht teilnehmen würde. Im Verhältnis zur Klägerin zu 1) mag der Streithelferin deshalb ein tatsächliches oder berechtigtes *Klärungsinteresse* zustehen; dies ist aber mit dem rechtlichen *Feststellungsinteresse*, das nach § 256 Abs. 1 ZPO gefordert wird, nicht gleichzusetzen (BGH, Beschluss vom 10.02.2016 – IV ZR 423/12, Tz. 11 – juris; BGH, Urteil vom 13.01.2010 – VIII ZR 351/08, Tz. 12 – juris; OLG Köln, Urteil vom 12.04.2019 – 1 U 82/18, Tz. 29 – beck-online; *Greger* a.a.O.). 31

III. 32

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 100 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. 33

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10 ZPO. 34

IV.	35
Für eine Zulassung der Revision besteht keine Veranlassung, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Bislang höchstrichterlich geklärte Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den vorliegenden Fall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden.	36
<u>Berufungsstreitwert: 9.332,46 €</u>	37
(Klage: 2.163,00 €; Klage der Streithelferin: 7.169,46 €)	38
