

I-26 U 2/22
11 O 3/21
Landgericht Duisburg



Oberlandesgericht Düsseldorf

Beschluss

In dem Rechtsstreit

.....

g e g e n

.....

hat der 26. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf
am 12. Dezember 2022

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht v.R., den Richter am Oberlandesgericht T. und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. J.

einstimmig beschlossen:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das am 13.01.2022 verkündete Urteil der 11. Zivilkammer – Einzelrichter – des Landgerichts Duisburg (11 O 3/21) wird zurückgewiesen.
2. Die Anschlussberufung der Klägerin verliert gemäß § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung.
3. Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
4. Das in Ziffer 1 genannte Urteil des Landgerichts Duisburg sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit

in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 121.578,71 € festgesetzt (Berufung der Beklagten: 94.922,71 €; Anschlussberufung der Klägerin: 26.656 €).

Gründe:

I.

Die Klägerin hat die Beklagte erstinstanzlich auf Zahlung nicht ausgeglichener Rechnungen für Dampflieferung in den Jahren 2018 und 2019 sowie ausstehender Abschläge für den Zeitraum Januar bis einschließlich September 2020 in Anspruch genommen, mit der Klageerweiterung im Rahmen der Anschlussberufung macht sie auch die Abschläge bis einschließlich Dezember 2020 geltend.

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes und der in I. Instanz gestellten Parteianträge wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts Duisburg vom 13.01.2022 Bezug genommen (§§ 522 Abs. 2 Satz 4, 540 Abs. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der Klage i.H.v. 94.922,71 € nebst Zinsen stattgegeben und die Klage im Übrigen - hinsichtlich der Abschlagszahlungen für den Zeitraum Januar bis einschließlich April 2020 - abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, der Klägerin stünden aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag die für die Jahre 2018 und 2019 geltend gemachten Beträge hinsichtlich des Arbeitspreises (2018) und des Grundpreises (2018 und 2019) zu. Einwendungen gegen die für das Jahr 2018 abgerechnete Verbrauchsmenge und den daraus resultierenden Betrag von 3.401,49 € habe die Beklagte nicht geltend gemacht. Ebenso wenig gegen die Berechnung des Grundpreises, auch wenn dieser Wert - allerdings zugunsten der Beklagten unter Anwendung der Preisänderungsformeln - von dem im Vertrag genannten Grundpreis i.H.v. 3.200 € monatlich abweiche. Die Ausführungen der Beklagten, die Klägerin habe bei der Kalkulation dieses Grundpreises falsche Eigentumsverhältnisse am Kochkessel zugrunde gelegt, seien vor dem Hintergrund der klaren Regelung zur Höhe des zu entrichtenden Grundpreises in dem von den Parteien geschlossenen Vertrag nicht nachvollziehbar. Erst recht sei eine rechtliche Grundlage für eine Reduzierung des vertraglich fixierten Werts auf 1.114,01 € nicht ersichtlich. Für eine Einstellung der Zahlung des Grundpreises bestehe weder für beide Jahre insgesamt, noch seit der vorläufigen Außerbetriebnahme oder zumindest ab dem 16.11.2018 Anlass. Auch für den Zeitraum ab dem 20.03.2018 bestehe kein Recht zur Zahlungsver-

weigerung, da nicht ersichtlich sei, dass die Klägerin die Abschaltung der Dampfcontaineranlage und die damit verbundene Einstellung der Dampflieferung zu verantworten hätte. Der Vertrag sei auch nicht von der Beklagten am 16.11.2018 gekündigt worden, denn in diesem Schreiben werde lediglich die Stilllegung der Anlage angekündigt, die ihrerseits schon keinen außerordentlichen Kündigungsgrund dargestellt hätte. Die schriftsätzlich wiederholte Kündigung vom 29.12.2020 sei für den hier streitgegenständlichen Zeitraum ohne Relevanz, da diese keine Rückwirkung entfalten könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. Sie meint, das Landgericht sei seiner Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO *nicht* nachgekommen. Sie sei nicht darauf hingewiesen worden, dass sie nicht hinreichend vorgetragen habe, dass der zwischen den Parteien streitige Kalkulationsfehler ihr - der Beklagten - nicht von Anfang an bewusst gewesen sein soll. Ebenso sei sie nicht darauf hingewiesen worden, dass der Vortrag zur von Anfang an fehlenden TÜV-Zulassung der Anlage nicht ausreiche. Dies gelte umso mehr, als sie diesen Einwand erst mit der Duplik habe machen können, weil über die Replik der Klägerin - mangels rechtzeitiger Versendung durch das Gericht - gar nicht mündlich verhandelt worden sei. Ebenso fehle ein richterlicher Hinweis bezüglich des Vortrags zur fehlerhaften Kalkulation der Klägerin, denn sie habe unter dem 02.11.2021 vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass bei der Kalkulation des Grundpreises zu Grunde gelegt worden sei, dass die Klägerin von der Beklagten einen Kochkessel erwerben werde und zwar für 106.000 €. Schließlich hätte es eines richterlichen Hinweises auch in Bezug darauf bedurft, dass die dargelegten Umstände sicherheitsrelevant gewesen seien und zu einer zwingenden Abschaltung der Anlage hätten führen müssen.

Darüber hinaus habe das Landgericht verkannt, dass die Verantwortlichkeit für die tatsächliche TÜV-Inbetriebnahme bei der Klägerin gelegen habe, die sich in dem streitgegenständlichen Vertrag nicht nur zur Dampflieferung, sondern auch zur technischen Betreuung der Anlage verpflichtet habe, so dass ihr auch Fehler der mit der Erstinstallation der Anlage beauftragten H. GmbH zuzurechnen seien. Nicht nachvollziehbar sei, wie das erstinstanzliche Gericht zu der Annahme gelangt sei, ein Kündigungsrecht bestehe nur bei einer kompletten Betriebsstilllegung, wofür es in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag keinen Anhalt gebe. Nicht nachvollziehbar und rechtsfehlerhaft sei auch die Begründung zu der wohl vom Landgericht nicht erkannten notwendigen Anpassung des Vertrages gemäß § 13. Letztendlich handele es sich bei dem Vertrag zwischen den Parteien (auch) um ein Finanzierungsgeschäft im Hinblick

auf den Grundpreis. Grundlage der Kalkulation sei ein Erwerb des Kochkessels gewesen, so dass sich bei einem Nichterwerb der Grundpreis auf 1.114,01 € reduzieren müsse. Unabhängig davon sei das Landgericht seinen prozessleitenden Aufgaben nicht nachgekommen. Dies habe mit der vergessenen Zusendung der Replik begonnen und sich fortgesetzt, indem eine Tatsachenfeststellung durch Sachverständigen-gutachten in der mündlichen Verhandlung angedeutet worden und keinerlei Hinweis auf den angeblich unzureichenden Vortrag in der Klageerwiderung erfolgt sei. Die Entscheidung durch Urteil sei für sie insoweit auch überraschend gewesen, weil sie von einer Beweiserhebung ohne anderweitigen Hinweis habe ausgehen dürfen. Selbst wenn aber ein Hinweis zum Sachvortrag erfolgt wäre, hätte nach dem Eingang der Duplik nochmals mündlich verhandelt werden müssen. Sie sei daher in ihrem Recht auf rechtliches Gehör verletzt, so dass die Sache unter Aufhebung an das Landgericht zurückzuverweisen sei.

Sie beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts Duisburg unter Az. 11 O 3/21 abzuändern und die Klage abzuweisen,
2. unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Duisburg unter Az. 11 O 3/21 den Rechtsstreit an das Landgericht Duisburg zurückzuverweisen.

Die Klägerin beantragt,

1. die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,
2. die Beklagte im Wege der Anschlussberufung und Klageerweiterung zu verurteilen, an sie über den vom Landgericht zuerkannten Betrag hinaus weitere 26.656 € nebst Zinsen i.H.v. 6 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils 3.808 € seit dem 16.01., 16.02., 16.03. 16.04., 16.10., 16.11. und 16.12.2020 zu zahlen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens und trägt ergänzend insbesondere vor, sie sei Eigentümerin des Kochkessels der Dampfcontaineranlage, den sie von der Firma H. GmbH käuflich erworben habe; die Rechnung vom 30.06.2015 habe sie im selben Jahre vollständig bezahlt.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Anschlussberufung.

Zur Ergänzung des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie den Akteninhalt im Übrigen ausdrücklich Bezug genommen (§§ 525 S. 1, 313 Abs. 2 S. 2 ZPO).

II.

Die zulässige Berufung hat, worauf die Beklagte mit Beschluss vom 20.10.2022 hingewiesen worden ist, nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweisbeschluss des Senats vom 20.10.2022 Bezug genommen, an dem der Senat auch nach erneuter Beratung umfassend festhält. Die Stellungnahme der Beklagten mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 22.11.2022 führt nicht zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage.

Das Landgericht hat zu Recht entschieden, dass die Beklagte der Klägerin auf der Grundlage des zwischen den Parteien unter dem 11.06./16.06.2015 geschlossenen, im Abrechnungszeitraum weiterhin fortbestehenden Dampflieferungsvertrags i.V.m. § 433 Abs. 2 BGB zur Zahlung der Jahresrechnungen für 2018 und 2019 sowie der Abschläge für den Zeitraum Mai bis einschließlich September 2020 i.H.v. insgesamt 94.922,71 € zzgl. Zinsen verpflichtet ist.

1. Zwischen den Parteien ist unter dem 11.06./16.06.2015 ein Dampflieferungsvertrag mit einer Laufzeit von 10 Jahren geschlossen worden. In der Sache handelt es sich um ein so gen. „Energiefreier-Contracting“. Als solches werden Vorhaben bezeichnet, bei denen der Energiedienstleister die Energieerzeugungsanlage entweder – wie hier – plant, finanziert und errichtet oder eine vorhandene Energieerzeugungsanlage übernimmt und für die Dauer des Vertrages die volle Anlagenverantwortung trägt, also den Betrieb führt, die Anlage wartet, instand setzt und bedient, die Einsatzenergie einkauft und die Nutzenergie verkauft (§§ 1-3 des Vertrags; zum Vertragstypus: Hack, Energiecontracting, 3. Aufl. 2015, Rn. 25; Theobald/Kühling/Hack, Energierecht, 116. EL,

99. Contracting Rn. 57 ff.). Die Leistungsgrenze zwischen der Anlage des Energiedienstleisters - hier der Klägerin - und des Energieabnehmers - der Beklagten - ist vertraglich genau zu definieren, da davon der Umfang der in das Entgelt für die Lieferung anzurechnenden Anlagenerstellungs- und Unterhaltungskosten abhängt. Die gelieferte Energiemenge wird durch geeignete Messgeräte erfasst. Vergütet werden dem Energiedienstleister die Vorhaltung der Anlage, die gelieferte Nutzenergiemenge und die Ablesung und Abrechnung. Der Energiedienstleister betreibt die Anlage auf eigenes Risiko auf der Basis eines langfristigen Vertrages, der die Amortisation der von ihm getätigten Investitionen gewährleistet. Im Vertrag werden die Preise festgelegt und nur insoweit veränderlich ausgestaltet, als sich die für den laufenden Betrieb anfallenden Kosten und die Verhältnisse auf dem Energiemarkt nachträglich ändern (Theobald/Kühling/Hack, a.a.O.). Energieliefer-Contracting-Verträge sind entsprechend § 453 BGB als Kaufverträge einzuordnen, denn sie unterscheiden sich von typischen Energielieferungsverträgen nur dadurch, dass die zur Belieferung notwendige Anlage in der Regel auf dem Grundstück des Kunden steht (Hack, a.a.O., Rn. 25, 126). Weit verbreiteter Praxis entspricht es, den Preis für Energieliefer-Contracting-Leistungen in einen Grund- oder Leistungspreis für die Vorhaltung der Energieversorgungsanlage und einen Arbeitspreis für die tatsächlich abgenommene Nutzenergie zu unterteilen. Dabei deckt der Grundpreis die Kapitalkosten für die Investition in die Energieversorgungsanlage, die Kosten der Pflege, Überwachung, Wartung und Reparatur der Anlage, die Kosten der Messung des Verbrauchs, Versicherungskosten und weitere aus der Vorhaltung der Anlage erwachsende Kosten sowie einen Unternehmergewinn. Sie fallen an, solange die Anlage vorgehalten wird und sind weitgehend unabhängig von Verbrauchsschwankungen. Der Arbeitspreis deckt die Kosten der Lieferung von Nutzenergie, also die Kosten der Beschaffung der Einsatzenergie, die Kosten der Betriebsenergie und etwaige bei der Umwandlung der Einsatzenergie in Nutzenergie vom Anlagenwirkungsgrad abhängigen Verluste (Theobald/Kühling/Hack, a.a.O., Rn. 79 ff.). Da die Entwicklung wesentlicher Elemente der Kalkulation des Energiedienstleisters, wie z.B. des Preises für die eingesetzte Energie oder der Lohnkosten für Betrieb und Instandhaltung der Anlagen für die üblichen Vertragslaufzeiten nicht vorhersehbar ist, ist es in der Regel unvermeidlich, veränderliche Preise zu vereinbaren (Theobald/Kühling/Hack, a.a.O., Rn. 82 ff.).

Die Parteien haben in den Vertrag die Regelungen der AVBFernwärmeV ausdrücklich einbezogen, soweit der Vertrag keine abweichenden Regelungen trifft (§ 10). Nach Maßgabe des Vertrages - § 6 und § 7 - ist die Beklagte verpflichtet, für die Dampflieferung das in § 5 näher bestimmte Entgelt, das sich aus einem Grund- und einem Arbeitspreis zusammensetzt und für deren nachträgliche Preisanpassung Formeln vorgesehen sind, zu zahlen. Es werden monatliche Abschläge erhoben; zum Ende des Kalenderjahres wird eine Schlussrechnung erstellt, in die die geleisteten Abschläge einzubeziehen sind.

Vor diesem Hintergrund besteht bei der gebotenen Gesamtwürdigung keinerlei Anhalt dafür, den Vertrag - wie die Beklagte in der Berufungsinstanz einwendet - als Kreditgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG anzusehen, so dass auch der Einwand der Nichtigkeit nach § 134 BGB ins Leere geht.

2. Der Vertrag ist - wie das Landgericht zu Recht festgestellt hat - durch die Inbetriebnahme der Anlage im März 2016 in Lauf gesetzt (§ 4.1) und nicht durch die E-Mail des Geschäftsführers der Beklagten vom 16.11.2018 mit sofortiger Wirkung beendet worden, so dass er jedenfalls bis zur weiteren außerordentlichen Kündigung vom 29.12.2020 fortbestand. Letztere ist der Klägerin erst unter dem 04.01.2021 zugegangen und mithin hier nicht streitentscheidend.

2.1. Vor Ablauf der Vertragsdauer haben beide Vertragsparteien nur ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 314 BGB, § 5.1 des Vertrages). Ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht bereits kraft Gesetzes gem. § 314 BGB, da es sich bei Fernwärme- wie auch Dampflieferungsverträgen um Dauerschuldverhältnisse i.S.d. Norm handelt. Sie sind nicht auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet, sondern verpflichten die Vertragsparteien, Leistungen über lange Zeit immer wieder oder dauerhaft zu erbringen (Hack, a.a.O., Rn. 283). Die Klausel in § 5.1 des Vertrages enthält daher nur eine deklaratorische Regelung.

Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen das Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist (Hempel/Franke/Fricke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand Februar 2019, § 32 AVBFernwärmeV Rn. 39; Hack, a.a.O.,

Rn. 284). Dies eröffnet die Möglichkeit, nicht nur Pflichtverletzungen einer Vertragspartei zu berücksichtigen, sondern auch von beiden Parteien nicht zu vertretende Umstände (Hack, a.a.O.). § 5.1 führt beispielhaft die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer der Vertragsparteien oder die Stilllegung „der Wäscherei“ an. § 32 Abs. 6 AVBFernwärmeV ordnet an, dass der Vertrag nur schriftlich gekündigt werden kann.

2.2. Zu Recht hat das Landgericht in dem Schreiben vom 16.11.2018 keine (wirksame) Kündigung gesehen.

2.2.1. Von dem Kündigungsrecht wird durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130 BGB) gegenüber der anderen Vertragspartei Gebrauch gemacht. Die Kündigung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden; es genügt jedes Verhalten, das für einen objektiven Erklärungsempfänger den Willen der anderen Vertragspartei ergibt, das Vertragsverhältnis wegen eines wichtigen Grundes für die Zukunft zu beenden (MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, § 314 Rn. 41). Es muss sich aus dem Gesamtzusammenhang im Wege der Auslegung ergeben, dass die Beendigung des Vertragsverhältnisses gewollt ist. Gemäß §§ 133, 157 BGB ist die Erklärung so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen konnte. Es kommt dabei nicht darauf an, wie der Erklärungsempfänger die Erklärung subjektiv verstehen will, sondern darauf, wie ein objektiver Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen durfte (MüKoBGB/Hesse, 8. Aufl. 2020, vor § 620 Rn. 84). Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Kündigungserklärung als Ausübung eines Gestaltungsrechts regelmäßig bedingungsfeindlich (MüKoBGB/Gaier, a.a.O.). Sie kann nur dann mit einer Bedingung verbunden werden, wenn der Bedingungseintritt allein vom Willen bzw. Verhalten des Gekündigten abhängt (Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 314 Rn. 24).

2.2.2. Nach Maßgabe dessen ist der E-Mail des Geschäftsführers der Beklagten vom 16.11.2018 keine wirksame außerordentliche Kündigungserklärung zu entnehmen.

2.2.2.1. Zu Recht hat das Landgericht erkannt, dass der Erklärung unter dem 16.11.2018 aus dem Gesamtzusammenhang nicht der Wille der Beklagten zu entnehmen war, mit dieser Erklärung das Vertragsverhältnis außerordentlich zu beenden. Die

Beklagte hat mit Blick darauf, dass die Anlage nicht bis zum 16.11.2018 instand gesetzt werden konnte, Bezug genommen auf die vertraglichen Bestimmungen zur außerordentlichen Kündigung, welche – nach ihrem (fehlerhaften) Verständnis – als wichtigen Grund „die Stilllegung der Anlage“ anführen. Dies hat sie mit ihrem Schreiben indessen nur „angekündigt“. Zwar hat sie die Entscheidung darüber nicht länger von der Reaktion ihres Großkunden aus der Schweiz abhängig machen wollen, sondern die Geltendmachung einer außerordentlichen Kündigung unabhängig davon angekündigt. Noch unter dem 07.11.2018 (Anl. B 4) hatte sie ausgeführt, dass die Gesamtwirtschaftlichkeit der Produktlinie nicht mehr gegeben sein werde, *wenn sie den Auftrag dieses Kunden verlieren würde*, so dass sie den Rückbau der gesamten Anlage vornehmen und das Vertragsverhältnis mit dem Haus der Klägerin aus wichtigem Grund beenden müsse. Abweichend davon hat sie dann jedoch unter dem 16.11.2018 angeführt, dass sie den Kunden nun über die Terminverschiebung informieren werde und *unabhängig* davon, ob sie nur den einen Auftrag und nicht das Gesamtvolumen verliere, auf jeden Fall die Dampfanlage, die bereits seit Anfang des Jahres stillstand, jetzt stilllegen bzw. zurückbauen werde. In diesem Kontext kann ihre weitere Erklärung, dass § 5 des Vertrages als wichtigen Grund die Stilllegung der Anlage anführe und sie dies hiermit ankündige, nicht dahin verstanden werden, dass sie im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung schon das Vertragsverhältnis außerordentlich beenden wollte. Sie hat dies vielmehr nur angekündigt, wohl weil sie davon ausging, den außerordentlichen Kündigungsgrund - die Stilllegung der Anlage - erst schaffen zu müssen.

2.2.2.2. Unabhängig davon lag aber auch kein außerordentlicher Kündigungsgrund vor.

a) Die bloße Stilllegung der Anlage stellt - wie das Landgericht entgegen der Rüge der Beklagten zutreffend ausgeführt hat - keinen außerordentlichen Kündigungsgrund dar. Ein wichtiger Grund i.S.d. § 314 BGB liegt nur dann vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen das Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist.

Dazu wird in § 5.1 beispielhaft angeführt, dass auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer der beiden Vertragsparteien oder die Stilllegung „der Wäscherei“ zur außerordentlichen Kündigung berechtigen soll. Mit der „Stilllegung der Wäscherei“ ist ersichtlich nicht die Stilllegung der Anlage selbst, sondern die des Ge-

schäftsbetriebs als Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und damit ein von beiden Parteien nicht zu vertretender Umstand gemeint. Andernfalls hätte die Beklagte es selbst in der Hand, das auf 10 Jahre abgeschlossene Vertragsverhältnis einseitig fristlos durch die bloße Stilllegung der Anlage zu beenden und sich so von ihrer in § 4.2 geregelten Bezugspflicht zu lösen. Das würde dem Grundsatz, dem Versorgungsunternehmen durch eine langfristige Vertragsbindung eine möglichst verlässliche Kalkulationsgrundlage zu gewährleisten, diametral entgegenstehen und dieses bei der gebotenen Abwägung völlig außer Betracht lassen (zu der Risikoverteilung beim Energieliefer-Contracting: Theobald/Kühling/Hack, a.a.O., Rn. 64). Vor diesem Hintergrund kann mit der von der Beklagten angekündigten Stilllegung der Anlage ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Vertragsbeendigung i.S.d. § 314 BGB i.V.m. § 5.1 des Vertrages schon nicht vorliegen.

b) Aber auch im Übrigen lässt sich eine Pflichtverletzung der Klägerin, die die Beklagte zur sofortigen Auflösung des Vertrags berechtigen konnte, nicht feststellen. Eine solche liegt insbesondere nicht in dem Umstand, dass die Klägerin nicht – wie von der Beklagten unter dem 07.11.2018 gefordert – die Inbetriebnahme der Anlage bis zum 16.11.2018 herbeiführen konnte. Zwar obliegt der Klägerin gemäß § 3 des Vertrages die Instandhaltung, Wartung, Reparatur der Dampferzeugungsanlage sowie der Stördienst. Indessen waren die Arbeiten erforderlich geworden, weil die Beklagte – ohne Unterrichtung der Klägerin – die Anlage im Frühjahr 2017 eigenmächtig durch die H. GmbH hatte versetzen lassen und nach Sicherheitsbedenken der Y. GmbH im April 2018 wieder zurückversetzen ließ. Bei diesen Arbeiten, die den laufenden Produktionsbetrieb der Beklagten nicht einschränken sollten, kam es - wie dem zur Akte gereichten Schriftwechsel der Parteien zu entnehmen ist - wiederholt zu Verzögerungen bei den notwendigen Rohrarbeiten (etwa Fertigstellung der Kernbohrung erst in der 40. statt der 39. KW, Anl. B 3, Bl. 109), die wiederum die Folgearbeiten durch die beteiligten Unternehmen verzögerten. Dass die Klägerin, die die Beklagte im März 2018 zu dem Prozess der Rückversetzung hinzugezogen hatte, daran ein (alleiniges) Verschulden traf, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. Die Arbeiten und auch die abschließende TÜV-Abnahme am 28.11.2018 waren allein durch die von der Beklagten veranlasste Versetzung der Anlage erforderlich geworden. Im Übrigen folgt aus der Mail des Abteilungsleiters der Klägerin I. vom 14.11.2018 (B 5), dass die Y. GmbH

keine Möglichkeit hatte, den Kessel am Folgetag in Betrieb zu nehmen, weil ganz offensichtlich zuvor noch die Rohre geröntgt und vom TÜV abgenommen werden mussten (Anl. B 3, B 5).

3. Zu Recht hat das Landgericht auch entschieden, dass die Beklagte im vorliegenden Zahlungsprozess der klagenden Versorgerin nicht zur Zahlungsverweigerung berechtigt ist. Weder kann sie gegenüber den erteilten Rechnungen für die Jahre 2018 und 2019 und den nachfolgenden Abschlagsforderungen im vorliegenden Primärprozess der Klägerin mit Erfolg einwenden, die im Schreiben der Y. GmbH vom 21.03.2018 (Anl. B 2) aufgeführten Mängel hätten einer Lieferung von Dampf entgegengestanden noch, dass die Kalkulation des vertraglich vereinbarten Grundpreises fehlerhaft sei. Dies folgt allerdings – was das Landgericht und die Parteien nicht in den Blick genommen haben – schon aus § 30 AVBFernwärmeV.

Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen berechtigen nach dem auch hier nach § 10 des Vertrages anwendbaren § 30 AVBFernwärmeV zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen (Nr. 1) und der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung geltend gemacht wird (Nr. 2). Mit dieser Regelung, die den gleichlautenden Bestimmungen in § 30 der AVBWasserV, AVBEItV a.F., AVBGasV a.F. entspricht, verfolgt der Verordnungsgeber das Ziel, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Versorger im Interesse einer möglichst kostengünstigen Versorgung nicht gezwungen sein sollen, unvertretbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen hinzunehmen, die sich daraus ergeben, dass Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen. Um Liquiditätsengpässe und daraus folgende Versorgungseinschränkungen zu vermeiden, soll es den Versorgungsunternehmen durch den weitgehenden Einwendungsausschluss ermöglicht werden, die Vielzahl ihrer oft kleinen Forderungen mit einer vorläufig bindenden Wirkung festzusetzen und im Prozess ohne eine abschließende Beweisaufnahme über deren materielle Berechtigung durchzusetzen. Das Recht auf Zahlungsaufschub und Zahlungsverweigerung wird deshalb auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen die Umstände ergeben, dass Forderungen des Unternehmens, wie etwa in den Fällen eindeutiger Rechen- und Ablesefehler, offensichtlich unberechtigt sind. Das Merkmal der Offensichtlichkeit setzt voraus, dass der Fehler leicht erkennbar ist, es

darf kein vernünftiger Zweifel an der Fehlerhaftigkeit der Abrechnung möglich sein (OLG Hamm, Urt. v. 08.02.1991 – 19 U 205/90, NJW-RR 1991, 1209 zu § 30 Nr. 1 AVBWasserV). Der Kunde soll somit regelmäßig darauf verwiesen sein, die von ihm vorläufig zu erbringende Zahlung in einem anschließend zu führenden Rückforderungsprozess in Höhe des nicht geschuldeten Betrages erstattet zu verlangen (BGH, Urt. v. 21.11.2012 – VIII ZR 17/12, NJW 2013, 2273 Rn. 12; Hempel/Franke, § 30 AVBFernwärmeV Rn. 1 ff.). Dadurch wird der Kunde nicht rechtlos gestellt, denn es handelt sich um eine nur vorläufige Regelung, mit der lediglich die Beweisaufnahme über die darin erfassten Einwände in den Rückforderungsprozess des Kunden verlagert wird. Der sich auf § 30 AVBFernwärmeV berufende Kunde genügt seiner Darlegungslast nur dann, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls den Schluss auf einen offensichtlichen Fehler ermöglichen (BGH, Urt. vom 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012 Rn. 23, zu § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StromGVV; v. 21.11.2012, a.a.O. Rn. 16).

Solche Umstände zeigt die Beklagte nicht auf. Sie wendet gegen die Berechtigung der seit Frühjahr 2018 mangels Dampflieferung nur noch in Rechnung gestellten Grundgebühr zum einen ein, diese sei unberechtigt, weil die im Schreiben der Y. GmbH vom 21.03.2018 (Anl. B 2) aufgeführten Mängel einer Lieferung von Dampf entgegengestanden hätten. Dies aber stellt schon keinen offensichtlichen, objektiv leicht erkennbaren, ins Auge fallenden Fehler der Abrechnungen und Abschlagserhebungen i.S.d. § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV dar. Mit diesem Einwand ist die Beklagte vielmehr auf einen etwaigen Rückforderungsprozess verwiesen. Unabhängig davon spricht hier – wie schon ausgeführt – aber auch alles dafür, dass die Sicherheitsmängel ihre Ursache allein in dem von ihr allein veranlassten Umsetzungsprozess hatten. Anderes ist jedenfalls nicht ersichtlich oder mit Substanz geltend gemacht.

Zum anderen rügt sie die Kalkulation des vertraglich vereinbarten Grundpreises als fehlerhaft. Auch dieser Fehler ist schon nicht für jede unbeteiligte Person „auf den ersten Blick erkennbar“ und damit offensichtlich i.S.d. § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV. Im Übrigen ist aber auch für eine nachträgliche Kontrolle des vertraglich vereinbarten Grundpreises ohnehin kein Raum.

Eine nachträgliche Kontrolle des vertraglich vereinbarten Grundpreises mit der von der Beklagten gewünschten Folge, dass der vereinbarte Preis geändert wird, kommt unter

keinem rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht. Der für die Leistungen des Energiedienstleisters vereinbarte Preis ist das beiderseits akzeptierte Ergebnis der Vertragsverhandlungen, denn die Vertragsparteien bestimmen den Inhalt des Energiedienstleistungsvertrages im Rahmen der Privatautonomie. Selbst dann, wenn die Preisvereinbarung Teil eines dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegenden Vertrages ist, findet insoweit keine nachträgliche Preiskontrolle statt. Denn Leistungsbeschreibungen, die Art, Güte und Umfang der Hauptleistungspflichten, also auch den Preis, unmittelbar festlegen, sind einer Inhaltskontrolle entzogen (BGH, Urt. v. 14.05.2014 – VIII ZR 114/13, NJW 2014, 2708 Rn. 15 m.w.N.). Zur Offenlegung der Kalkulation ist der Energiedienstleister generell nicht verpflichtet, weil eine Pflicht zur Offenlegung nur in gesetzlich geregelten Spezialfällen besteht, in denen fremde Angelegenheiten besorgt werden. Das ist bei dem als Kaufvertrag einzuordnenden Energiedienstleistungsvertrag nicht der Fall (BGH, Urt. v. 06.12.1978 – VIII ZR 273/77, NJW 1979, 1304). Hat sich der Energiedienstleister verkalkuliert und einen zu günstigen Preis angeboten, so bleibt er daran für die Vertragslaufzeit ebenso gebunden wie der Kunde, der einen im Vergleich zu anderen Anbietern hohen Preis akzeptiert hat (Hack, a.a.O., Rn. 170). Auch die später zu Gunsten der Beklagten vorgenommenen Anpassungen des Grundpreises erfolgten nicht auf der Grundlage eines einseitigen Preisbestimmungsrechts der Klägerin, sondern vollzogen sich ohne eine solche Entscheidung allein - und damit automatisch - auf der Grundlage der in § 6.2 vereinbarten Preisänderungsklausel (OLG Brandenburg, Urt. v. 16.03.2006 – 5 U 75/05, NJW-RR 2007, 270; Hack, a.a.O., Rn. 171). Schließlich kommt auch eine gerichtliche Kontrolle entsprechend § 315 Abs. 3 BGB schon deshalb nicht in Betracht, weil weder ersichtlich ist, dass die Klägerin als Versorgungsunternehmen im Bereich der Dampflieferung eine Monopolstellung innehat bzw. dieser Markt *nicht* vom Wettbewerb kontrolliert wird noch, dass ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht (zur sogen. Monopolrechtssprechung vgl. nur: Säcker/Markert, BerlKommEnR, 4. Aufl. 2019, nach § 39 EnWG Rn. 31 f.; Erman/Hager, BGB, 16. Aufl. 2020, § 315 Rn. 27; jew. m.w.N.). Nur in diesen Fällen muss der Kunde, will er die Leistung in Anspruch nehmen, mit dem Unternehmen kontrahieren, auch wenn er mit dem vorgeschlagenen Preis nicht einverstanden ist (Erman/Hager, a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund kann die Stellungnahme der Beklagten mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 22.11.2022, mit dem sie erneut - unter Beweisantritt -

anführt, dass Grundlage der Kalkulation der Klägerin auch gewesen sei, dass diese von ihr einen Kochkessel käuflich erwerbe, keine andere rechtliche Beurteilung rechtfertigen.

4. Bei dieser Sachlage geht auch die Rüge der Beklagten fehl, das Landgericht habe in verschiedener Hinsicht gegen seine Hinweispflicht verstoßen, weil schon nicht ersichtlich ist, dass das Urteil auf einem solchen Verstoß beruht.

Das gilt sowohl für die Frage des zwischen den Parteien streitigen Kalkulationsfehlers als auch der von Anfang an fehlenden TÜV-Zulassung der Anlage. Die darauf gestützten Einwände kann die Beklagte - wie ausgeführt - im vorliegenden Primärprozess der Klägerin schon nicht mit Erfolg entgegenhalten. Damit kommt es nicht darauf an, dass die Beklagte ihre Verfahrensrüge unabhängig davon auch nicht ordnungsgemäß erhoben hat. Der Rechtsmittelführer muss in der Verfahrensrüge gem. § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2, § 529 Abs. 2 S. 1 ZPO im Einzelnen ausführen, was er auf den erforderlichen, aber unterbliebenen Hinweis vorgetragen hätte (BeckOK ZPO/von Selle, 46. Ed. 1.9.2022, § 139 Rn. 54 m.w.N.). Daran fehlt es.

III.

Die von der Klägerin erhobene Anschlussberufung verliert mit der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss ihre Wirkung, § 524 Abs. 4 ZPO. Der Wirkungsverlust der Anschließung tritt kraft Gesetzes ein (BGH, Urt. v. 14.05.1998 – III ZR 182/97, BGHZ 139, 12), so dass der Ausspruch durch den Senat lediglich deklaratorische Wirkung hat.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO. Die Beklagte hat auch die Kosten der Anschlussberufung zu tragen. Es besteht kein Anlass, bei Zurückweisung der Hauptberufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO die Kostentragung hinsichtlich der Anschlussberufung anders zu bewerten

als im Fall der Rücknahme der Hauptberufung (BeckOK ZPO/Wulf, 46. Ed. 1.9.2022, § 524 Rn. 34 m.w.N.).

Wenn die Anschlussberufung – wie hier - gemäß § 524 Abs. 4 ZPO ihre Wirkung verliert, sind schließlich auch die Werte von Berufung und Anschlussberufung zu addieren (vgl. BGH, Beschluss vom 05.10.1978 – GSZ 1/78, NJW 1979, 878).

Die Beschwer der Beklagten liegt über 20.000 €.

v.R.

T.

Dr. J.