

Dr. Metschkoll, Postfach 12 40, 82134 Olching
Landgericht München II
Postfach
80097 München

Dr. Michael Metschkoll
Rechtsanwalt
Wirtschaftsprüfer
Steuerberater

Telefon
08142-5785-0

Telefax
08142-5785-99

Mail
info@metschkoll.de

Hauptstr. 9 B
82140 Olching

23. September 2011
DS

In Sachen

Michael Riedl, Buchhofer Str. 9, 82140 Olching

Kläger zu 1)

und

Ingrid und Dr. Michael Metschkoll, Maximilianstr. 4, 82140 Olching

Kläger zu 2)

ProzBev.: RA Dr. Michael Metschkoll, Hauptstr. 9b, 82140 Olching

gegen

Gemeinde Olching, vertreten durch den ersten Bürgermeister Andreas Magg, Rebhuhnstr. 18, 82140 Olching

Beklagte

ProzBev.: RAe Becker, Büttner, Held, Untere Weidenstr. 5, 81543 München

wegen Löschung Dienstbarkeit u.a.

Geschäftszeichen: 14 O 1535/11

dankt die Klägerseite für die vom Gericht eingeräumte Schriftsatzfrist bis zum 23.09.2011 und nimmt innerhalb dieser Frist auf die Klageerwiderung vom 20.07.2011 wie folgt Stellung:

Der Beklagten misslingt es in der Klageerwiderung erhebliche Einwendungen gegen die Klageforderungen vorzubringen.

Hier unternimmt die Beklagte insbesondere den untauglichen Versuch, entgegen der BGH-Rechtsprechung den Klägern die Darlegungs- und Beweislast für die fehlende Marktüblichkeit der Preisanpassungen durch die Beklagte zuzuweisen, weil die Beklagte selbst nicht in der Lage ist, die Marktüblichkeit ihrer Preisanpassungen substantiiert darzulegen und nachzuweisen.

1 Sachverhalt

Der klägerische Sachvortrag bleibt von der Beklagten weitgehend unbeantwortet und ist insoweit unstrittig.

Insbesondere stellt die Beklagten den Klägervortrag über die Preisentwicklung der Fernwärme für die streitgegenständlichen Grundstücke nicht in Abrede. Unstrittig richtig ist auch der von den Klägern vorgetragene, bundesweite Marktpreis für Fernwärme in den Jahren 2007, 2008, 2009, ermittelt von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e.V.

Soweit die Beklagte in der Klageerwiderung dagegen neuen oder zu Klageschrift im Widerspruch stehenden Sachverhalt vorträgt, wird darauf wie folgt entgegnet:

1.1 Zu B. Ziffer I. der Klageerwiderung – Hintergrund zur Fernwärmeversorgung

Die Kläger haben unter Ziffer 2.3 der Klageschrift die derzeitige Struktur der Fernwärmeversorgung durch die Beklagte vorgestellt und ein Schaubild dazu vorgelegt.

Alle Behauptungen der Beklagten über die angeblichen Hintergründe der Fernwärmeversorgung, die im Widerspruch zum Klägervortrag stehen oder die die Kläger nicht kennen können, da die Kläger in die Entscheidungsabläufe sowie die Errichtung der technischen Anlagen und rechtlichen Strukturen zur Betreibung der Fernwärmeversorgung der Gemeinde Olching nicht einbezogen gewesen sind, bestreiten die Kläger mit Nichtwissen.

Mit Nichtwissen wird von den Klägern in diesem Zusammenhang vor allem **bestritten**,

- dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Errichtung des Fernwärmenetzes personell und technisch nicht in der Lage gewesen sei, das Fernwärmenetz selbst zu errichten und zu betreiben, so dass die auf Seite 10 der Klageschrift dargelegte Konstruktion zur Fernwärmeversorgung erforderlich gewesen ist;
- dass der Bau und der Betrieb des Fernwärmenetzes von der Beklagten europaweit ausgeschrieben wurde, dass die GfA unter 23 Netzanbietern bei 6 gültigen Angeboten der billigste Anbieter gewesen sein soll (dieser Vortrag steht bereits im Widerspruch dazu, dass das Fernwärmenetz von der Techem AG betrieben wird) und dass die Beklagte, die behaupteten erheblichen Nachlässe, die ihr von der GfA eingeräumt worden sein sollen, über einen etwaigen Nachlass auf den Fernwärmepreis an ihre Kunden weitergereicht habe;
- dass der Bau der 1 km langen Versorgungstrasse anfangs wirtschaftlich und ökologisch nicht sinnvoll gewesen sei und dass die ersten Wärmekunden aus einer ölbefeuerten mobilen Zentrale versorgt worden seien. Mit Nichtwissen wird in diesem Zusam-

menhang auch die völlig pauschale Behauptung der Beklagten bestritten, dass bei der Beklagten „erhebliche Anfangsverluste“ durch diese Form der Beheizung entstanden seien. Weiterhin sind die angeblichen Kosten der Anfangsjahre bis 2002, die von der Beklagten nicht näher spezifiziert worden, für die hier streitgegenständlichen Jahre 2007 bis 2010 ohne Bedeutung.

Die von der Beklagten als Anlage B2 vorgelegte „Kurzdarstellung der Projektentwicklung“ ist ohne jeden Beweiswert für die Behauptungen der Beklagten über den Hintergrund der Fernwärmeversorgung. Wenngleich der Inhalt von Anlage B2 ohnehin nicht Gegenstand des Beklagtenvortrages geworden ist, bestreiten ihn die Kläger ebenfalls rein vorsorglich mit Nichtwissen.

Nicht bestritten wird hingegen der Vortrag der Beklagten, dass spätestens ab dem Jahre 2002 die Wärmelieferung durch die Beklagte aus der Müllverbrennungsanlage erfolgt ist. **Die Beklagte räumt damit ein, dass fossile Brennstoffe (wie Erdöl und Erdgas) bei der Fernwärmeversorgung in Olching seit dem Jahre 2002 bis zum heutigen Tag keine Rolle spielen.**

Zudem trägt die Beklagte vor, dass die Kosten für den Wärmeeinkauf bei der GfA aus der Müllverbrennungsanlage **deutlich geringer** sind, sie es bei einer Ölbefuerung wären. Dieser Umstand wird von den Klägern ebenfalls unstreitig gestellt.

Offen lässt die Beklagte hingegen die Frage, warum die Beklagte diese Kostenverringerung nicht an ihre Kunden weiterreicht und warum sie in der Preisanpassungsklausel für den Arbeitspreis nicht den tatsächlich verwendeten Energieträger heranzieht, sondern sich nach wie vor auf den Heizölpreis stützt.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang auch der unstreitige Umstand, dass der Basispreis in den von der Beklagten verwendeten Preisanpassungsklauseln für Arbeits-, Grund- und Messpreis, von der Beklagten jeweils für das Jahr 2002 festgesetzt worden ist. Folglich sollten in den Basispreisen für das Jahr 2002 die von der Beklagten behaupteten, hohen Anlaufkosten infolge der anfänglichen Versorgung aus einer ölbefeuerten mobilen Zentrale, doch bereits vollständig enthalten sein.

Da unstreitig spätestens ab dem Jahre 2002 die Fernwärmeversorgung allein aus der Müllverbrennung erfolgte, ist nicht nachvollziehbar, dass in der Preisanpassungsklausel für den Arbeitspreis bis heute nach wie vor eine Preisbindung an den Heizölpreis erfolgt.

1.2 Zu B. Ziffer II. der Klageerwiderung – Kalkulation der Preise

Die Beklagte räumt den Klägervortrag über die Höhe, Zusammensetzung sowie die Entwicklung der Fernwärmepreisbestandteile „Arbeitspreis“, „Grundpreis“ und „Messpreis“ ein. Es handelt sich insoweit um unstreitigen Sachverhalt.

1.2.1 Preissituation der Kläger gegenüber der Beklagten und Preissituation der Beklagten gegenüber Techem und GfA

Zur Begründung, dass die Beklagte lediglich genau die Kosten an die Kunden weitergeben würde, die sie selbst an ihre Lieferanten zahlen müsse, argumentiert die Beklagte mit bestimmten Prozentsätzen, die identisch seien im Verhältnis zwischen der Beklagten und den Klägern einerseits und der Beklagten und den Lieferanten andererseits.

Mit dieser Argumentation bezweckt die Beklagte allerdings allein eines, nämlich einen Zusammenhang zu suggerieren, der tatsächlich nicht gegeben ist.

Was die Beklagte hier zu verschleiern versucht, ist, dass eine Vergleichbarkeit der Kosten, die die Beklagte angeblich gegenüber ihren Lieferanten zu tragen hat, mit den Kosten, die die Beklagte in ihren Preisen an die Kunden weiterreicht, nur gegeben ist, wenn die Kosten in absoluter Höhe zugrunde gelegt werden.

Es ist allgemeinbekannt, dass die Erhöhung von zweierlei Ausgangswerten um den gleichen Prozentsatz, nicht zu dem gleichen, absoluten Ergebnis führen, wenn die Ausgangszahlen unterschiedlich waren.

Gegenüber den Kunden, kommen diese absoluten Kostenbestandteile in den Preisgleitformeln in den Positionen AP_0 (Ausgangsarbeitspreis), GP_0 (Ausgangsgrundpreis) und MP_0 (Ausgangsmesspreis) zum Ausdruck. Anhand dessen lässt sich mit Hilfe der Preisgleitklausel ermitteln, in welchem Verhältnis der Arbeits-, Grund- und Messpreis in den von der Beklagten berechneten Fernwärmepreis einfließen.

Demgegenüber hat die Beklagte nicht vorgetragen, wie die absoluten Kostenbestandteile aussehen, die von Lieferanten gegenüber der Beklagten zugrunde gelegt werden.

Es kann daher von den Klägern nicht nachvollzogen werden und wird daher mit Nichtwissen bestritten, ob auf Lieferantenseite der Arbeits-, Grund- und Messpreis in dem gleichen Verhältnis zueinander stehen, wie gegenüber den Endkunden.

Offen lässt die Beklagte ebenfalls, ob die absoluten Kostenbestandteile übereinstimmen, im Verhältnis Arbeitspreis zu Kosten der GfA, Grundpreis zu Kosten der Techem AG und Messpreis zu Personal und Sachkosten der Beklagten. Dies wird daher von den Klägern ebenfalls mit Nichtwissen bestritten,

1.2.2 Arbeitspreis

Soweit die Beklagte dagegen auf S. 7 im letzten Absatz pauschal behauptet, dass sie sich bei der Berechnung und der Kalkulation der Preisgleitklausel für den Arbeitspreis an den Kosten orientiert habe, welche bei ihr für die Bereitstellung der Fernwärme anfallen, wird dies von den Klägern mit Nichtwissen bestritten und es wird zunächst auf Ziffer 1.2.1 Bezug genommen.

Die Beklagte trägt auch insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

Hervorzuheben ist außerdem, dass die Beklagte aus ihrer Kostensicht argumentiert und auf die Bereitstellung abstellt.

Maßstab ist jedoch § 24 Abs. 3 AVB FernwärmeVO. Dort heißt es: „Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme“. Es kommt also nicht auf die Bezugskosten der Beklagten an, sondern auf die originären Kosten der Erzeugung. Diese fallen bei der GfA an. Weiterhin kommt es auf die originären Kosten der Bereitstellung an. Diese fallen bei der Techem AG an. Die Höhe und Entwicklung dieser Kosten ist für die Preisgestaltung der Beklagten gesetzlich vorgeschrieben.

Der Behauptung der Beklagten, es sei angemessen die Preisentwicklung am Heizöl zu orientieren, steht entgegen, dass die Kosten für die Erzeugung von Fernwärme unstreitig spätestens seit dem Jahr 2002 weitestgehend unabhängig vom Heizölpreis anfallen. Die Kosten werden überwiegend von den Investitionskosten, dem laufenden Betriebsaufwand und den Personalkosten bestimmt. Der Primärenergieträger ist der Abfall der Landkreise Dachau und Fürstfeldbruck für dessen Entsorgung die Gemeindeglieder Müllgebühren abführen müssen. Die GfA erhält unstreitig Vergütungen für die Abnahme des Abfalls und muss dementsprechend für den Primärenergieträger keinerlei Aufwendungen tätigen. Die in der Preisanpassungsklausel enthaltene Koppelung an den Heizölpreis mit 71 Prozent spiegelt nicht die für die Fernwärmeerzeugung tatsächlich anfallenden Kosten wider.

Zum Nachweis, dass die Preisanpassungsklausel der Beklagten für den Arbeitspreis nicht die tatsächlichen Kostenentwicklung widerspiegelt, haben die Kläger, unter Verwahrung gegen die Darlegungs- und Beweislast, welche die Beklagte trägt, bereits die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Auf dieses Beweisangebot nehmen die Kläger nochmals ausdrücklich Bezug.

Dagegen fehlt es an einem entsprechenden Beweisangebot der Beklagten. Das als Anlage B3 von der Beklagten in Kopie vorgelegte Dokument mit der Bezeichnung „Preisänderungen“, mit zweierlei Daten (vom 26.08.1998 und vom 02.03.1999) und ohne Hinweis auf Urheber und Beteiligte, ist ohne jedweden Beweiswert für die bestrittenen Behauptungen der Beklagten. Dagegen hat die Beklagte den mit der GfA geschlossenen Wärmelieferungsvertrag ("Fernwärmeversorgungs- und Anschlussvertrag") vom 16.03.1999 wohlweislich nicht vorgelegt, so dass die bestrittenen Behauptungen der Beklagten ohne Nachweis bleiben.

Auch ist der Sachvortrag der Beklagten in der Klageerwiderung auf Seite 7 f. über die angebliche Kostenabhängigkeit des Arbeitspreises falsch und irreführend. Die Beklagte stellt dort den „Arbeitspreis“, den die Beklagte gegenüber der GfA zahlen muss, dem Arbeitspreis gegenüber, den die Beklagte von ihren Kunden verlangt. Da beide „Arbeitspreise“ zu 70 bzw. 71 Prozent an die Entwicklung der Kosten für leichtes Heizöl geknüpft sind, sei der Gleichlauf von Kosten und Preis gewährleistet. Was die Beklagte dabei verschweigt, ist, dass diese „Arbeitspreise“ nicht miteinander vergleichbar sind.

Wie sich vielmehr aus der von Beklagten vorgelegten Anlage B3 unschwer ergibt, ist der „Arbeitspreis“ den die Beklagte gegenüber der GfA zahlen muss, lediglich einer von mehreren Kostenbestandteilen. Hinzu treten noch der „Leistungspreis“, der „Messpreis“ und der „Heizwasserpreis“. Diese weiteren Kostenbestandteile sind ausweislich der Anlage B3 allesamt nicht an die Entwicklung der Kosten für leichtes Heizöl geknüpft.

Es ist folglich nicht mit einer Kostenweitergabe zu rechtfertigen, dass die Beklagte den Arbeitspreis gegenüber den Klägern zu 71 Prozent an Entwicklung der Kosten für leichtes Heizöl bindet, wengleich auf der korrelierenden Kostenseite eine solche Heizölbindung nur zu einem viel geringeren Teil besteht.

Da außerdem aufgrund der Einlassungen der Beklagten feststeht, dass spätestens seit dem Jahr 2002 die von der Beklagten behauptete Kostenvereinbarung mit der GfA mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt, wird mit Nichtwissen bestritten, dass die von der GfA gegenüber der Beklagten abgerechneten Preise die tatsächlich bei der GfA anfallenden Kosten abbilden.

Die Kläger tragen außerdem mit Nichtwissen vor, dass die Beklagte bislang nicht die ihr angesichts des veränderten Erzeugungskostenverlaufs zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel ergriffen hat, die GfA zu einer Vertragsänderung zu bewegen oder den Vertrag mit der GfA zu beenden. Es wird in diesem Zusammenhang auch nochmals darauf hingewiesen, dass Vertreter der Beklagten im Beirat der GfA sitzt und von dort aus auf die GfA Einfluss nehmen können.

1.2.3 Grundpreis

Soweit die Beklagte pauschal behauptet, dass die Preisgleitklausel der Beklagten für den **Grundpreis** die tatsächliche Kostenentwicklung widerspiegeln, steht dies im Widerspruch zum substantiierten Klägervortrag in der Klageschrift und wird von den Klägern mit Nichtwissen bestritten und es wird zunächst auf Ziffer 1.2.1 Bezug genommen.

Die Beklagte trägt auch insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

Weiterhin wird nochmals darauf hingewiesen, dass nach § 24 Abs. 2 AVB-FernwärmeV es nicht auf die Kosten des Lieferanten der Beklagten ankommt, sondern auf die Kosten der Erzeugung und Bereitstellung, also auf die Kostensituation beim Bau und beim Betrieb des Netzes.

Der Behauptung der Beklagten steht bereits entgegen, dass die für den Grundpreis zugrunde gelegten, installierten Leistungen für ein Einfamilienhaus mit 15 kW oder für ein Mehrfamilienhaus mit 30 kW, von der Beklagten ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls (wie z.B. Größe der Wohngrundfläche oder Anzahl der Mitbewohner oder Nasszellen) festgesetzt und bis heute beibehalten worden sind. Dies hat zur Folge, dass ein Einfamilienhaus und ein Mehrfamilienhaus selbst bei völlig identischer Wohngrundfläche oder Anzahl der Mitbewohner oder Nasszellen, im Hinblick auf den Grundpreis ganz unterschiedlich abgerechnet werden. Die Beklagte hat diese willkürlichen Ungleichbehandlungen von Ein- und Mehrfamilienhäusern bei der Festsetzung des

Grundpreises in der Klageerwiderung weder in Frage gestellt, noch erläutert.

Wie in der Klageschrift dargelegt, fließen in den Grundpreis die Investitionskosten in Form von Abschreibungen und Zinsen ein. Dabei werden Zinsen bei langfristigen Projekten über viele Jahre festgeschrieben. Zudem sind die Zinsen für die Aufnahme von Darlehen seit dem Jahre 1999 auch noch gesunken. Die Abschreibungen sind über die gesamte Dauer der Nutzung der Fernwärmanlage konstant. Folglich sind für den Grundpreis allein die Kostenverhältnisse zu Vertragsbeginn entscheidend, da die Fernwärmanlage von Anfang an vollständig errichtet wurde. Die jährliche Erhöhung des Grundpreises gemäß der Preisanpassungsformel, spiegelt nicht die für die Fernwärmeerzeugung tatsächlich bestehende Kostenentwicklung wider.

Zum Nachweis, dass die Preisanpassungsklausel der Beklagten für den Grundpreis nicht die tatsächlichen Kosten widerspiegelt, haben die Kläger, unter Verwahrung gegen die Darlegungs- und Beweislast, welche die Beklagte trägt, bereits die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Auf dieses Beweisangebot nehmen die Kläger nochmals ausdrücklich Bezug.

Dagegen fehlt es an einem entsprechenden Beweisangebot der Beklagten. Das als Anlage B4 vorgelegte Dokument in Kopie mit der Bezeichnung „Preisblatt Transportpreis“, welches kein Datum trägt und überschrieben ist mit „Heitech GmbH“, ist ohne jeden Beweiswert für die bestrittenen Behauptungen der Beklagten. Dagegen hat die Beklagte den mit der Techem AG geschlossene Vertrag über Betriebsführung und Wärmetransport vom 25.02.1998 wohlweislich nicht vorgelegt, so dass die bestrittenen Behauptungen der Beklagten ohne Nachweis bleiben.

Soweit die Beklagte behauptet, dass sich das Fernwärmenetz bis heute noch im Ausbau befindet, so ist dies insoweit richtig, als noch immer Grundeigentümer an das Fernwärmenetz angeschlossen werden. Was die Beklagte in diesem Zusammenhang verschweigt, ist aber, dass für jedes Einfamilienhaus, das an das Fernwärmenetz angeschlossen wird, ein Hausanschlussbeitrag sowie ein Baukostenzuschuss in Höhe von insgesamt ca. 7.300,00 EUR von den Grundeigentümern durch die Beklagte erhoben wird.

Beweis: Preisblatt 2010 der Beklagten für Sonderzahlungen mit Stand zum 04.03.2010 in Kopie als

Anlage K25

Es bleibt somit dabei, dass für die Investitionskosten in das Fernwärmenetz auf den Zeitpunkt des Vertragsbeginns über die Fernwärmeversorgung abzustellen ist.

Der in der Anlage B4 ausgewiesene fixe Preisbestandteil von 15 Prozent ist in jedem Fall, viel zu gering bemessen. Es wird daher mit Nichtwissen bestritten, dass die von der Techem AG gegenüber der Beklagten abgerechneten Preise die tatsächlich bei der Techem AG anfallenden Kosten abbilden.

Die Kläger tragen außerdem mit Nichtwissen vor, dass die Beklagte bislang nicht die ihr zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel ergriffen hat, die

Techem AG zu einer Vertragsänderung zu bewegen oder den Vertrag mit der Techem AG zu beenden.

1.2.4 Messpreis

Der **Messpreis** umfasst unstreitig den Aufwand sachlicher und personeller Art für die Erfassung der gelieferten Wärme sowie die Eichung und Wartung der Messeinrichtung.

Entgegen dieser Regelung, dass sowohl der personelle als auch der sachliche Aufwand erfasst werden soll, folgt die Preisanpassungsformel der Beklagten ausschließlich der Lohnentwicklung in der Energie- und Wasserversorgung. Der sachliche Aufwand bleibt außen vor. Mithin steht fest, dass die jährliche Erhöhung des Messpreises gemäß der Preisanpassungsformel nicht die für die Fernwärmeerzeugung tatsächlich bestehende Kostenentwicklung widerspiegelt.

Wenn die Beklagte jetzt pauschal behauptet, dass der sachliche Aufwand mit einer fixen Komponente im Rahmen der Preisanpassungsklausel berücksichtigt wird, so ist dies falsch. Es wird zunächst auf Ziffer 1.2.1 Bezug genommen.

Die Beklagte trägt auch insoweit die Darlegungs- und Beweislast.

Ausweislich des von der Beklagten verwendeten Wärmelieferungsvertrages (bereits vorgelegt als Anlage K6) lautet die Formel für die Preisanpassung des Messpreises wie folgt:

- **Messpreis:**

$$MP = (MPo \times IL/ILo) \text{ € /NE jährlich}$$

Eine fixe Komponente für einen sachlichen Aufwand ist in der Formel dagegen nicht enthalten.

Zum Nachweis, dass die Preisanpassungsklausel der Beklagten für den Messpreis nicht die tatsächlichen Kosten widerspiegelt, haben die Kläger, unter Verwahrung gegen die Darlegungs- und Beweislast, welche die Beklagte trägt, bereits die Einholung eines Sachverständigengutachtens angeboten. Auf dieses Beweisangebot nehmen die Kläger nochmals ausdrücklich Bezug.

1.3 Indexumstellung

Die Stellungnahme der Beklagten zur Indexumstellung in der Klageerwidderung ist ebenso unzureichend, wie die jetzt von der Beklagten vorgelegten außergerichtlichen Schreiben der Beklagten.

Es bleibt nach wie vor offen, mit welcher Rechtfertigung die Beklagte für das Jahr 2009 der Wärmepreisberechnung einen anderen Index zugrunde legt, als es vertraglich vereinbart gewesen ist. Die Erläuterung der Beklagten, dass das statistische Bundesamt eine Anpassung seiner Indizes vorgenommen hat, ist für die fehlende Berechtigung der Beklagten zu einer einseitigen Vertragsänderung durch die Beklagte völlig irrelevant.

Ebenso bleibt die Beklagte weiterhin eine Erklärung schuldig, wie die Anpassung auf den anderen Index von der Beklagten vollzogen worden ist. Es werden auch in der Klageerwiderung keinerlei Berechnungen, Vergleiche oder andere Ausführungen darüber gemacht, wie die Beklagte von den bisherigen Indices auf die neuen Indices umgestellt hat.

Da damit die Abrechnung 2009 un schlüssig ist, ist damit für dieses Jahr keine Fälligkeit gegeben.

Ähnlich wie im Mietrecht bei den Betriebskosten fehlt den Klägern der Einblick und die Übersicht über die bei der Beklagten entstanden Kosten sowie über deren Kalkulationsgrundlage. Hier, wie dort (vgl. § 556 BGB) ist folglich Voraussetzung für die Fälligkeit der Zahlungen, dass zuvor eine ordnungsgemäße und für den Verbraucher nachvollziehbar Abrechnung erfolgt. Anderenfalls ist der Verbraucher berechtigt, die Zahlung zu verweigern.

1.4 Bestellung der Dienstbarkeiten

Hinsichtlich der Bestellung der Dienstbarkeiten zu Lasten der Kläger wird zunächst Bezug genommen auf den bisherigen Klägervortrag.

1.4.1 Verantwortung der Beklagten für die Bestellung der Dienstbarkeiten

Die Beklagte bestreitet in der Klageerwiderung demgegenüber, dass die Erteilung von Baugenehmigungen im Wohngebiet Schwaigfeld an die Bedingung geknüpft gewesen ist, Fernwärme von der Beklagten zu beziehen und eine entsprechende Dienstbarkeit zu Gunsten der Beklagten zu bestellen.

Dabei verweist die Beklagte auf die Kläger zu 2) sowie auf alle übrigen Grundeigentümer, die ihr Grundstück bereits belastet mit der Dienstbarkeit, vom Wittelsbacher Ausgleichsfonds erworben haben. Diesen Grundeigentümern habe es freigestanden, die mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücke zu erwerben.

Bewusst schweigt sich die Beklagte in diesem Zusammenhang zu dem Kläger zu 1) aus, weil bei diesem die Argumentation der Beklagten nicht durchgreift.

Die streitgegenständlichen Grundstücke des Klägers zu 1) standen bei Erteilung der Dienstbarkeit im Eigentum einer Erbengemeinschaft, welcher auch der Kläger zu 1) angehörte. Als diese Erbengemeinschaft die klagegegenständlichen Grundstücke im Jahre 2000 bebauen wollte, verlangte die Beklagte, dass die streitgegenständliche beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen wird. Dem ist der Kläger zu 1) nachgekommen, weil er anderenfalls die Grundstücke hätte nicht bebauen dürfen.

Gleiches gilt für sämtliche Grundeigentümer, denen ihr Grundstück im Zeitpunkt der Dienstbarkeitsbestellung gehörte. Auch für den Wittelsbacher Ausgleichsfonds bestand kein erkennbarer Anlass, die streitgegenständlichen Dienstbarkeiten, der Beklagten ohne eine „Gegenleistung“ zu gewähren.

Die Beklagte soll nicht versuchen, den Eindruck zu erwecken, dass sie mit der Bestellung der streitgegenständlichen Dienstbarkeiten nichts zu tun gehabt habe. Dieser Punkt wurde in den 90er Jahren mehrfach im damaligen Gemeinderat intensiv diskutiert. Die Gemeinderäten gaben damals nur Ihre Zustimmung zur Versorgung des Gebietes mit Fernwärme durch die Beklagte, der Gemeinde Olching, wenn die Kosten der Beheizung mit Öl oder Gas nicht höher seien als mit Fernwärme. Dem Gemeinderat wurden damals Berechnungen vorgelegt, die dies belegen sollen. Diese waren jedoch fehlerhaft und unvollständig, wie später von Aktiven in der Bürgervereinigung Schwaigfeld e. V. nachgewiesen wurde.

Im Hinblick auf die Kläger zu 2) ist es zutreffend, dass sie bei Erwerb des Grundstücks von der Belastung mit der streitgegenständlichen Dienstbarkeit wussten.

Wie aber schon in der Klageschrift ausgeführt, beinhaltet die Bewilligungserklärung für die Dienstbarkeit, dass zur Wirksamkeit der Dienstbarkeit die Fernwärme von der Beklagten in ausreichender Menge zu gesetzlich vorgeschriebenen oder staatlich genehmigten Preisen oder mangels solcher Vorschriften zu marktüblichen Preisen bereitgestellt werden muss. Anderenfalls wurde den Eigentümern ein Beendigungsrecht für die Dienstbarkeit eingeräumt. Zudem wurde den Eigentümern die Nutzung regenerativer Energien gestattet.

Das mit dieser Klage verfolgte Ziel der Kläger lautet im Ergebnis, dass die Fernwärmeversorgung zu marktüblichen Preisen erfolgen soll, und dass die Gestattung der Nutzung regenerativer Energien festgestellt wird. Dieses Ziel steht im direkten Einklang zu der Entscheidung der Kläger zu 2), das streitgegenständliche Grundstück mit der Dienstbarkeit zu erwerben, weil die Dienstbarkeit den Klägern die vorgenannten Rechte nicht verwehrt.

1.4.2 Klausel über die Marktüblichkeit des Fernwärmepreises in der Bewilligungserklärung für die Dienstbarkeit

Im Zusammenhang mit der Dienstbarkeit auf dem Grundstück der Kläger zu 2), trägt die Beklagte vor, dass die Passage über die Versorgung zu marktüblichen Preisen und das Kündigungsrecht auf Wunsch des Wittelsbacher Ausgleichsfonds in die Bewilligungserklärung aufgenommen worden sei. Demgegenüber habe der Kläger zu 1) später diesen Passus nicht gefordert und er sei folglich nicht in dessen Bewilligungserklärung aufgenommen worden.

Hier räumt die Beklagte ausdrücklich ein, dass sie die beim Wittelsbacher Ausgleichsfonds noch verwendete Klausel über die Versorgung zu marktüblichen Preisen und das Kündigungsrecht, später bei der Bewilligungserklärung des Klägers sowie der anderen Grundeigentümer, auf Veranlassung der Beklagten hin, wieder herausgestrichen hat. Die Beklagte war sich folglich der Ungleichbehandlung der Grundeigentümer vollkommen bewusst.

Der Kläger zu 1) bestreitet vorsorglich, dass ihm diese Klausel von der Beklagten vorab zur Kenntnis gebracht worden ist und dass er auf deren Aufnahme in die Bewilligungserklärung verzichtet hat.

Mit Nichtwissen bestreiten die Kläger weiterhin, dass die Klausel ursprünglich nur auf Wunsch des Wittelsbacher Ausgleichsfonds in die Bewilligungserklärung aufgenommen worden ist. Wie die Kläger bereits in der Klageschrift ausgeführt haben, ist die Klausel vielmehr der Rechtsprechung des BGH geschuldet, das eine unbefristete Dienstbarkeit zugunsten der Fernwärmeversorgung durch eine Gemeinde lediglich dann zulässig ist, wenn gewährleistet ist, dass die Versorgung des belasteten Eigentümers zu angemessenen Preisen geschieht (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.1984, Az.: V ZR 155/83).

Die Beklagte selbst bestätigt in ihrem Wärmelieferungsvertrag mit der GfA vom 16.03.1999 dort auf Seite 2, 1. Absatz, dass sie gegenüber ihren Kunden der Verpflichtung zur Lieferung zu marktüblichen Preisen unterworfen ist, indem sie wörtlich ausführt:

„Gegenüber den künftigen Abnehmern im Neubaugebiet „Schwaigfeld“ tritt die Gemeinde – Fernwärmeversorgung Olching/Schwaigfeld – als Wärmelieferant gemäß AVBFernwärmeV auf. Sie muß darauf bedacht sein, bei der Preisgestaltung gegenüber den Verbrauchern den Rahmen der Marktüblichkeit einzuhalten.“

Beweis: Auszug aus Wärmelieferungsvertrag zwischen der Gemeinde Olching und der GfA vom 16.03.1999 in Kopie als

Anlage K26

1.5 Fehlende Marktüblichkeit des Fernwärmepreises

Die Kläger haben unter Bezugnahme auf das inhaltlich unstrittige Zahlenmaterial des AGFW e.V. (Anlagen K11, K12, K13), die unstrittig von der Beklagten verwendeten Preisgleitklauseln und die unstrittig gegenüber den Klägern abgerechneten Fernwärmepreise dargelegt und unter Beweis gestellt, dass der von der Beklagten erhobene Fernwärmepreis nicht marktüblich ist.

Die Beklagte behauptet jetzt in der Klageerwiderung pauschal, dass mit dem von den Klägern vorgelegten Zahlenmaterial des AGFW e.V. (Anlagen K11, K12, K13) eine Aussage zur Marktüblichkeit der Fernwärmepreise nicht getroffen werden könne. Ein belastbarer Nachweis, dass die Preise der Beklagten nicht marktüblich sind, sei von den Klägern nicht erbracht worden.

1.5.1 Beweislast für die Marktüblichkeit des Fernwärmepreises bei der Beklagten

Hierbei verkennt die Beklagte in allerster Linie, dass nicht die Kläger sondern **die Beklagte selbst die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Marktüblichkeit des Fernwärmepreises trägt.**

Dies ergibt sich nach allgemeinen Beweislastregeln dadurch, dass es sich beim Tatbestandsmerkmal „Marktüblichkeit“ des Fernwärmepreises laut der Bewilligungserklärung zur Dienstbarkeit ausdrücklich um eine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Dienstbarkeit handelt.

„Der Wittelsbacher Ausgleichsfond bewilligt und beantragt an den vorstehend bezeichneten Grundstücken [...]

zugunsten der Gemeinde Olching je eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit folgenden Inhalts einzutragen:

[...]

Voraussetzung ist, dass über diese Leitungen Fernwärme in ausreichender Menge **zu gesetzlich vorgeschriebenen oder staatlich genehmigten Preisen oder mangels solcher Vorschriften zu marktüblichen Preisen** in Übergabestationen in jedem einzelnen der auf dem Grundstück befindlichen, mit Wärme zu versorgenden Gebäude bereitgestellt wird.“

Beweis: Bewilligungserklärung des Wittelsbacher Ausgleichsfonds vom 07.05.1998 in Kopie als

Anlage K5

Da sich die Beklagte unstreitig auf die Wirksamkeit der Dienstbarkeit beruft, trägt die Beklagte demgegenüber die Darlegungs- und Beweislast für die „Marktüblichkeit“ des Fernwärmepreises als Voraussetzung für die Dienstbarkeit.

Dies entspricht der ständigen BGH-Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei einer negativen Feststellungsklage. Dort wird die Beweislast durch die Umkehrung der Parteirollen nicht berührt. Bei negativer Feststellungsklage trägt der Kläger daher meist nur die Feststellungslast, dass der Beklagte sich eines Rechts rühmt. Die Klage hat Erfolg, d.h. dem Beklagten wird sein Recht aberkannt, wenn er nicht diejenigen Tatsachen beweist, für die er die Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 02.03.1993 - VI ZR 74/92 (Frankfurt)).

Vorliegend ist unstreitig, dass sich die Beklagte der Wirksamkeit und der Rechte aus der Dienstbarkeit rühmt, welche die Marktüblichkeit der Fernwärmepreise zur Voraussetzung hat. Weil die Kläger die Feststellung der Unwirksamkeit der Dienstbarkeiten begehren, trägt die Beklagte die Beweislast auch für die Marktüblichkeit der Fernwärmepreise.

Die o.g. Beweislastverteilung entspricht zudem der ständigen Rechtsprechung des BGH und der allgemeinen Meinung im Schrifttum über die Darlegungs- und Beweislast für den Nachweis der Billigkeit der Ermessensausübung bei der einseitigen Festsetzung des Versorgungspreises durch einen Versorger (z.B. Gas, Öl, Strom, Fernwärme). Die Beweislastverteilung folgt dort aus der Sachnähe. Derjenige, der die Leistung bestimmt, kennt am besten die dafür maßgebenden Umstände, so dass er sie ohne weiteres darlegen und gegebenenfalls beweisen kann (BGH, Urteil vom 5. 2. 2003 - VIII ZR 111/02 (KG)).

Auch gemäß dieser Rechtsprechung ist die Beklagte mit dem Nachweis für die Marktüblichkeit ihrer Preise belastet, weil die Fernwärmepreise einseitig von der Beklagten festgesetzt werden.

1.5.2 Unsubstantiiertes Beklagtenvortrag zur Marktüblichkeit des Fernwärmepreises

Der aufgezeigten Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Marktüblichkeit des Fernwärmepreises ist die Beklagte in der Klageerwidrerung in keiner Weise nachgekommen.

Insbesondere ist es dazu nicht ausreichend, dass die Beklagte lediglich die von den Klägern vorgelegten, bundesweit von der Arbeitsgemeinschaft für Wärme und Heizkraftwirtschaft – AGFW – e.V. seit 30 Jahren ermittelten und veröffentlichten Tarife der deutschen Fernwärmeunternehmen, pauschal als nicht aussagekräftig für einen Vergleich mit den Fernwärmepreisen der Beklagten bezeichnet.

Wie gerade dargelegt, trägt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 5. 2. 2003 - VIII ZR 111/02 (KG)) der Versorger, vorliegend also die Beklagte, und nicht der einzelne Kunde, die Darlegungs- und Beweislast für die Angemessenheit des Fernwärmepreises. Dies verschweigt die Beklagte.

Soweit die Beklagte demgegenüber ihre Fernwärmepreise zum Beleg der angeblichen Marktüblichkeit mit den Preisen der Stadtwerke München und Fürstenfeldbruck vergleicht, ist dieser Beklagtenvortrag völlig unsubstantiiert.

Die Beklagte hat in der Klageerwiderung selbst vorgetragen, welche Anforderungen der BGH mit Urteil vom 19.11.2008, Az.: VIII ZR 138/07 an einen Vergleichsmarkt zur Frage der Billigkeit von Preisanpassungen im Bereich der Versorgung von Haushaltskunden mit Gas, aufgestellt hat.

Dabei ist zu beachten, dass der BGH in dem entschiedenen Fall den Vortrag des dort beklagten Versorgers, er fordere im Vergleich zu andere Versorgungsunternehmen nur einen unterdurchschnittliche Preis, grundsätzlich sogar als unerheblich für die Angemessenheit von Preiserhöhungen angesehen hat, da das Versorgungsunternehmen in dem maßgeblichen Zeitraum der alleinige Anbieter der Leistung gewesen ist.

Der BGH macht damit deutlich, dass er einem Versorgungsmonopolisten für die Darlegung der Angemessenheit von Preiserhöhungen grundsätzlich den Verweis auf die Preise anderer Marktteilnehmer verwehrt, die nicht in unmittelbarer Konkurrenz zu dem Monopolisten stehen. Dies geschieht laut dem BGH zum Schutz der Kunden.

Eine Vergleichbarkeit mit anderen Marktteilnehmern lässt der BGH daher nur ausnahmsweise und nur in engen Grenzen zu, die der BGH im Urteil vom 19.11.2008, Az.: VIII ZR 138/07 wie folgt beschreibt:

*„Selbst wenn man zu Gunsten der Bekl. {Anmerkung der Kläger: Gemeint ist der beklagte Gasversorger} unterstellen wollte, dass bei Störung des Wettbewerbs auf dem Gasversorgungsmarkt auch ein Monopolunternehmen zum Vergleich herangezogen werden könnte, sofern dabei den mit monopolistischen Strukturen verbundenen Preisüberhöhungstendenzen wirksam begegnet würde (vgl. BGHZ 163, BGHZ Band 163 Seite 282 [BGHZ Band 163 Seite 289 ff.] = NJW 2006, NJW Jahr 2006 Seite 2333 L – Stadtwerke Mainz), müsste jedenfalls der **Raum, in dem das Vergleichsunternehmen tätig ist, ebenso strukturiert sein wie das Gebiet, in dem die Bekl. ihre Leistungen erbringt.** Anderenfalls müsste die Vergleichbarkeit der Preise für unterschiedlich strukturierte Gebiete durch Zu- und Abschläge auf die Referenzpreise hergestellt werden. Zu ermitteln wäre der Preis, den das zum Vergleich herangezogene Unternehmen in Rechnung stellen müsste, wenn es an Stelle des betroffenen Energieversorgungsunternehmens tätig würde.“*

Diesen strengen Maßstab des BGH für Gasversorger hat die Beklagte in der Klageerwidernung an die von den Klägern vorgelegten, bundesweiten Vergleichszahlen selbst angelegt.

Dabei wird deutlich, dass die Beklagte diesen Anforderungen des BGH beim Preisvergleich mit den Stadtwerken München und Fürstenfeldbruck (vgl. Seite 16 der Klageerwidernung) selbst in keiner Weise genügt. Die von der Beklagten vorgelegten Zahlen treffen keine Aussage zu Größe und Ausgestaltung der Versorgungsgebiete, ebenso wie zu Größe und Ausgestaltung der Versorgungsunternehmen.

Unzureichend für einen substantiierten Sachvortrag der Beklagten ist auch die pauschale Bezugnahme der Beklagten auf ein von ihr in Auftrag gegebenes „Gutachten“ der Team für Technik GmbH.

Zur Erwidernung genügt es folglich, dass die Kläger die von der Beklagten behaupteten Ergebnisse mit Nichtwissen bestreiten. Mit Nichtwissen bestreiten die Kläger außerdem, die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens, insbesondere die Vollständigkeit, Richtigkeit und Vergleichbarkeit des zugrunde gelegten Zahlenmaterials, die Einhaltung der o.g. BGH-Rechtsprechung sowie die fachliche Kompetenz der Team für Technik GmbH ein solches Gutachten zu erstellen. Das als Anlage B6 vorgelegte Gutachten stellt auf einer Seite (Seite 12) drei Zahlenkolonnen nebeneinander. Dies kann wohl kaum als Gutachten bezeichnet werden.

Im Übrigen zieht die Beklagte selbst die Daten der AGFW heran. In einer Stellungnahme des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes an die Beklagte vom 10.03.2008 werden die Daten der AGFW ebenfalls für einen Vergleich herangezogen, ohne dass die von der Beklagten geforderten Differenzierungen vorgenommen werden. Diese Stellungnahme liegt den Klägern nur in Auszügen vor, so dass hier nur die Seite 1 und 8 dieser Stellungnahme vorgelegt wird.

Beweis: Seiten 1 und 8 der Stellungnahme des Bayerischen Kommunalen Prüfungsverbandes an die Beklagte vom 10.03.2008 in Kopie als

Anlage K27

Der Beklagten gelingt es im Ergebnis nicht, die Marktüblichkeit ihres Fernwärmepreises darzulegen oder gar nachzuweisen.

Da die Beklagte der Voraussetzung einer Fernwärmeversorgung zu marktüblichen Preisen nicht nachkommt, besteht keine Bindung der Kläger aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die es den Grundstückseigentümern untersagt, auf ihren Grundstücken andere betriebsfertige Einrichtungen zur Beheizung von Räumen oder zur Warmwasserbereitung zu haben oder zu benutzen, als solche, die Fernwärme aus den Fernwärmeleitungen der Beklagten verwenden.

1.5.3 Vergleichbare Fernwärmversorgung

Ein Mitglied des Bürgervereinigung Schwaigfeld e.V. hat im Oktober 2007 eine eigene bundesweite Erhebung über Fernwärmetarife kommunaler Anbieter durchgeführt.

Diese hatte zum Ergebnis, dass die Beklagte im Vergleich zu den ermittelten anderen kommunalen Fernwärmeversorgern der zweitbeste Anbieter ist.

Beweis: Balkendiagramm zum Tarifvergleiche Fernwärme - Erhebung zum Stand Oktober 2007 in Kopie als

Anlage K28

Ein Fernwärmeversorger, der ebenfalls von der Erhebung umfasst war und dort der viertgünstigste Anbieter war, ist das Biomasseheizwerk in der Gemeinde Straubenhardt.

Die Gemeinde Straubenhardt ist mit der Beklagten vergleichbar, wobei sie sogar über weniger Einwohner verfügt als die Beklagte.

Die Gemeinde Straubenhardt liegt im Bundesland Baden-Württemberg, im Regierungsbezirk Karlsruhe. Sie hat über 10.700 Einwohner. Die Beklagte hat ca. 25.000 Einwohner.

Das Biomasseheizwerk in der Gemeinde Straubenhardt versorgt Privatkunden sowie Gewerbe- und Industriebetriebe und einige öffentliche Einrichtungen der Gemeinde Straubenhardt.

Zur Erzeugung von Holz-Fernwärme wird im Biomasseheizwerk Straubenhardt ausschließlich naturbelassenes Holz eingesetzt.

Weitere Informationen finden sich auf der Webseite des Biomasseheizwerk Straubenhardt unter der Webadresse: <http://www.biotherm-straubenhardt.de/index.php>.

Die Kläger haben aufgrund der vom Biomasseheizwerk Straubenhardt auf der vorgenannten Webseite zur Verfügung gestellten Daten über Arbeitspreise / MWh sowie Grundpreise im Jahr, die Nettomischpreise / MWh für die Jahre 2007, 2008, 2009 bei einem durchschnittlichen Jahresverbrauch von 15 MWh ermittelt.

Der Nettomischpreise / MWh in der Fernwärmeversorgung Straubenhardt betrug

- für das Jahr 2007 – 48,76 EUR/MWh
- für das Jahr 2008 – 50,69 EUR/MWh
- für das Jahr 2009 – 53,05 EUR/MWh.

Beweis: Aufstellung Netto-BIOtherm-Preise des Biomasseheizwerk Straubenhardt mit Stand vom 27.05.2011 in Kopie als

Anlage K29

Grund für diese Entwicklung ist, dass der Preisindex für Ölpreis für leichtes Heizöl in die Preisgleitklausel bei der Gemeinde Straubenhardt für den Arbeitspreis, entsprechend der Verwendung von Holz zur Fernwärmegewinnung, lediglich zu 5 Prozent Eingang findet.

Beweis: Informationsblatt über die Preisanpassung Arbeitspreis der Fernwärmeversorgung in Straubenhardt in Kopie als

Anlage K30

Obwohl die Beklagte nachweislich ebenfalls überwiegend nicht mit Öl heizt, sondern mit Abfällen aus der regionalen Müllentsorgung, hat sie den Preisindex für Ölpreis für leichtes Heizöl in die Preisgleitklausel mit 71 Prozent gewichtet.

Das Ergebnis ist ein Nettomischpreise / MWh für die Jahre 2007, 2008, 2009 bei dem Kläger zu 1) für das Einfamilienhaus in der Matthias-Duschl-Str. 9e

- für das Jahr 2007 – 80,28 EUR/MWh
- für das Jahr 2008 – 89,40 EUR/MWh
- für das Jahr 2009 – 79,37 EUR/MWh.

sowie bei den Klägern zu 2)

- für das Jahr 2007 – 89,48 EUR/MWh
- für das Jahr 2008 – 98,99 EUR/MWh
- für das Jahr 2009 – 86,76 EUR/MWh.

Es zeigt sich, dass die Beklagte durch die unzutreffende viel zu hohe Gewichtung von Heizöl in der Preisgleitklausel im Vergleich zu einem vergleichbaren Fernwärmeversorger einen völlig unangemessenen, nicht marktüblichen Fernwärmepreis verlangt.

2 Rechtliche Würdigung

2.1 Zulässigkeit der Klage

Die Beklagte wendet gegen die Klage ein, dass die Klage hinsichtlich der Klageanträge in den Ziffern 7, 8, 12a und 12c bereits unzulässig sei.

2.1.1 Feststellungsinteresse für die Klageanträge in den Ziffern 7, 8, 12c

Dazu trägt die Beklagte vor, dass es den Klageanträgen in den Ziffern 7, 8 und 12c am Feststellungsinteresse der Kläger fehle, weil die Beklagte zu keinem Zeitpunkt den Klägern die Nutzung regenerativer Energien verweigert habe.

Die Behauptung der Beklagten, dass sie die Nutzung regenerativer Energien durch die Kläger nicht verweigert habe, wird indes bereits durch den Beklagtenvortrag selbst widerlegt, dass die Beklagte die Nutzung regenerativer Energien von einem **Antrag** der Kläger und der **rechtzeitigen Kündigung des Wärmeversorgungsvertrages** innerhalb der Kündigungsfrist, abhängig mache.

Die Beklagte stellt somit klar, dass sie ohne einen solchen Antrag und die rechtzeitige Kündigung des Wärmeversorgungsvertrages, jedem, also auch den Klägern, die Nutzung regenerativer Energien verwehrt.

Eine Antrags- oder Kündigungspflicht ist in § 3 AVBFernwärmeV für die Nutzung regenerativer Energien nicht vorgesehen..

Mit der Klageerwiderung hat die Beklagte nun dieses Antragserfordernis bestätigt und spätestens damit das Feststellungsinteresse begründet.

Aufgrund der widerrechtlichen Verweigerungshaltung der Beklagten ist das Feststellungsinteresse gegeben.

Zudem haben die Kläger der Beklagten mit Schreiben vom 30.12.2010 (Anlage K22) die Gelegenheit eingeräumt und ausdrücklich dazu aufgefordert, unter anderem auch die Klageanträge in den Ziffern 7, 8, 12c zu prüfen und ggf. die Rechtsauffassung der Kläger zu bestätigen, so dass eine Klageerhebung nicht erforderlich wird.

Die Beklagte hat daraufhin mit Schreiben vom 18.02.2011 (Anlage K23) pauschal sämtliche Forderungen der Kläger, auch die Forderung nach Nutzung regenerativer Energien, zurückgewiesen. Das Feststellungsinteresse ist auch deshalb gegeben.

Sofern die Beklagte Ihre Ausführungen so verstanden haben will, dass eine Nutzung von regenerativen Energien ohne Einschränkungen, also auch ohne Antragserfordernis, möglich ist, möge sie es bitte unmissverständlich erklären.

2.1.2 Zulässigkeit des Klageantrags in der Ziffer 12a

Die Beklagte wendet weiterhin ein, dass dem Klageantrag der Kläger zu 2) in Ziffer 12a die Rechtskraft des Urteils des AG Fürstenfeldbruck, Az. 4 C 2098/05 entgegenstehe.

Dabei übersieht die Beklagte bereits, dass die Klägerin zu 2), Frau Ingrid Metschkoll unstreitig nicht Partei des vorgenannten Verfahrens gewesen ist, so dass das dort gefällte Urteil, ihr gegenüber von vorherein keine Bindungswirkung entfalten kann.

Falsch ist außerdem die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger zu 2), Herr Dr. Michael Metschkoll, in dem Verfahren vor dem AG Fürstenfeldbruck, Az. 4 C 2098/05 bereits die gleiche Feststellung wie im hier anhängigen Klageantrag 12a begehrt hätte.

Vorliegend lautet der Klageantrag in Ziffer 12a:

„Es wird festgestellt, dass ein Wärmelieferungsvertrag zwischen den Klägern zu 2) und der Beklagten nicht in der Weise besteht, dass der Beklagten ein Preisanpassungsrecht gemäß der „Anlage 1 zum Servicevertrag für Wärmebezug – Wärmepreis und Preisermittlung“ in Verbindung mit Ziffer 6.3, Nr. 2 des von der Beklagten verwendeten Wärmeliefervertrages gegenüber den Klägern zu 2), zusteht.“

Zu Erinnerung für die Beklagte, die Feststellungsanträge in der damaligen Widerklage des hiesigen Klägers zu 2) lauteten:

1. *Es wird festgestellt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung von monatlich EUR 25,00 für den Zeitraum vom Oktober 2006 bis Dezember 2006 für die Lieferung von Fernwärme hat.*
2. *Es wird weiterhin festgestellt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung von monatlich EUR 21,00 für den Zeitraum vom Januar 2007 bis April 2007 für die Lieferung von Fernwärme hat.*

Es ist klar erkennbar, dass vom hiesigen Kläger zu 2) in der damaligen Klage das Nichtbestehen eines der Höhe nach genau bezeichneten Anspruchs für einen ganz konkreten Zeitraum begehrt worden ist.

Demgegenüber begehrt der Kläger zu 2) mit der hier anhängigen Klage die Feststellung, dass ein Wärmelieferungsvertrag zwischen ihm und der Beklagten unter Einbeziehung eines Preisanpassungsrechtes für die Beklagte, nicht zustande gekommen ist.

Der Feststellungsantrag in Klageziffer 12a reicht somit über die damalige Widerklage zeitlich und inhaltlich hinaus.

Die Widerklage des hiesigen Klägers zu 2) im Verfahren vor dem AG Fürstfeldbruck war außerdem auf einen verneinenden Feststellungsantrag gerichtet. Es ist allgemein anerkannt, dass die Klageabweisung eines verneinenden Feststellungsantrages nicht automatisch dazu führt, dass das Bestehen des Rechtsverhältnisses bejaht wird.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, dass der Streitgegenstand ihrer Leistungsklage vor dem AG Fürstfeldbruck den Streitgegenstand der später vom hiesigen Kläger zu 2) als Widerklage erhobenen Feststellungsklage umfasst habe, mit der Folge, dass durch die Stattgabe über die Leistungsklage der hiesigen Beklagten auch positiv über den umfassten Feststellungsantrag entschieden worden sei, so ist dies unzutreffend.

Ein Feststellungsantrag kann von einem Leistungsantrag nur umfasst sein, wenn die Feststellungsklage das für die Leistungsklage maßgebliche Rechtsverhältnis betrifft.

Sofern es sich bei dem nachträglich erhobenen Feststellungsantrag nicht um eine Zwischenfeststellungsklage handelt, ist der Feststellungsantrag der ein Rechtsverhältnis betrifft, das bereits vom Antrag der Leistungsklage umfasst wird, wegen des fehlenden Feststellungsinteresses neben der vorrangigen Leistungsklage, schlicht als unzulässig abzuweisen.

Da das AG Fürstfeldbruck, Az. 4 C 2098/05 die Widerklage des hiesigen Klägers zu 2) nicht als unzulässig abgewiesen hat, muss davon ausgegangen werden, dass die Widerklageanträge des hiesigen Klägers zu 2) von der Leistungsklage der hiesigen Beklagten nicht umfasst gewesen sind.

Hätte dagegen die Beklagte im Verfahren vor dem AG Fürstfeldbruck, Az. 4 C 2098/05, eine verbindliche Feststellung über ihrer Leistungsklage zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem hiesigen Kläger zu 2) und der hiesigen Beklagten erreichen wollen, dann wäre dafür ein Zwischenfeststellungsantrag erforderlich gewesen.

Da die Beklagte keinen solchen Antrag gestellt hat, kann sie aus der Widerklage eine dem Klageantrag in Ziffer 12a entgegenstehende Rechtskraft nicht aus dem Urteil des AG Fürstenfeldbruck, Az. 4 C 2098/05 herleiten.

Die von der Beklagtenseite behaupteten Feststellungen des AG Fürstenfeldbruck über die angebliche Angemessenheit der Preisanpassungen durch die Beklagte, sind für das erkennende LG München II außerdem nicht bindend.

Eine entgegenstehende Rechtskraft ist durch das die Widerklage abweisende Urteil des AG Fürstenfeldbruck, Az. 4 C 2098/05, nicht gegeben.

2.2 Begründetheit der Klage

2.2.1 Anspruch der Kläger auf Löschung der Dienstbarkeiten, Klageziffern 1, 2, 9 + Zwischenfeststellungsanträge über die mangelnde Marktüblichkeit des Fernwärmepreises und das Kündigungsrecht in den Klageziffern 3, 4, 10, 11

Die Kläger haben einen Anspruch gegen die Beklagte auf Löschung der in den Klageziffern 1, 2 und 9 bezeichneten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Außerdem ist die für diese Ansprüche vorgreifliche, fehlende Marktüblichkeit sowie das Bestehen eines Kündigungsrechtes für die Kläger, festzustellen.

Zur Begründung der Klageanträge wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Rechtsausführung der Kläger in der Klageschrift Bezug genommen.

Soweit die Beklagte rechtliche Einwendungen gegen die Klageanträge erhebt, nehmen die Kläger dazu wie folgt Stellung:

2.2.1.1 Verstoß der Dienstbarkeit gegen AGB-Recht - unangemessene Benachteiligung infolge der zeitlich unbefristeten Dienstbarkeitsbestellung

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass der Kläger zu 1) durch die zeitlich unbefristete Bestellung der Dienstbarkeit, die anders als die Dienstbarkeit zu Lasten der Kläger zu 2) ausdrücklich keine Marktüblichkeit des Fernwärmepreises beinhaltet, unangemessen benachteiligt wird i.S.d. § 307 Abs. 1 BGB.

Die Beklagte wendet ein, dass gemäß dem Urteil des BGH vom 02.03.1984 - V ZR 155/83 die von der Rechtsprechung zur Wirksamkeit langfristiger Bezugsverträge entwickelten Grundsätze, wonach zeitlich unbeschränkte Bezugsbindungen in der Regel sittenwidrig sind, nicht auf Wärmeversorgungsverträge übertragen werden könne, da die Interessenlage auf Lieferanten- und Abnehmerseite eine andere sei.

Zur Erwidern wird zunächst auf die Klageschrift vom 29.03.2011, dort unter Ziffer 6.1.2.2 Bezug genommen.

Der BGH stellt in der Entscheidung vom 02.03.1984 - V ZR 155/83 klar, dass die abweichende Interessenlage bei einer unbefristeten Dienstbarkeit zugunsten der Fernwärmeversorgung auf Lieferantenseite nur dann Berücksichtigung finden dar, **wenn sichergestellt ist, dass die Versorgung des belasteten Eigentümers zu angemessenen Preisen geschieht.**

Wörtlich führt der BGH aus:

*„Ein Privatmann dagegen, der ein an ein Fernheizwerk angeschlossenes Haus bewohnt, hat gleichmäßigen Bedarf an Wärme bzw. Warmwasser. Wie er diesen Bedarf deckt, ist für ihn von untergeordneter Bedeutung, **sofern die Versorgung zu angemessenen Preisen geschieht.**“*

Nur dadurch, dass die Bewilligungserklärung des Wittelsbacher Ausgleichsfonds die Bindung der Dienstbarkeit an die marktüblichen Preise beinhaltet hat, stellt die Dienstbarkeit keine unangemessene Benachteiligung der Kläger zu 2) dar.

Da die Klausel beim Kläger zu 1) fehlt, wird dieser durch die zeitlich unbefristete Bestellung der Dienstbarkeit nach der ständigen BGH-Rechtsprechung unangemessen benachteiligt.

2.2.1.2 Verstoß der Dienstbarkeit gegen AGB-Recht – Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass die Dienstbarkeit außerdem einen **Verstoß gegen das Transparenzgebot** darstellt.

Wie der BGH in der vom 02.03.1984 - V ZR 155/83 ausführt, ist aufgrund des Sicherungscharakters der Dienstbarkeit für die Fernwärmeversorgung, der Fernwärmeversorgungsvertrag maßgeblich für den Umfang der Sicherheit. Mit Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrages verzichtet die Gemeinde stets zumindest schlüssig auf die Ausübung des dinglichen Rechts, soweit dieses den Rahmen des schuldrechtlich Vereinbarten übersteigt (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.1984, Az.: V ZR 155/83).

Aus der bestellten Dienstbarkeit geht eine mögliche Einschränkung der dinglichen Befugnisse durch den Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrages nicht hervor. Dadurch wird die Verpflichtung der Beklagten als Verwender der AGB, die Rechte und Pflichten des Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen, verletzt, was ebenfalls zur Unwirksamkeit der Dienstbarkeit führt.

Dagegen wendet Beklagte in der Klageerwidern auf Seite 18 ein, dass der BGH in der o.g. Entscheidung vom 02.03.1984 keinesfalls zum Ausdruck bringen wollte, dass mit dem Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrages konkludent auf die Ausübung der Rechte aus der Dienstbarkeit verzichtet wird.

Dieser Beklagtenvortrag ist mit der Entscheidung des BGH vom 02.03.1984 nicht vereinbar. Dort heißt es ausdrücklich:

„Das Berufungsgericht hätte daher die Frage, ob zwischen den Parteien ein Wärmebezugsvertrag zustande gekommen ist, nicht offenlassen dürfen:

a)

*Die Entscheidungserheblichkeit eines Vertragsschlusses ergibt sich aus dem Sicherungscharakter der Grunddienstbarkeit. **Die Klägerin hätte nämlich mit Abschluß eines Wärmeversorgungsvertrages zumindest schlüssig auf die Ausübung des dinglichen Rechtes verzichtet, soweit es den Rahmen des schuldrechtlich Vereinbarten übersteigen sollte** (vgl. BGHZ 74, 293, 296, 297).“*

Der Beklagtenvortrag steht außerdem im Widerspruch zu den Anforderungen, die die Beklagte in der Klageschrift auf Seite 18 f. zur Ablehnung eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot an die Kläger richtet, nämlich dass von den Klägern ein Verständnis dergestalt erwartet werden dürfe, dass aus Dienstbarkeiten keine Recht hergeleitet werden können, solange die vertraglichen Verpflichtungen aus den Fernwärmeversorgungsverträgen ordnungsgemäß erfüllt werden.

Mit ihrer letzten Aussage bestätigt die Beklagte vom Ergebnis her aber sogar die zuvor von der Beklagten bestrittene BGH-Rechtsprechung.

Dagegen ist die Auffassung der Beklagten, dass die Kläger ohne einen ausdrücklichen, einschränkenden Hinweis in der Dienstbarkeit diese Rechtsfolge hätten vorhersehen sollen, angesichts der Tatsache, dass selbst bei der Beklagten mindestens Unsicherheiten über die richtige Bewertung der BGH-Entscheidung bestehen, nicht haltbar.

Gerade weil die Dienstbarkeiten zur Absicherung der schuldrechtlichen Vereinbarung in den Fernwärmeversorgungsverträgen erfolgte, wie die Beklagte ausdrücklich einräumt, war für die Beklagte von vornherein klar, dass die Dienstbarkeiten lediglich in den Grenzen der Fernwärmeversorgungsverträge Anwendung finden würden, auch wenn die dingliche Absicherung durch die Dienstbarkeiten tatsächlich weiter reichte. Folglich hätte die Bewilligungserklärung zur Dienstbarkeit eine Begrenzung auf die Fernwärmeversorgungsverträge enthalten müssen, um dem Transparenzgebot zu genügen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann bereits die bloße Unklarheit einer Klausel zu ihrer Unwirksamkeit führen. Die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des anderen Teils muss nicht vorliegen (BGH Urteil vom 24.05.2006 - IV ZR 263/03).

2.2.1.3 Zulässige Bedingung für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass es rechtlich zulässig ist, die streitgegenständlichen Dienstbarkeiten an die Voraussetzung zu knüpfen, dass über diese Leitungen Fernwärme in ausreichender Menge und zu marktüblichen Preisen bereitgestellt wird sowie dem Grundeigentümer anderenfalls ein „Kündigungsrecht“ für die Dienstbarkeit mit der Folge ihres Erlöschens einzuräumen.

Die Beklagte wendet dagegen unter Berufung auf die Entscheidung des BGH vom 05.03.1965, Az.: V ZR 195/62 ein, dass die Regelung in der Bewilligungserklärung, wonach die Fernwärmeversorgung nur zu marktüblichen Preisen erfolgen dürfe, eine sog. Entgeltregelung sei, die nicht zulässig im Rahmen einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit vereinbart werden dürfe und die folglich für die streitgegenständliche Dienstbarkeit ohne Auswirkung sei.

Diese Rechtsauffassung der Beklagten ist unzutreffend.

Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des BGH ist vorliegend schon nicht einschlägig, weil darin die Frage der Eintragungsfähigkeit einer sog. Entgeltklausel in das Grundbuch behandelt wurde.

Die Beklagte will davon ablenken, dass vorliegend kein Streit über die Eintragungsfähigkeit der streitgegenständlichen Bewilligungserklärung besteht, sondern dass deren Geltung von den Klägern beansprucht wird. Die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Bewilligungserklärung steht nach der ständigen BGH-Rechtsprechung indes außer Frage.

Im Einzelnen:

Zunächst stellt die in der Bewilligungserklärung verwendete Klausel schon keine Entgeltregelung im Sinne der vorbezeichneten BGH-Entscheidung vom 05.03.1965, Az.: V ZR 195/62 dar.

In der von der Beklagten zitierten BGH-Entscheidung lag eine Entgeltregelung vor, weil die Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts mit einer ganz konkreten monatlich wiederkehrenden Mietforderung von 140,00 DM sowie mit der Lastenverteilung für die Instandhaltung, Schönheitsreparaturen und Kleinreparaturen verknüpft wurde. Es wurden in der Bewilligungserklärung noch weitere Regelungen getroffen, die üblicherweise in einem Mietvertrag zu finden sind. Die Wirksamkeit des Wohnungsrechts wurde in dem dortigen Fall aber nicht von der Zahlung des Mietzinses abhängig gemacht.

Vorliegend ist demgegenüber die Fernwärmeversorgung zu marktüblichen Preisen ausdrücklich zur „Voraussetzung“ für die Wirksamkeit der Dienstbarkeit bestimmt worden. Dem Grundeigentümer wird für den Fall des Verstoßes gegen diese Voraussetzung, ein außerordentliches Kündigungsrecht mit der Folge des Erlöschens der Dienstbarkeit eingeräumt. Die Klausel über die marktüblichen Preise ist vorliegend folglich mehr als bloße Entgeltregelung, sie ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Dienstbarkeit.

Die Klausel über die marktüblichen Preise ist außerdem wirksam. Dies gilt sogar für den Fall, dass sie – abweichend von der Auffassung der Kläger – eine sog. Entgeltregelung darstellen würde.

Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Einhaltung von schuldrechtlichen Verpflichtungen des Dienstbarkeitsberechtigten, wie z.B. Entgeltregelungen, zur auflösenden Bedingung für den Rechtsbestand oder die Rechtsausübung der Dienstbarkeit bestimmt werden kann (BGH Urteil vom 27.04.1970 - III ZR 226/68, vgl. Palandt, § 1018 BGB, Rn. 12)

Sollte die Klausel über die marktüblichen Preise tatsächlich eine Entgeltregelung darstellen, dann kommt es für deren Wirksamkeit nach der Rechtsprechung des BGH nicht auf ihre Eintragungsfähigkeit an. Die Beklagte ist an diese Klausel gebunden, weil sie sich für die Dauer des Bestehens der Dienstbarkeiten gegenüber den jeweiligen Grundeigentümern zur Einhaltung der vereinbarten Voraussetzungen verpflichtet hat.

Die Kläger haben also in jedem Falle einen Anspruch gegen die Beklagte auf Belieferung mit Fernwärme zu marktüblichen Preisen, solange, wie die Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist. Dieser Anspruch wird im Zuge einer Grundstücksveräußerung unter Beibehaltung der Dienstbarkeit stets an den nächsten Grundstückserwerber abgetreten.

Die Beklagte ist folglich gegenüber den Grundeigentümern an die Einhaltung der bei der Begründung der Dienstbarkeiten eingegangenen Verpflichtungen, gebunden.

Es ist demgegenüber widersprüchlich, wenn sich die Beklagte nunmehr auf die Unwirksamkeit ihrer Verpflichtungen wegen Formverstoßes beruft, da sie seinerzeit unstreitig an der Begründung der Dienstbarkeiten unter der Maßgabe der Beschränkungen mitgewirkt hat. Nach den eigenen Angaben der Beklagten war die Beklagte mit den Einschränkungen der Dienstbarkeiten einverstanden, um überhaupt die Zustimmung des Wittelsbacher Ausgleichsfonds zur Begründung der Dienstbarkeiten zu erhalten.

2.2.1.4 Kündigungsrecht der Kläger zu 2)

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass die Kläger zu 2) die beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit Schreiben vom 29.03.2011 wirksam außerordentlich gekündigt haben, weshalb die Dienstbarkeit jedenfalls infolge der Kündigung erloschen ist.

a) Erlöschen der Dienstbarkeit

Dagegen ist die Beklagte der Auffassung, dass die streitgegenständliche Dienstbarkeit nicht durch die Kündigung der Kläger zu 2) erloschen sei.

Mit Verweis auf den Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27.09.1989, Az. BReg. 2 Z 101/89, trägt die Beklagte zur Begründung vor, dass eine „Kündigung“ mit dem Wesen der Dienstbarkeit nicht vereinbar sei.

Was die Beklagte jedoch verschweigt: Die Entscheidung des BayObLG vom 27.09.1989, Az. BReg. 2 Z 101/89 bezog sich nicht auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, sondern ausdrücklich auf einen Nießbrauch. Der von der Beklagten zitierte Satz laut vollständig:

„Eine Kündigung ist als die auf die Beendigung eines Rechtsverhältnisses gerichtete Erklärung mit dem Wesen einer Dienstbarkeit nicht vereinbar **und kann somit nicht zum Inhalt eines Nießbrauchs gemacht werden.**“

Zudem verkennt die Beklagte, dass die Entscheidung des BayObLG vom 27.09.1989, Az. BReg. 2 Z 101/89 grundsätzlich für den vorliegenden Fall nicht einschlägig ist, da das Gericht mit der Frage befasst war, ob ein Kündigungsrecht für eine Dienstbarkeit eintragungsfähig ist. Vorliegend ist hin-

gegen unstreitig ein Kündigungsrecht in der Bewilligungserklärung enthalten und es ist maßgeblich, dass die Kläger zu 2) daraus für sich ein Recht zur Kündigung ableiten können. Ob das Kündigungsrecht auch eintragungsfähig ist, spielt vorliegend keine Rolle.

Aus dem Beschluss des BayObLG ergibt sich dann aber sogar, dass das Gericht die Beendigung einer Dienstbarkeit durch „Kündigung“ für zulässig erachtet, wenn es ausführt:

„Das Recht eines Beteiligten, unter bestimmten Voraussetzungen und mit bestimmter Frist den Nießbrauch zu „kündigen“, kann dem Recht als auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) hinzugefügt werden.“

„Der Nießbrauch kann auch als auflösend bedingtes Recht bestellt werden.“

Das BayObLG erklärt diesen Grundsatz in dem Beschluss vom 27.09.1989 gleichsam für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit für anwendbar.

Vorliegend ist die „Kündigung“ somit als auflösende Bedingung für die Dienstbarkeit von der Beklagten anerkannt worden. Der Wortlaut der Bewilligungserklärung (Anlage K5): *„Der Eigentümer kann die Dienstbarkeit mit der Folge ihres Erlöschens kündigen, [...]“* ist insoweit eindeutig.

Da die Beklagte an der Erstellung der Bewilligungserklärungen der Grundeigentümer beteiligt gewesen ist, kann sie sich heute nicht darauf berufen, dass eine Kündigung der Dienstbarkeit im engeren Sinne nicht möglich sei. Dieses Vorgehen der Beklagten ist widersprüchlich und treuwidrig.

Folge des Eintritts der Bedingung („Kündigung“ der Dienstbarkeit durch die Kläger am 29.03.2011) ist das Erlöschen der Dienstbarkeit (vgl. Palandt, § 1018 BGB, Rn. 35).

b) Zustimmung der Beklagten zur Löschung der Grundbucheintragung

Die Kläger haben einen Anspruch darauf, dass die Beklagte der Löschung der Grundbucheintragung zustimmt.

Die Beklagte ist indes außerdem der Auffassung, dass eine Kündigung allenfalls dann zulässig sei, wenn die Beklagte die Kläger tatsächlich gar nicht mit Fernwärme beliefert. Mit „Einstellung“ der Wärmelieferung sei ausschließlich eine tatsächliche Nichtlieferung gemeint. Die Formulierung der Bewilligungserklärung sei insoweit „eindeutig“ und folglich keiner Auslegung zugänglich.

Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitiert Entscheidung des BGH vom 09.04.1981 - IVa ZB 6/80 ist indes wieder nicht einschlägig. In dieser Entscheidung geht es um die Auslegung eines Testaments für die die Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers in den Grenzen des Testamentswortlauts maßgeblich ist.

Der BGH lässt in der Entscheidung sogar grundsätzliche Zweifel an der Begrenzung der Auslegung durch den Wortlaut erkennen:

*„Ob es mit dieser in erster Linie dem Tatrichter aufgetragenen Erforschung des Willens des Erklärenden vereinbar ist, der **Auslegung mit Hilfe des***

Wortlauts Grenzen zu setzen - wie das in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher wiederholt geschehen ist -, und sei es auch nur in besonderen Fällen "klaren und eindeutigen" Wortlauts, mag - wie dem OLG zugegeben ist - **in der Tat zweifelhaft sein.**

Wie der frühere IV. Zivilsenat des BGH bereits in seiner Entscheidung vom 2. 2. 1977 - IV ZR 167/75 - nicht veröffentlicht - für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden ausgesprochen hat, darf der Richter der auszulegenden Erklärung durchaus **auch eine Deutung geben, die vom Wortsinn abweicht.**"

Vorliegend ist indes keine eindeutige Erklärung mit der von der Beklagten behaupteten Bedeutung gegeben, so dass sich die Frage fehlender Auslegungsfähigkeit nicht stellt.

Indem die Beklagte nur den Satz über die „Einstellung“ heranzieht und aus dem Kontext reißt, ist die verbleibende „Erklärung“ möglicherweise „eindeutig“, aber nicht zutreffend. Die Beklagte übersieht, dass eine Erklärung stets im Gesamtzusammenhang betrachtet werden muss.

Die Kläger haben in der Klageschrift, dort auf Seite 41 ff., ausführlich dargelegt, dass eine „Einstellung“ der Fernwärmelieferung, gemessen an den aufgestellten Anforderungen an die Lieferung, bereits dann gegeben ist, wenn die Fernwärmelieferung nicht in ausreichender Menge oder zu der vereinbarten Voraussetzung marktüblicher Preise erfolgt. Der Begriff der „Einstellung“ ist verwendet worden, um klarzustellen, dass es sich um einen bewusst von der Beklagten gesteuerten Vorgang handeln muss, in Abgrenzung zu einem Vorgang, der von der Beklagten nicht beeinflusst werden kann.

2.2.1.5 Kündigungsrecht des Klägers zu 1)

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass aufgrund des auch im Verwaltungsprivatrecht von der Beklagten zu beachtenden Gleichheitsgrundsatzes dem Kläger zu 1) ein Kündigungsrecht für die Dienstbarkeit auf seinen Grundstücken zusteht.

Die Beklagte vertritt dagegen die Auffassung, dass dem Kläger zu 1) ein Kündigungsrecht wegen Verstoßes der Beklagten gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz durch die Verwendung unterschiedlicher Bewilligungserklärungen, nicht zustünde.

Vielmehr habe die Beklagte gerade im Bereich der Daseinsvorsorge, unter den auch die Versorgung mit Fernwärme falle, eine noch größere Gestaltungsfreiheit als im Falle hoheitlicher Eingriffe.

Eine willkürliche Ungleichbehandlung sei nicht gegeben, da der Wittelsbacher Ausgleichsfonds noch auf die Aufnahme eines Kündigungsrechtes bestanden habe, der Kläger zu 1) dagegen nicht. Hierin sei der Sachgrund für die Ungleichbehandlung zu sehen.

Hier verkennt die Beklagte, dass vorliegend mit der Bewilligung der Dienstbarkeiten zugunsten der Beklagten, nicht der Bereich der Daseinsvorsorge betroffen ist, sondern dass ein eindeutiger Fall der Eingriffsverwaltung vorliegt. Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des BGH vom 26. 11. 1975 - VIII ZR 164/74 = BGHZ 80, 246 ist nicht einschlägig. In dem Urteil

ging es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinde verpflichtet ist, bei der durch einen Eigenbetrieb durchgeführten Wasserversorgung Großabnehmern Preisvergünstigungen einzuräumen. Dies ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar.

Vorliegend wird mit der Begründung der Dienstbarkeit durch die Beklagte in das Eigentumsrecht des Klägers zu 1) eingegriffen. Das öffentlich-rechtliche Pöndon zu dieser zivilrechtlichen Dienstbarkeit lautet Anschluss- und Benutzungszwang. Es ist allgemein anerkannt, dass sich der in privatrechtlicher Form handelnde Träger öffentlicher Verwaltung nicht der Bindung an die Grundrechte entziehen kann. Hätte die Beklagte die Nutzung der Fernwärmeversorgung im Wege eines Anschluss- und Benutzungszwangs gegen den Kläger durchgesetzt, wäre sie an den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden gewesen.

Indem die Beklagte bei der Dienstbarkeitsbestellung in den überwiegenden Fällen die Dienstbarkeit unstreitig mit einer Preisbindung und einem Kündigungsrecht für den belasteten Grundstückseigentümers ausgestattet hat, im vergleichbaren Falle des Klägers zu 1) aber gerade nicht, liegt eine Ungleichbehandlung durch die Beklagte vor.

Die Ungleichbehandlung erfolgte nach eigener Angabe der Beklagten allein anhand des belasteten Grundeigentümers. Während die Beklagte beim Wittelsbacher Ausgleichsfonds die Marktüblichkeit des Versorgungspreises und das Kündigungsrecht eingeräumt hat, hat sie diese Rechte den Grundeigentümern, die die Dienstbarkeit später bestellt haben, verwehrt. Dies geschah, gemessen an rechtsstaatlichen Grundsätzen, völlig willkürlich.

Einen Sachgrund für die Ungleichbehandlung stellt es vor allem nicht dar, dass die Beklagte behauptet, der Wittelsbacher Ausgleichsfonds habe diese Klausel verlangt, wohingegen der Kläger zu 1) nicht auf diese Klausel bestanden hat. Dies könnte allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn die Beklagte den Kläger zu 1) über den Umstand aufgeklärt hätte, dass der Wittelsbacher Ausgleichsfonds auf diese Klausel bestanden hat und der Beklagte in Kenntnis dessen auf die Aufnahme der Regelung verzichtet hätte.

Schließlich ist auch die Aussage der Beklagten unzutreffend, dass die Beklagte durch die Streichung der Klausel der Dienstbarkeit zur Rechtmäßigkeit verholpen hätte.

Das Gegenteil ist richtig. Wie die Kläger bereits in der Klageschrift ausgeführt haben, war die Klausel vielmehr der Rechtsprechung des BGH geschuldet, dass eine unbefristete Dienstbarkeit zugunsten der Fernwärmeversorgung durch eine Gemeinde lediglich dann zulässig ist, wenn gewährleistet ist, dass die Versorgung des belasteten Eigentümers zu angemessenen Preisen geschieht (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.1984, Az.: V ZR 155/83).

2.2.1.6 Ergebnis

Im Ergebnis ist den Ansprüchen in den Klageziffern 1, 2, 9 stattzugeben und den Zwischenfeststellungsanträgen in den Klageziffern 3, 4, 10, 11 ebenfalls zu entsprechen.

2.2.2 Feststellung kein Preisanpassungsrecht im Verhältnis zum Kläger zu 1), Klageziffer 5 + Bereicherungsanspruch wegen rechtsgrundlos zuviel entrichteter Fernwärmezahlungen an die Beklagte in Klageziffer 6

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass der Beklagten im Verhältnis zum Kläger zu 1) ein Preisanpassungsrecht nicht zusteht und dass die Beklagte verpflichtet ist, die rechtsgrundlos und nur vorbehaltlich der Wirksamkeit der Entgeltforderungen an sie zuviel entrichteter Fernwärmezahlungen in Höhe von 3.543,96 EUR an den Kläger zu 1) zu erstatten.

Zur Begründung der Klageanträge wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Rechtsausführung der Kläger in der Klageschrift Bezug genommen.

Soweit die Beklagte rechtliche Einwendungen gegen die Klageanträge erhebt, nehmen die Kläger dazu wie folgt Stellung:

2.2.2.1 Vorrang der § 24 Abs. 4, S. 1 AVBFernwärmeV vor der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB

Der BGH hat in seinen Entscheidungen vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09 und Az.: VIII ZR 66/09 für das einseitige Preisanpassungsrecht des Versorgungsträgers bei der Fernwärmeversorgung der Spezialregelung in § 24 Abs. 4, S. 1 AVBFernwärmeV Vorrang vor der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB eingeräumt.

2.2.2.2 Kein Vorliegen einer mit § § 24 Abs. 4, S. 1 AVBFernwärmeV übereinstimmenden Preisanpassungsklausel

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel gem. § 134 BGB unwirksam, weil sie den Anforderungen des BGH an die Ausgestaltung einer solchen Klausel im Maßstab von § 24 Abs. 4, S. 1 AVBFernwärmeV nicht gerecht wird.

Der BGH betont in seiner Entscheidung vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09, Rz. 33, dass gem. § 24 Abs. 4, S. 1 AVBFernwärmeV für Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel maßgeblich ist, dass zum Einen die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen und zum Anderen die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigt werden.

a) Hinsichtlich des **Kostenelements** ist bei Preisanpassungsklauseln in Fernwärmeverträgen nach wie vor eine unmittelbare **Anknüpfung an die beim Fernwärmeversorger anfallenden Kosten der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme geboten** (BGH a.a.O., Rz. 37). Diesbezüglich gilt daher, was die Kläger bereits in der Klageschrift auf S. 53 ff. zur Kostenweitergabe durch die Beklagte bei Arbeitspreis, Grundpreis und Messpreis ausgeführt hat. Auf den Klägervortrag wird nochmals ausdrücklich Bezug genommen.

Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH vom 06.04.2011 ist vor allem die von der Beklagten vorgenommene Anknüpfung des Arbeitspreises an die Entwicklung der Preise für leichtes Heizöl unwirksam. Der BGH bestätigt

die Auffassung der Kläger, dass ein Indikator als Bemessungsgröße für die Kosten gewählt werden muss, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft (BGH a.a.O., Rz. 41).

Da die Beklagte für die Wärmeerzeugung aber kein leichtes Heizöl, sondern seit dem Jahr 2002 unstreitig ausschließlich Abfall als Brennstoff einsetzt, sind die „Abfallbezugskosten“ der maßgebende Faktor bei den Wärmeerzeugungskosten. Diesbezüglich steht ebenfalls fest, dass die Kläger, ebenso wie die übrigen Grundeigentümer im Wohngebiet Schwaigfeld, bereits Gebühren für die Abfallentsorgung an die Beklagte entrichten.

Der BGH hat in dem Urteil vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09 der im Schrifttum teilweise vertretenen die Auffassung, dass Brennstoffkosten bei einer Preisänderungsklausel dann unberücksichtigt bleiben müssten, wenn der Brennstoff für die Erzeugung der Fernwärme keinen Preis habe, was insbesondere bei der Erzeugung von Fernwärme in KWK-Anlagen oder der Verbrennung von Müll und Abgasen der Fall sei, eine Absage erteilt. Für den Fall, dass durch den Einsatz eines Brennstoffs (sog. Kraft-Wärme-Kopplung) zwei Endprodukte (Elektrizität und Abwärme) gewonnen werden, hat der BGH bestimmt, dass die **Kosten des eingesetzten Brennstoffs regelmäßig aufzuteilen** sind auf die der Strom- und der Wärmeerzeugung zuzuordnenden Anteile.

Übertragen auf den vorliegende Konstellation hat diese Entscheidung des BGH zur Folge, dass die Kosten für die Fernwärmegewinnung, die aus der Abfallverbrennung herrühren, **nur zu einem Teil auf den Fernwärmepreis umgeschlagen werden dürfen**, weil sie im Wesentlichen auf die Abfallentsorgung entfallen und daher bereits mit den Müllgebühren abgegolten sind.

In der politischen Diskussion zur Fernwärmeversorgung der GfA wird immer wieder betont, dass die Wärme der GfA ein Abfallprodukt sei. Wenn es nicht zur Beheizung verwendet wird, würde es nutzlos in die Luft abgegeben werden. Dies war erst vor wenigen Wochen Gegenstand heftiger politischer Diskussionen zur Ansiedlung eines Gartenbaubetriebes, der die Abwärme der GfA nutzen sollte (vgl. <http://www.sueddeutsche.de/muenchen/fuertenfeldbruck/gemueseanbau-mit-muell-waerme-alles-auf-rot-1.1131968>)

Der von der Beklagten gewählte „HEL“-Faktor ist nicht geeignet, die Heizmittelbezugskosten der der Beklagten ausreichend abzubilden, weil die Beklagte ihrerseits gegenüber ihren Vorlieferanten keiner Ölpreisbindung unterliegt, die ihrer Art und ihrem Umfang nach im Wesentlichen der von der Kl. gegenüber ihren Endkunden praktizierten „HEL“-Bindung entspricht.

Die von der Beklagten behauptete Vereinbarung zwischen der Beklagten und der GfA gibt spätestens seit dem Jahr 2002 nicht mehr die tatsächlichen Verhältnisse über die Fernwärmeerzeugung und den Fernwärmebezug zwischen den Vertragsparteien wieder. Die Beklagte kann von der GfA folglich die Änderung der Preisanpassungsklausel im "Fernwärmeversorgungs- und Anschlussvertrag" vom 16.03.1999 verlangen oder den Vertrag kündigen. Im Übrigen war nach Aussage der Beklagten Lieferant der mit Hilfe von Heizöl erzeugten Energie nicht die GfA.

Gemäß dem BGH im Urteil vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09 wird die Preisanpassungsklausel den Anforderungen des § 24 Abs. 4, S. 1 AVB-

FernwärmeV nicht gerecht, wenn, wie in dem entschiedenen Fall und wenn, wie auch vorliegend, die Kostenentwicklung nicht angemessen berücksichtigt ist.

b) Auf das **Marktelement** musste der BGH in der Entscheidung vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09 nicht eingehen. Es ist daher auch die Auffassung der Beklagten nicht höchstrichterlich belegt, dass in Ermangelung eines eigenen Fernwärmemarktes zur Beurteilung des Marktelementes der Substitutionswettbewerb mit anderen Wärmeenergieträgern heranzuziehen sei.

Diese Auffassung der Beklagten widerspricht vielmehr der BGH-Entscheidung vom 19.11.2008, Az. VIII ZR 138/07, in der der BGH gerade für den Fall monopolistischer Strukturen die Anforderung an einen Vergleichsmarkt zur Frage der Billigkeit von Preisanpassungen aufgestellt hat (s.o.). In dieser Entscheidung macht der BGH deutlich, dass er für den Marktvergleich **nicht auf einen Substitutionswettbewerb mit anderen Wärmeenergieträgern abstellt**. Vielmehr müsse die Vergleichbarkeit der Preise unterschiedlicher Anbieter des gleichen Energieträgers für unterschiedlich strukturierte Gebiete durch Zu- und Abschläge auf die Referenzpreise hergestellt werden.

Das von der Beklagten auf Seite 23 der Klageerwiderung in diesem Zusammenhang zitierte Schrifttum (Witzel/Top, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Auflage 1997), welches die Auffassung der Beklagten stützen soll, ist vom BGH im aktuellen Urteil vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09, Rz. 46 abgelehnt worden.

Diese Literaturmeinung aus dem Jahre 1997 entspricht angesichts des immer wachsenden Fernwärmemarktes nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten. Die Kläger haben mit der AGFW-Statistik Fernwärmepreise (Anlage K13) den Beleg dafür geliefert, dass deutschlandweit mehr als 400 Nah- und Fernwärmeversorger existieren. Auch die Beklagte selbst benennt im näheren Umkreis zu Beklagten zu zwei Fernwärmeversorgungen, die nach Auffassung der Beklagten als Vergleich für einen marktüblichen herangezogen werden können.

Angesichts dessen ist nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte auf einen Substitutionswettbewerb mit anderen Wärmeenergieträgern abstellen möchte.

Wie gesagt, kommt es aber auf das Marktelement vorliegend gar nicht an, da bereits die Kostenentwicklung nicht angemessen berücksichtigt ist und die Preisanpassungsklausel den Anforderungen des § 24 Abs. 4, S. 1 AVB-FernwärmeV folglich nicht genügt und daher gem. § 134 BGB unwirksam ist.

c) Unterinstanzliche Rechtsprechung

Die Rechtsauffassung der Kläger wird nicht allein von BGH-Rechtsprechung (Entscheidung vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 273/09) gestützt. Es finden sich vielmehr inzwischen vermehrt unterinstanzliche Entscheidungen, in denen diese Rechtsprechung des BGH bereits umgesetzt worden ist.

Die folgenden, beispielhaft aufgeführten Entscheidungen wurden der Webseite des Bündnis Biowärme Viehausen e.V. entnommen (vgl. <http://buendnis-biowaerme.de/Urteile.aspx>).

Das **AG Regensburg hat in einem lesenswerten Urteil vom 29.03.2011, Az. 5 C 1242/08** in Anlehnung an die vorgenannte BGH-Rechtsprechung entschieden, dass die dort anhängige Preisanpassungsklausel unwirksam war, weil sie die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen des Wärmelieferanten nicht hinreichend berücksichtigt hat.

In dem vom AG Regensburg entschiedenen Fall, hatte das Fernwärmeunternehmen offenbar, ebenso wie die Beklagte und deren Lieferanten, den Arbeitspreis an die Preisentwicklung für Heizöl gekoppelt, obwohl die Fernwärme nicht mit Öl, sondern mit heimischem Holz erzeugt worden ist.

Wörtlich führte das AG Regensburg bzgl. der dort verwendeten Preisgleitklausel für den Arbeitspreis aus:

*„Abgesehen davon, dass **Marktpreis** etwas anderes ist, als konkrete **Kosten**:*

*Auch hier besteht nicht der leiseste Bezug zur tatsächlichen und konkreten Kostenentwicklung im eigenen Betrieb der Beklagten selbst. Die Beklagte hat vertragsgemäss die von ihr zu liefernde Fernwärme **nicht mit leichtem Heizöl**, sondern mit **nachwachsendem heimischem Holz** zu erzeugen.*

Soweit die Beklagte den Versuch unternimmt, ihre Klausel mit dem Hinweis darauf zu retten, sie sei bei Ausfall des Biomasseheizwerkes schließlich verpflichtet, ihre Kunden anderweitig mit Wärme zu beliefern und müsse dies dann eben auch mit leichtem Heizöl tun, verbucht der Richter, um der Beklagten den Vorwurf der Mißachtung des Gerichts zu ersparen, dies unter dem Gesichtspunkt, daß diejenige Partei, die keine guten Argumente hat, eben nur schlechte vortragen kann. Über eine Preiskalkulation, die auf die Annahme eines betrieblichen Totalausfalls gestützt wird, sollte man besser kein Wort verlieren.“

Beweis: Urteil des AG Regensburg vom 29.03.2011, Az. 5 C 1242/08 in Kopie als

Anlage K31

Außerdem hat das **LG Regensburg mit Berufungsurteil vom 14.06.2011, Az. 2 S 255/10** (Vorinstanz AG Regensburg 10 C 1259/08) in einem zu dem vorliegenden Sachverhalt ähnlich gelagerten Fall, die Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Preisanpassungsklausel bejaht, da sie nicht mit § 24 Abs. 3 (a.F.) bzw. Abs. 4 (n.F.) AVB-FernwärmeV in Übereinstimmung steht.

Auch die dort zu beurteilende Preisanpassungsklausel orientierte sich an den Preisen für leichtes Heizöl, obwohl das von der dortigen Beklagten betriebene Biomasse Heizkraftwerk hingegen überwiegend mit Hackschnitzeln befeuert wurde.

Wörtlich führte das LG Regensburg bzgl. der dort verwendeten Preisgleitklausel für den Arbeitspreis aus:

„Da die Preisänderungsklausel nicht auf die Preisentwicklung für Hackschnitzel oder Holz abstellt, sondern auf die Kosten für Maschinenbauerzeugnisse, Lohnkosten und **leichtes Heizöl**, sind die Voraussetzungen des § 24 Abs. 3 AVB-FernwärmeV offensichtlich.“

„Diese Auffassung steht auch in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Zuletzt hat der BGH im Urteil vom 6. April 2011 (AI: VIII ZR 273/09) festgestellt, dass bei § 24 Abs. 3 AVB-FernwärmeV ein Indikator als Bemessungsgrundlage gewählt werden muss, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft.

Da die Beklagte jedoch **überwiegend Hackschnitzel und Holzprodukte als Brennstoff** einsetzt und **Heizöl nur zusätzlich ergänzend** einsetzt, wird bei der hier zu beurteilenden Preisanpassungsklausel **nicht auf einen zutreffenden Indikator** abgestellt. Die Preisanpassungsklausel ist daher wegen Verstoß gegen § 24 Abs 3 AVB-FernwärmeV unwirksam.“

Beweis: Urteil des AG Regensburg vom 14.06.2011, Az. 2 S 255/10
in Kopie als

Anlage K32

2.2.2.3 Bereicherungsanspruch des Klägers zu 1)

Der Kläger zu 1) hat die gegenüber dem ursprünglich zwischen den Prozessparteien vereinbarten Fernwärmepreis erhöhten Fernwärmepreise in den Jahren 2007 bis 2009 rechtsgrundlos, jedoch unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Bestehens der Forderungen an die Beklagte geleistet.

Die Beklagte hat diesen Sachvortrag aus der Klageschrift nicht bestritten, weshalb feststeht, dass die Leistungen durch den Kläger unter Vorbehalt erfolgt sind.

Eine solche Leistung unter Vorbehalt hätte die Beklagte zurückweisen dürfen (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.1983 - VIII ZR 315/81). Da sie stattdessen die unter Vorbehalt erbrachte Leistung angenommen hat, hat sie sich mit dem Vorbehalt einverstanden erklärt (BGH, Urteil vom 08.06.1988 - IVb ZR 51/87).

Daher hat der Kläger zu 1) gegen die Beklagte aus Bereicherungsrecht einen Rückforderungsanspruch wegen der bereits vereinnahmten Fernwärmegebühren in Höhe von **3.543,96 EUR**.

Dagegen ist die von der Beklagten zitierte Entscheidung des BGH (BGH, Urteil vom 5. 2. 2003 - VIII ZR 111/02 (KG)) vorliegend nicht einschlägig, da darin vorbehaltlos geleistete Entgelte gegenständlich waren.

2.2.3 Kein Preisanpassungsrecht im Verhältnis zu den Klägern zu 2), Klageziffer 12

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass der Beklagten im Verhältnis zu den Klägern zu 2) ein Preisanpassungsrecht nicht zusteht und dass auch die übrigen in Klageziffer 12 bezeichneten Vertragsklauseln gegenüber den Klägern zu 2) nicht wirksam geworden sind.

Zur Begründung der Klageanträge wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Rechtsausführung der Kläger in der Klageschrift Bezug genommen.

Soweit die Beklagte rechtliche Einwendungen gegen die Klageanträge erhebt, nehmen die Kläger dazu wie folgt Stellung:

Die Beklagte wendet ein, dass die Kläger zu 2) mit der Entnahme von Wärme aus dem Versorgungsnetz der Beklagten konkludent einen Vertrag geschlossen hätten. Der BGH habe in seiner Entscheidung vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 66/09 die Möglichkeit des konkludenten Vertragschlusses bestätigt. Zudem habe der BGH mit Urteil vom 26. 1. 2005, Az. VIII ZR 66/04 bestätigt, dass durch die Entnahme selbst dann ein Vertragsabschluss zustande komme, wenn der Kunde dem Vertragsabschluss widerspricht.

Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang zitierten BGH-Entscheidungen sind vorliegend jedoch nicht einschlägig.

Das Urteil des BGH vom 06.04.2011, Az. VIII ZR 66/09 ist deshalb nicht einschlägig, weil anders als in dem dort entschiedenen Fall, vorliegend die Kläger zu 2) von Beginn des Fernwärmebezuges an, der Geltung der streitigen Klauseln in dem von der Beklagten vorgelegten Versorgungsvertrag, widersprochen haben. Dagegen war in dem BGH-Fall ein Versorgungsvertrag lediglich nicht schriftlich abgeschlossen worden. Allein für diesen Fall, hat der BGH die dort von den Parteien im Übrigen unbeanstandete Wirksamkeit des Fernwärmeversorgungsvertrages mit all seinen Bestandteilen bejaht (BGH a.a.O. Rz. 14).

Dagegen ist die Argumentation der Beklagten mit dem BGH-Urteil vom 26. 1. 2005, Az. VIII ZR 66/04 nicht zielführend, da der BGH in dieser Entscheidung nur den allgemeinen Rechtsgrundsatz wiederholt hat, dass die Erklärung des Fernwärmekunden, er wolle mit dem Unternehmen überhaupt keinen Vertrag schließen, unbeachtlich ist, wenn sie in Widerspruch zu seinem eigenen tatsächlichen Verhalten steht („protestatio facto contraria“).

Vorliegend ist aber nochmals ausdrücklich zu betonen, dass die Kläger zu 2) ja gar nicht bestreiten, dass mit der Entnahme der Fernwärme ein Fernwärmeversorgungsvertrag mit der Beklagten zustande gekommen ist. Das Verhalten der Kläger zu 2) ist nicht widersprüchlich, da das Bestehen eines Fernwärmevertrages von ihnen nicht in Frage gestellt wird.

Die Wirksamkeit des Fernwärmevertrages setzt indes lediglich eine (konkludente) Einigung zwischen den Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (erstmalige Abnahme von Fernwärme durch die Kläger zu 2) am 06.08.1999), über die Hauptleistungspflichten, hier: Fernwärmelieferung gegen ein bestimmtes Entgelt, voraus.

Für den von der Beklagten behaupteten, weitergehenden Inhalt des Fernwärmevertrages zwischen den der Beklagten und den Klägern zu 2), insbesondere für Vereinbarungen über eine Preisanpassung, über die Vertragslaufzeit und über den Ausschluss der Nutzung regenerativer Energien, trägt indes die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast, wann, wie und in welchem Umfang diese Vereinbarungen zustande gekommen sein sollen. Dem ist die Beklagte nicht nachgekommen.

Vorsorglich weisen die Kläger darauf hin, dass zum Zeitpunkt der erstmaligen Abnahme von Fernwärme durch die Kläger zu 2) am 06.08.1999, der erst im September 1999 von der Beklagten vorgelegte Fernwärmevertrag den Klägern zu 2) nicht bekannt war und auch nicht bekannt sein konnte.

Mit Nichtwissen bestreiten die Kläger außerdem, dass zu diesem Zeitpunkt ein Fernwärmevertrag mit dem streitgegenständlichen Inhalt überhaupt schon mit irgendeinem Endkunden der Beklagten abgeschlossen worden war.

Ab dem Bekanntwerden des Vertragstextes im September 1999 haben die Kläger zu 2) den streitgegenständlichen Klauseln über die Preisanpassung, über die Vertragslaufzeit und über den Ausschluss der Nutzung regenerativer Energien stets widersprochen. Eine Vereinbarung zwischen den Klägern zu 2) und der Beklagten über die streitgegenständlichen Klauseln, ist folglich niemals zustande gekommen.

Es gelten infolge des Widerspruchs gegen die Preisanpassungsklausel insoweit die Bedingungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fort.

Ebenso ist die Kündigungsklausel und die Verbotsklausel das Gebäude mit regenerativen Energien zu beheizen, gegenüber den Beklagten nicht wirksam geworden.

Im Übrigen gelten hinsichtlich des fehlenden Preisanpassungsrechts der Beklagten für die Kläger zu 2) die Ausführungen für den Kläger zu 1) in der vorangegangenen Ziffer 2.2.3 entsprechend.

2.2.4 Nutzung regenerativer Energien, Klageanträge in Ziffern 7, 8, 12c

Die Klägerseite hat in der Klageschrift dargelegt, dass die Kläger berechtigt sind, die auf den streitgegenständlichen Grundstücken befindlichen Gebäude mit regenerativen Energien vollständig oder teilweise zu beheizen und Warmwasser zu bereiten.

Zur Begründung der Klageanträge wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die Rechtsausführung der Kläger in der Klageschrift Bezug genommen.

Soweit die Beklagte rechtliche Einwendungen gegen die Klageanträge erhebt, nehmen die Kläger dazu wie folgt Stellung:

2.2.4.1 Verstoß gegen das Transparenzgebot

Im Hinblick auf den Beklagtenvortrag zum Verstoß gegen das Transparenzgebot durch Ziffer 1.4 der ALV, nehmen die Kläger Bezug auf ihre Ausführungen in der Klageschrift.

2.2.4.2 Keine Antragspflicht für die Nutzung regenerativer Energien

Dem Beklagtenvortrag ist zu entnehmen, dass die Beklagte für die Nutzung regenerativer Energien auf den streitgegenständlichen Grundstücken durch die Kläger, einen Antrag der Kläger bei der Beklagten voraussetzt. Die Be-

klage räumt somit ein, dass sie die Nutzung regenerativer Energien verweigert, wenn ihr gegenüber kein Antrag gestellt worden ist.

In diesem Zusammenhang behauptet die Beklagte, dass die Kläger niemals, weder ausdrücklich, noch schlüssig die Nutzung regenerativer Energien beantragt hätten. Diese Behauptung ist schon allein deshalb falsch, weil mit dem Schreiben der Kläger vom 30.12.2010 (Anlage K22) die Aufforderung an die Beklagte verbunden war, der Nutzung regenerativer Energien durch die Kläger zuzustimmen. Dem Beweisangebot der Beklagten durch Zeugnis von Frau Astrid Peschke wird widersprochen. Die Beklagte legt in keiner Weise substantiiert dar, aufgrund welcher konkreten persönlichen Wahrnehmungen Frau Peschke bestätigen können soll, dass von den Klägern kein Antrag auf Nutzung regenerativer Energien gestellt worden ist. Unstreitig verweigert die Beklagte den Klägern trotz der Aufforderung am 30.12.2010 nach wie vor die Nutzung regenerativer Energiequellen.

Entscheidend ist jedoch, dass für die Nutzung regenerativer Energien auf den streitgegenständlichen Grundstücken eine Antragspflicht der Kläger nicht gegeben ist. Die Beklagte lässt auch vollkommen offen, woraus sie diese Antragspflicht ableiten will.

§ 3, S. 3 AVBFernwärmeV bestimmt, dass der Fernwärmekunde berechtigt ist, Vertragsanpassung zu verlangen, soweit er den Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen decken will.

Der Fernwärmekunde hat folglich einen Anspruch auf die Nutzung regenerativer Energiequellen. Es ist dagegen mit § 3 AVBFernwärmeV nicht zu vereinbaren, dass die Beklagte meint, sie sei dazu berechtigt, aufgrund eines Antrags der Kläger darüber zu entscheiden, ob sie das Nutzungsrecht bewilligen oder versagen möchte.

2.3 Ergebnis

Der zulässigen und begründeten Klage ist stattzugeben.

Dr. Michael Metschkoll
Rechtsanwalt