

ZH_OBERGERICHT LB110078 vom 4. Februar 2015

ZH Obergericht, 2015-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB110078

FR: ZH_OBERGERICHT LB110078 du 4 février 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LB110078 del 4 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt

E. 1.1

Die Kläger sind eine öffentlichrechtliche Anstalt mit Sitz in Zürich und seit dem Jahre 1908 im Handelsregister eingetragen. Gemäss der im Handelsregister eingetragenen Zweckbestimmung werden sie vom Kanton Zürich "zum Zwecke der Abgabe elektrischer Energie zu billigem Preise" betrieben (Urk. 60).

E. 1.2

Die Beklagte ist eine Stockwerkeigentümergeinschaft, nämlich die "Stockwerkeigentümergeinschaft C._____". Auf der in der Gemeinde D._____ gelegenen Parzelle Kat.-Nr. 2 im Halte von 6707 m² befinden sich vier Mehrfamilienhäuser (C'._____ 1, 2, 3 und 4) mit je fünf Stockwerkeinheiten (Grundbuch- Blätter ...). Die Eigentümer dieser 20 Stockwerkeinheiten bilden die erwähnte am

E. 1.3

Die Nebenintervenientin (damals domiziliert in ... und firmierend als "B'._____ AG", vgl. Urk. 61 und 62) war seinerzeit Alleineigentümerin der beiden erwähnten Grundstücke. Als Generalunternehmerin erstellte sie die vier erwähnten Mehrfamilienhäuser auf der Parzelle Kat.-Nr. 2. Vor Erstellung der Überbau- ung wurde im Jahre 2006 bezüglich der Liegenschaft Kat.-Nr. 2 eine Erklärung der Nebenintervenientin "über die Bildung von Miteigentumsanteilen und deren Ausgestaltung zu Stockwerkeigentum" öffentlich beurkundet. Gestützt auf die ent- sprechende Grundbuchanmeldung wurde am 6. Juli 2006 diese Stockwerkeigen-

- 9 - tumsbegründung mit 20 Stockwerkseinheiten im Grundbuch eingetragen; ange- merkt wurde im Grundbuch sodann auch das Reglement vom 12. April 2006 be- treffend die 20 Stockwerkeinheiten umfassende Stockwerkeigentümergein- schaft (Urk. 69).

Alleineigentümerin aller Stockwerkeinheiten blieb einstweilen die Nebenintervenientin. Am 6. Juli 2006 wurde das Reglement der "Stockwerkeigen- tümergeinschaft C._____ " im Grundbuch angemerkt (Urk. 69; Urk 4/3 S. 2).

E. 1.4

Die Nebenintervenientin verkaufte in den Monaten Juni und Juli 2006 sechs Stockwerkeinheiten mit Kaufverträgen, die noch vor der Begründung des Stockwerkeigentums abgeschlossen worden waren. Drei weitere Kaufverträge wurden zwischen dem 6. Juli 2006 (Datum der Begründung des Stockwerkeigen- tums) und dem 10. Oktober 2006 (Datum des Vertrags mit den Klägern) abge- schlossen. Die ersten beiden Eigentumsübertragungen von Stockwerkeinheiten erfolgten am 26. September 2007;

weitere 14 Eigentumsübertragungen folgten bis zum 3. Dezember 2007; die weiteren Eigentumsübertragungen erfolgten später (Urk. 12 Rz 22-27).

E. 1.5

Am 10. Oktober 2006 unterzeichneten die Kläger als "Anlagenersteller und Wärmelieferant" einerseits und die "Stockwerkeigentümergeinschaft C._____" als "KUNDE" andererseits einen "Anlagebau- und Wärmelieferungsvertrag", der im Prozess von den Parteien als "Contractingvertrag" bezeichnet wird. Auf Seiten der Stockwerkeigentümergeinschaft wurde im Vertrag vermerkt, sie werde "zurzeit" durch die Nebenintervenientin vertreten. Entsprechend unterzeichneten den Vertrag für die Stockwerkeigentümergeinschaft E._____ und F._____, welche damals für die Nebenintervenientin je kollektivzeichnungsberechtigt waren (Urk. 61). Der Vertrag betrifft einerseits die Erstellung und den Betrieb einer "Erdwärmesonden-Wärmepumpen-Heizanlage für die Häuser der Wohnüberbauung 'C'._____" ("4 MFH mit 20 Wohnungen") einschliesslich "Heizungsfernleitung und mit dezentraler Brauchwassererwärmung". Und andererseits regelte der Vertrag den "kostenpflichtigen Energiebezug des KUNDEN von den A._____" (Urk. 4/1, Ziff. 1). Der "KUNDE" ist gemäss Ziff. 6.1 verantwortlich dafür, dass die vier Mehrfamilienhäuser mit den 20 Wohnungen an die noch zu erstellende Anlage angeschlossen werden und auch angeschlossen bleiben. Im Vertrag wurden die Pflich-

- 10 - ten beider Parteien im Einzelnen geregelt. Gemäss Ziff. 6.3 verpflichtete sich sodann der "KUNDE" "zur dauernden Abnahme der bereitgestellten Wärme zur Deckung seines ganzen Bedarfs" sowie zu deren Bezahlung. Ziff. 6.13 und 6.14 des Vertrages lauten wie folgt: "6.13 Der KUNDE benachrichtigt die A._____ über eine allfällige Handänderung des Grundstücks im Voraus. Dem KUNDEN ist bekannt, dass jede Handänderung gemeinsam mit der Übertragung des vorliegenden Vertrages zu erfolgen hat und er haftet gegenüber den A._____ für die Einhaltung dieser Bestimmung.

E. 1.6

Am 30. bzw. am 31. Januar 2007 unterzeichneten die Nebenintervenientin in ihrer Eigenschaft "als Eigentümerin sämtlicher Stockwerkeinheiten an Kat.-Nr. 2 (GBBl. ...)" sowie "als Eigentümerin sämtlicher Miteigentumsanteile an Kat.-Nr. 1 (GBBl. ...)" einerseits und die Kläger andererseits einen Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 4/2). Den Klägern wurde mit diesem Vertrag zu Lasten der Grundstücke Kat.-Nr. 2 und 1 eine Personaldienstbarkeit eingeräumt, nämlich das "dauernde Recht", bestimmte Grundstücksteile "für die Installation, den Fortbestand und die Erneuerung einer Erdwärmesonden-Wärmepumpenanlage zu benützen und diese Anlage zu betreiben, alles zur Erzeugung von Wärmeenergie für Heizung und Brauchwarmwasser für die Wohnüberbauung 'C'._____" . Festgelegt wurde im Vertrag, dass "die Betriebs- und Unterhaltskosten ... zu Lasten der jeweiligen Ei-

- 11 - gentümer der belasteten Grundstücke" gehen sollten. Gemäss Ziff. 4 der "weiteren Bestimmungen" "gehen die Stromkosten in den Unterstationen für die Raumheizung und Brauchwassererwärmung zu Lasten der jeweiligen Stockwerkeigentümer des entsprechenden Mehrfamilienhauses 1, 2, 3 oder 4". Ziff. 7 des Dienstbarkeitsvertrages lautet wie folgt: "7. Die Grundeigentümerin und Bauherrschaft, die B'._____ AG [heute "B._____ AG"], verpflichtet sich, die gesamte Wohnüberbauung 'C'._____' (4 Mehrfamilienhäuser, 1 bis 4 mit total 20 Wohnungen auf dem Grundstück Kat.-Nr. 2) an

die zentrale Heizanlage anzuschliessen. Ferner verpflichtet sie sich, die obligatorischen Rechte und Verpflichtungen gemäss diesem Vertrag sowie den separaten Anlagebau- und Wärmeenergie-liefervertrag vom 10.10.2006 auf die Käufer der 20 Stockwerkeinheiten zu überbinden mit der Pflicht zur Weiterüberbindung." Die Dienstbarkeit wurde am 2. Februar 2007 zur Eintragung in das Grundbuch angemeldet (Urk. 4/2 S. 5); gleichentags erfolgte die Eintragung im Grundbuch (Urk. 69 S. 2).

E. 1.7

Vom Januar 2008 an stellten die Kläger dem Verwalter der Beklagten periodisch Rechnungen für die Lieferung von Fernwärme (Urk. 4/12a-k: Rechnungen vom 12.1.2008, Fr. 16'508.95; 8.2.2008, Fr. 8'210.00; 11.4.2008, Fr. 8'210.00; 13.6.2008, 8'210.00; 8.8.2008, Fr. 8'210.00; 19.9.2008, Fr. 8'210.00; 10.10.2008, Fr. 7'398.25; 6.2.2009, Fr. 9'270.00; 10.4.2009, Fr. 9'270.00; 9.10.2009, Fr. 10'100.00; 11.12.2009, Fr. 10'100.00).

E. 1.8

Am 28. August 2009 teilte der Verwalter der Beklagten den Klägern brieflich Folgendes mit (Urk. 4/9): "Wir informieren Sie, dass wir seitens der Eigentümergemeinschaft angewiesen wurden, keine Zahlungen mehr zu leisten, da 16 von 20 Stockwerkeigentümer mit Ihnen resp. dem Ersteller bezüglich dem Contracting und den daraus zu leistenden Akontozahlungen uneinig sind. Solange dieser Konflikt nicht gelöst ist, erfolgen keine Zahlungen. Bezahlt werden lediglich die Verbrauchskosten. Hierfür wollen Sie uns eine separate Rechnung stellen."

E. 1.9

In der Folge blieben die Teilrechnung der Kläger "für Fernwärme Juli / August 2009" vom 7. August 2009 über Fr. 10'100.00 (Urk. 4/7) und die Rechnung unter dem Titel "Abrechnung Fernwärme" für die Periode vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2009" über Fr. 25'612.35 (Urk. 4/8) unbezahlt. Die Mahnung der Kläger vom 11. November 2009 (Urk. 4/6) fruchtete nichts. Mit Zahlungsbefehl Nr.

- 12 - ... des Betreibungsamtes Herrliberg vom 10. Dezember 2012 liessen die Kläger die Beklagte für den Betrag von Fr. 35'727.35 nebst Zins zu 5% seit 19. November 2009 betreiben. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag (Urk. 4/5). 2. Prozessverlauf: Die beiden erstinstanzlichen Verfahren 2.1. Durch Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes Meilen vom 13. April 2010 (Urk. 1) zusammen mit ihrer Klageschrift vom 9. Juli 2010 machten die Kläger ihre Klage beim Bezirksgericht Meilen anhängig. Sie verlangten von der Beklagten im Wesentlichen die Erstattung der Rechnungsbeträge der Teilrechnung "für Fernwärme Juli / August 2009" vom 7. August 2009 über Fr. 10'100.00 (Urk. 4/7) und der Rechnung für "Abrechnung Fernwärme" für die Periode vom 1. Juli 2008 bis zum 30. Juni 2009 über Fr. 25'612.35 (Urk. 4/8). Mit ihrer Klageantwort vom 8. November 2010 verlangte die Beklagte die Abweisung der Klage; ihr Eventualantrag lautete auf Nichteintreten mangels örtlicher Zuständigkeit (Urk. 12 S. 2). 2.2. Durch Beschluss vom 2. November 2011 trat das Bezirksgericht Meilen auf die Klage insoweit nicht ein, als "die eingeklagten Forderungen mit Ansprüchen aus Vertrag begründet werden". Im Sinne von § 112 ZPO/ZH setzte das Bezirksgericht Meilen den Klägern Frist an, um einen Antrag auf Überweisung an das von ihnen als zuständig bezeichnete Gericht zu stellen (Urk. 47 S. 32). Gleichzeitig erliess das Bezirksgericht Meilen ein Urteil, mit dem die Klage, "soweit auf sie eingetreten wird", abgewiesen wurde (Urk. 47 S. 32 f.). Aus der Urteilsbegründung ergibt sich, dass das Bezirksgericht Meilen die Klage unter den Gesichtspunkten der

ungerechtfertigten Bereicherung (Urk. 47 S. 19 - 29) und des faktischen Vertragsverhältnisses (Urk. 47 S. 30) prüfte, dabei aber die Ansprüche der Kläger verwarf.

2.2.1. Der erwähnte Beschluss des Bezirksgerichts Meilen betreffend teilweises Nichteintreten auf die Klage blieb unanfechtet. Im Sinne der Fristansetzung dieses Beschlusses verlangten die Kläger mit Eingabe vom 14. November 2011 und im Sinne von § 112 ZPO/ZH die Überweisung des Prozesses an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 42).

- 13 - 2.2.2. Dagegen zogen die Kläger das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 mit der Berufung an das Obergericht weiter und verlangten namentlich, dass die Klage unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung und des faktischen Vertragsverhältnisses gutzuheissen sei (Urk. 46 S. 3). Diese Berufung wurde vom Obergericht unter der Geschäftsnummer LB110078 angelegt. 2.3. Mit Beschluss vom 21. November 2011 überwies das Bezirksgericht Meilen den Prozess "mit Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche aus Vertrag" gestützt auf den Antrag der Kläger in Anwendung von § 112 Abs. 1 ZPO/ZH dem Bezirksgericht Zürich (Urk. 67/3). Das Bezirksgericht Zürich behandelte den Prozess in der Folge durch seine 6. Abteilung unter der Proz.-Nr. CG110149. Mit Urteil vom 10. Dezember 2013 (Urk. 67/31) wies es die Klage ab, worauf die Kläger auch dieses Urteil mit der Berufung an das Obergericht weiterzogen. Die Berufung wurde dort zunächst unter der Proz.-Nr. LB140011 angelegt. 2.4. Zum Rechtsbegehren 2: Mit Rechtsbegehren 2 gemäss Klageschrift verlangten die Kläger, dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihnen "die weiteren, bis zum Urteil periodisch fällig werdenden, sich aus dem Anlagebau- und Lieferungsvertrag vom 10. Januar 2006 ergebenden Kosten zu bezahlen" (Urk. 2 S. 2). Mit ihrer an das Bezirksgericht Meilen gerichteten Replik bezifferten die Kläger diesen Betrag auf Fr. 83'633.65 (Urk. 28 S. 3 und S. 45 mit Hinweis auf Urk. 29/13-15). Und mit ihrer Eingabe vom 10. Januar 2013 an das Bezirksgericht Zürich erhöhten die Kläger ihre Forderung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 2 auf Fr. 176'914.20 (Urk. 67/16). Die Beklagte erklärte hierauf, dazu "keine prozessualen Einwände" erheben zu wollen (Urk. 67/23 S. 1), und das Bezirksgericht Zürich liess die Klageerweiterung mit seinem Urteil vom 10. Dezember 2013 implizit zu. 3. Prozessverlauf: Obergerichtliches Verfahren 3.1. Nach Eingang der Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 wurde das Berufungsverfahren (Proz.-Nr. LB110078) mit Beschluss der Kammer vom 7. Februar 2011 (Urk. 56) sistiert "bis zur rechtskräftigen Erledigung des gegenwärtig am Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung (Proz.-

- 14 - Nr. CG110149-L), hängigen Verfahrens betreffend vertragliche Ansprüche aus dem Energiecontracting" (Urk. 56). 3.2. Nachdem auch das in dieser Angelegenheit ergangene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Dezember 2013 bei der Kammer angefochten worden war (vgl. Urk. 67/30; Proz.-Nr. LB140011), wurde das Verfahren Proz.-Nr. LB110078 mit Beschluss vom 7. April 2014 wieder aufgenommen und mit dem Verfahren Proz.-Nr. LB140011 vereinigt. Ferner wurde den Klägern Frist angesetzt, um konsolidierte Berufungsanträge zu stellen (Urk. 68). Die Kläger taten das mit Eingabe vom 30. April 2014 (Urk. 74). 3.3. Mit Verfügung des Referenten vom 5. Mai 2014 (Urk. 76) wurde der Beklagten Frist angesetzt um die Berufung zu beantworten. Die Berufungsantwort wurde in der Folge am 5. Juni 2014 erstattet (Urk. 77). 3.4. Der Referent ordnete am 6. Juni 2014 im Sinne von Art. 316 Abs. 2 ZPO einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 78). Darauf erstatteten die Kläger ihre Berufungsreplik am 10. Juli 2014 (Urk. 79) und die Beklagte ihre Berufungsduplik am 15. September 2014 (Urk. 83). Letztere

Rechtsschrift wurde den Klägern am

E. 6

Contractingvertrag

E. 6.1

Energie-Contracting wird von privaten Unternehmen (aber auch von Elektrizitätswerken) als "Contractor" privaten "Contractingnehmern" angeboten. Gegenstand des "Contracting" können sowohl Fernwärme- als auch Nahwärmelieferverträge sein, die der Versorgung einzelner Mehrfamilienhäuser, eines Spitals oder auch einzelner Gewerbebetriebe mit Energie (Wärme, Dampf, Strom) dienen können. Die Energie wird dabei z.B. mit Blockheizkraftwerken, Holzschnitzelfeuerungen, Wärmepumpen oder Solaranlagen erzeugt (Balthasar Brandner, Energie-Contracting – kein alter Wein in neuen Schläuchen, in AJP 1997, S. 1517 f.). Durch das Energie-Contracting sollen aus Kostengründen Energieversorgungs- und Haustechnikanlagen (Heizung, Lüftung, Klimatisierung) zwecks Leistungserbringung an Dritte ausgelagert werden, welche diese Tätigkeit als ihr Kerngeschäft betreiben. Weil dieses Energie-Contracting zu haushälterischerem Umgang mit Energie führen soll, wird es vom Bund gefördert (Rolf H. Weber / Brigitta Kratz, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2004, § 7 Rz 165 f.). Beim sogenannten Anlage-Contracting übernimmt der Contractor auch die Planung, den Bau, die Finanzierung und den Betrieb (einschliesslich Überwachungs- und Wartungsaufgaben) der Anlagen (Weber / Kratz, a.a.O., § 7 Rz 166, 168). Contracting-Verträge sind zumeist auf eine lange Vertragsdauer angelegt, denn die Lebensdauer der Investitionen liegt zwischen 15 und 30 Jahren (Weber / Kratz, § 7 Anm. 450). Da-

- 20 - bei geht der Contractingnehmer oft eine Exklusivbezugsverpflichtung ein und verpflichtet sich in jedem Fall zur Bezahlung eines Entgelts (Weber / Kratz, a.a.O., §

E. 6.2

Der oben beschriebene "Anlagebau- und Wärmelieferungsvertrag" vom 10. Oktober 2006 (vgl. oben E. 1.5.) ist als Anlage-Contractingvertrag im Sinne des Gesagten zu qualifizieren. Der Abschluss eines solchen Vertrages steht, wenn die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen stimmen, durchaus im wohlverstandenen Interesse beider Vertragsparteien, namentlich auch in jenem des Contractingnehmers, hier der Beklagten (vgl. dazu Weber/Kratz, a.a.O., § 7 Rz 165 ff.; Brandner, a.a.O., S. 1518). Es ist daher durchaus nicht unvernünftig, auch bei der Erstellung eines Gebäudes, das später ins Stockwerkeigentum übergeführt werden soll, im Sinne eines Anlage-Contracting die Erstellung und den Betrieb der Heizanlage auszulagern und in die Hände eines fachkundigen und versierten Contractors zu legen. Eine andere Frage ist allerdings, ob aus rechtlichen Gründen eine Stockwerkeigentümergeinschaft als Contractingnehmerin auftreten kann (vgl. dazu unten E. 7).

E. 6.3

Ohne dass die Frage von den Parteien je thematisiert worden wäre, sieht das Bezirksgericht Zürich einen Grund für die Abweisung der Klage darin, dass der von den Parteien am 10. Oktober 2006 abgeschlossene Vertrag mit den Bestimmungen des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über die Stromversorgung (StromVG; SR 734.7) in Widerspruch stehe. Das Gesetz lege abschliessend fest, welche Komponenten der Strompreis enthalten dürfe, was nicht vereinbar damit sei, dass der Contractingvertrag einen

"Arbeitspreis" von Fr.

- 21 - 0.053 pro gelieferte kWh Wärmemenge vorsehe. Die Vorinstanz anerkennt zwar durchaus, dass die Kläger gemäss Contracting-Verträge nicht Strom, sondern Wärme zu liefern hätten. Dennoch verstosse der Contractingvertrag "gegen den Geist" des StromVG, wenn sich die Kläger "ihrer gesetzlichen Verpflichtung, die Beklagte und die in ihr vereinigten Stockwerkeigentümer als feste Endverbraucher zu behandeln, durch Abschluss eines Wärmeenergieliefervertrages über eine Wärmepumpenheizungsanlage entziehen" könnten (Urk. 67/31 S. 59 ff., insbesondere S. 61). Mit dem Gesagten stützte sich das Bezirksgericht Zürich mithin auf neue Rechtsgrundlagen, die von den Parteien nicht haben vorhergesehen werden können. Wenn für die Vorinstanz die Bestimmungen des StromVG wirklich entscheidend waren, hätte sie vor ihrer Entscheidung, den Parteien das rechtliche Gehör gewähren müssen (vgl. BGE 136 III 247 E. 4, 132 II 257 E. 4.2). Der Mangel wird allerdings durch das Berufungsverfahren geheilt.

E. 6.3.1

Entscheidend ist im vorliegenden Fall, dass die Kläger der Beklagten keinen Strom zu liefern haben, sondern Wärme, für deren Produktion sie allerdings Strom brauchen und ihn gleichsam als Rohstoff einkaufen müssen. Der von den Parteien in Ziff. 10.3 des "Contractingvertrages" vereinbarte "Arbeitspreis" pro kWh betrifft nicht Stromeinheiten, sondern die von den Klägern mit der vertraglich zur Verfügung gestellten Anlage produzierten Wärmeeinheiten. Der Strom spielt mithin bei der Produktion der Wärme lediglich die Rolle eines Rohstoffes wie bei unzähligen andern Dingen auch. Dass der vereinbarte "Arbeitspreis" gemäss dem Vertrag an den Index der Strompreise des Bundesamtes für Statistik gebunden ist, ändert daran nichts. Eine direkte Überwälzung der entstandenen Stromkosten auf die Beklagte erfolgt nicht. Demgegenüber dient die Bindung an einen Index, dessen Entwicklung bei Vertragsschluss nicht abgesehen werden kann, dem Risikoausgleich zwischen den Vertragspartnern und ist daher ohne weiteres legitim. Soweit die Rechtsordnung die Privatautonomie nicht einschränkt, sind die Parteien jedenfalls frei, den Inhalt ihrer vertraglichen Vereinbarungen zu bestimmen. Das gilt denn auch hier. Zu Recht haben die Kläger im Ergebnis mit ihrer Berufung so argumentiert (Urk. 67/30 Rz 90; vgl. auch Urk. 79 Rz 99). Diesen Argu-

- 22 - menten hält die Beklagte vor Obergericht nichts Substantielles entgegen (Urk. 77 Rz 63 ff.; Urk. 83 S. 10). Fehl geht namentlich ihr Einwand, Wärme lasse sich auch mit Heizöl oder Gas erzeugen (Urk. 77 Rz 66). Hier geht es nämlich um den Betrieb einer Anlage, die mittels Wärmepumpen Energie produziert. Und für das Betreiben von Wärmepumpen braucht es eben Strom.

E. 6.3.2

Die Kläger tragen vor Obergericht weiter vor, dass die Beklagte in dem hier interessierenden Zusammenhang – entgegen der Darstellung des Bezirksgerichts Zürich – nicht als "feste Endverbraucher" im Sinne von Art. 6 StromVG gelten könne. Für die von ihnen betriebene Anlage kauften die Kläger nämlich den benötigten Strom bei den Gemeindewerken D._____, die ihnen jeweils Rechnung stellten. Zum Beweis für diese Behauptung berufen sich die Kläger auf die entsprechenden Jahresrechnungen der Gemeindewerke D._____ für den Zeitraum zwischen dem 1. Oktober 2007 und dem 31. Dezember 2013 (Urk. 67/33/7). Diese Rechnungen tragen den Vermerk "Wärmepumpe Häuser Nr. ..., C'._____, ... D._____". Auch diese Argumente der Kläger vermag die

Beklagte nicht zu widerlegen. Nicht stichhaltig ist namentlich ihr Argument, die von den Beklagten neu vorgelegten Beweismittel seien verspätet (Urk. 77 Rz 67). Anlass, sich mit der Strommarktgesetzgebung auseinanderzusetzen, gab den Klägern erst die unrichtige Argumentation des Bezirksgerichts im angefochtenen Urteil. Vor Kenntnisnahme dieses Urteils hatten die Kläger keinen Anlass dazu. Wenn die Kläger die neuen Behauptungen und neuen Beweismittel erst mit ihrer Berufungsschrift vom 29. Januar 2014 in den Prozess einfließen liessen, dann taten sie das im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO "ohne Verzug". Auf der Hand liegt sodann auch, dass sie diese Noven im Sinne der gleichen Bestimmung auch bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz geltend machen konnten. Die Noven sind daher zulässig. Auf Grund der vorgelegten neuen Urkunden steht fest, dass die Kläger, wiewohl sie auch ein Stromproduktionsunternehmen sind, den für die betriebene Anlage benötigten Strom nicht selber liefern können, sondern ihn bei einem Drittanbieter, den Gemeindewerken D._____, einkaufen müssen, wie jeder andere

- 23 - re Verbraucher auch. Endverbraucher im Sinne von Art. 6 StromVG sind daher im vorliegenden die Kläger, nicht aber die Beklagte.

E. 6.14

Der KUNDE hat die Pflicht zur Weiterüberbindung der Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag auf einen eventuellen Rechtsnachfolger zu übertragen [sic!]. Gemäss Ziff. 10 des Vertrages setzt sich der "Wärmepreis" aus dem Grundpreis als "Beitrag zu den Fixkosten (Verzinsung, Amortisation etc.)" von Fr. 45'735.00 pro Jahr und einem sog. "Arbeitspreis" als Entgelt für die gelieferte Wärme von Fr. 0.053 pro kWh zusammen, und zwar für Heizung und Brauchwasser. Beide Preise sind indexiert: Während der Grundpreis an den "Index der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik" angebunden ist, soll der Arbeitspreis gemäss Vertrag jährlich einmal an den "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" angepasst werden. Schliesslich vereinbarten die Parteien für "allfällige Streitigkeiten aus diesem Vertrag" den Gerichtsstand Zürich (Ziff. 14 des Vertrages).

E. 7

Handlungsfähigkeit der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

E. 7.1

Es steht fest, dass das Stockwerkeigentum hinsichtlich des Grundstücks Kat.-Nr. 2 auf die Anmeldung der damaligen Alleineigentümerin, der Nebenintervenientin, hin am 6. Juli 2006 in das Grundbuch eingetragen worden ist, und zwar vor der Erstellung des damals bereits geplanten Gebäudes. Angemerkt wurde im Grundbuch dabei das "Reglement der Stockwerkeigentümergeinschaft über die Benutzung und Verwaltung der Liegenschaft C'._____, D._____, Grundkaternummer 2, Grundbuchblatt ..." vom 12. April 2006. Nach der Begründung des Stockwerkeigentums war folgerichtig die Nebenintervenientin Eigentümerin aller 20 Stockwerkeinheiten. Am 13. September 2007 veranlasste sie – immer noch als Alleineigentümerin aller Stockwerkeinheiten – die Vormerkung einer vom 6. Juli 2006 datierten Änderung des erwähnten Reglementes im Grundbuch (vgl. Urk. 69). Die ersten Übertragungen des Eigentums von Stockwerkeinheiten auf Dritte fanden am 26. September 2007 statt, nämlich auf GH._____, bzw. auf IJ._____ (Urk. 12 Rz 27; Urk. 28 S. 42). Demgegenüber kamen die Kaufverträge zwischen der Nebenintervenientin und einzelnen Käufern von Stockwerkeinheiten bereits vor der Eintragung der

Stockwerkeigentümergeinschaft ins Grundbuch zustande, teils aber erst zwischen dieser Eintragung im Grundbuch und dem hier interessierenden Vertragsschluss vom 6. Oktober 2006 und teils aber erst nach diesem Vertragsschluss.

E. 7.2

Das Bezirksgericht Zürich verneint mit dem angefochtenen Urteil, dass der Beklagten im Zeitpunkt, als der Vertrag mit den Klägern geschlossen wurde, die beschränkte Handlungs- und Vermögensfähigkeit gemäss Art. 712l ZGB habe zukommen können. Es gehe nämlich nicht an, einem Alleineigentümer einer zu Stockwerkeinheiten aufgeteilten Liegenschaft umfassende Kompetenzen zur Festlegung oder Modifikation von Rechten und Pflichten späterer Erwerber der Stockwerkeigentumsanteile bzw. der so entstehenden Stockwerkeigentümergeinschaft einzuräumen. Dem Erwerber eines Miteigentumsanteils dürften keine Pflichten auferlegt werden, die weder aus dem Gesetz noch aus dem Grundbuch

- 24 - ersichtlich seien (Urk. 31 S. 30 ff., insbesondere S. 32f.). Diese gemäss der Auffassung des Bezirksgerichts Zürich fehlende Rechtsfähigkeit der Beklagten im Zeitpunkt des Abschlusses des Contractingvertrages am 6. Oktober 2006 führt nach dem angefochtenen Urteil ohne weiteres zur Abweisung der Klage.

E. 7.3

Gemäss Art. 712d Abs. 1 ZGB wird Stockwerkeigentum durch die Eintragung im Grundbuch begründet. Der Grundbucheintrag ist konstitutives Erfordernis (Meier-Hayoz/Rey, BEK, N. 21 zu Art. 712d ZGB). Dieser kann gemäss Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB "aufgrund einer Erklärung des Eigentümers der Liegenschaft" erfolgen. Die Frage, ob eine sogenannte Einpersonengemeinschaft im Sinne von Art. 712l ZGB beschränkt handlungsfähig sei, wurde von der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nie ausdrücklich behandelt. Die erkennende Kammer hielt allerdings in einem Urteil vom 22. Mai 2014 fest, dass bei Vorliegen von Stockwerkeigentum auch dann von gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen auszugehen ist, wenn eine sogenannte Einpersonengemeinschaft vorliege, bei der ein einziger Stockwerkeigentümer sämtliche Wertquoten auf sich vereinige (Proz.-Nr. NP130008, Urteil vom 22.5.2014, E. 2.4). In der Literatur wird die Frage wie folgt behandelt:

E. 7.3.1

Arthur Meier-Hayoz/Heinz Rey legen im Berner Kommentar dar, strukturbildendes Element der Stockwerkeigentümergeinschaft sei das besonders ausgestaltete Miteigentum. Kraft Gesetzes sei jeder Miteigentümer Mitglied dieser Rechtsgemeinschaft. Zur Besorgung der gemeinsamen Aufgaben bedürfe es sowohl für das Innen- als auch für das Aussenverhältnis der verbindlichen Ordnung der Rechtsbeziehungen. Zur sachenrechtlichen Komponente trete daher auch die gemeinschaftsrechtliche hinzu, "um die Stockwerkeigentümergeinschaft existenz- und funktionsfähig zu machen" (Vorbemerkungen N. 43 zu Art. 712a - 712t ZGB). Organe im körperschaftlichen Sinne habe die Stockwerkeigentümergeinschaft nicht. Wenn dennoch für die Organisationsträger (Stockwerkeigentümersversammlung, Verwalter) der Begriff "Organ" verwendet werde, sei diese Bezeichnung "organisatorischer und nicht organschaftlicher Natur" (Vorbemerkungen N. 51 zu Art. 712a - 712t ZGB). Zur Frage der Einpersonengemeinschaft äussern sich diese Autoren nicht explizit; immerhin weisen sie darauf hin, dass es

- 25 - erst seit der Wiedereinführung des Stockwerkeigentums wieder möglich sei, dass sich alle Stockwerkseigentumsanteile in der Hand einer einzigen Person vereinigen können (N. 89 zu Art. 712d ZGB; vgl. auch N. 93). Einen Vorbehalt, dass unter solchen Umständen, die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer nicht handlungsfähig sei, machen diese Autoren nicht.

E. 7.3.2

Pascal Simonius/Thomas Sutter (Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I, Basel und Frankfurt am Main, 1995) weisen darauf hin, dass Stockwerkeigentum durch ein Rechtsgeschäft der beteiligten Grundeigentümer entsteht, und zwar durch "Umgestaltung der Rechtsnatur unter Beibehaltung der bisherigen Berechtigung". Diese Umgestaltung betreffe im Sinne "einer sachenrechtlichen Drittwirkung" auch die Rechtsbeziehung gegenüber Dritten (S. 525). Zur Frage der Einpersonengemeinschaft äussern sich auch diese Autoren nicht, weisen aber immerhin auf Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB hin, wonach die Bestellung von Stockwerkeigentum durch den Alleineigentümer der Liegenschaft erfolgen kann (S. 526). René Bösch setzt sich im Basler Kommentar mit der Frage, ob eine Einpersonengemeinschaft zulässig sei, nicht auseinander (Kommentierung der Art. 712a - t ZGB); er erwähnt aber ebenfalls, dass als Rechtsgrundaussage für die Begründung von Stockwerkeigentum gemäss Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB die einseitige Erklärung eines Alleineigentümers einer Liegenschaft genügt (N. 5 zu Art. 712d ZGB).

E. 7.3.3

Heinz Rey/Lukas Maetzke (Schweizerische Stockwerkeigentum, 3. A., Zürich 2009) weisen zunächst darauf hin, dass die Entstehung der Stockwerkeigentümergeinschaft "ebenso wie diejenige des Stockwerkeigentums von einer Grundbucheintragung" abhängt (Rz 220). Nach diesen Autoren werden bei durch Vertrag begründetem Stockwerkeigentum die an diesem Rechtsgeschäft beteiligten Personen "in dem Moment Mitglieder der Stockwerkeigentümergeinschaft, in dem das Stockwerkeigentum entsteht" (Rz 221). Dagegen soll nach der Auffassung dieser Autoren bei einer Begründungserklärung des Alleineigentümers gemäss Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB des in das Stockwerkeigentum zu überführenden Grundstücks die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer erst dann entstehen, wenn "mindestens zwei voneinander verschiedene Personen als Stockwerkeigentümer im Grundbuch eingetragen sind" (Rz 222). Eine nähere Begründung für ihre Rechtsauffassung geben diese Autoren allerdings nicht.

E. 7.3.4

Demgegenüber tritt Amédéo Wermelinger dezidiert für die Zulässigkeit der Einpersonengemeinschaft ein, wobei zunächst auf die umfangreiche Kommentierung dieses Autors im Zürcher Kommentar hinzuweisen ist. Wermelinger hält dafür, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft von Gesetzes wegen bei der Begründung von Stockwerkeigentum entsteht, ohne dass es eines besonderen Begründungsaktes bedürfe. Die Stockwerkeigentümergeinschaft dauere demnach so lange wie das Stockwerkeigentum bestehe. Ein Stockwerkeigentum ohne Stockwerkeigentümergeinschaft gebe es nicht (N. 12 zu Art. 712l ZGB). Bei Begründung des Stockwerkeigentums durch einen einzigen Grundeigentümer entsteht nach Wermelinger eine "Einpersonengemeinschaft", denn die Stockwerkeigentümergeinschaft verfüge von Gesetzes wegen über Kompetenzen, die nicht von ihrer persönlichen Zusammensetzung abhängig sei. In gleicher Weise gehe die

Stockwerkeigentümergeinschaft nicht unter, wenn später einer von mehreren Stockwerkeigentümern sämtliche Stockwerkanteile erwerbe (N. 152 Vorbemerkungen zu Art. 712a - 712t ZGB; N. 15 zu Art. 712l ZGB; N. 15 zu Art. 712m ZGB). Diese Rechtsanschauung vertritt Wermelinger auch in einer soeben in zweiter Auflage erschienen grossen Monographie (Amédéo Wermelinger, Das Stockwerkeigentum, 2.A., Zürich 2014, N. 13 zu Art. 712l ZGB, N. 21a zu Art. 712m ZGB, N. 12 zu Art. 712p ZGB).

E. 7.4

Aus Art. 712d Abs. 1 ZGB ergibt sich, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft durch die Eintragung im Grundbuch begründet wird. Dies geschieht gemäss Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB gegebenenfalls auf Grund des Antrages eines einzigen Eigentümers. Unter Vorbehalt des Untergangs der Liegenschaft endigt die Stockwerkeigentümergeinschaft sodann mit der Löschung im Grundbuch (Art. 712f Abs. 1 ZGB; vgl. dazu: Wermelinger, ZHK, N. 15 zu Art. 712l ZGB). Gemäss Art. 712f Abs. 2 ZGB kann auch die Löschung des Stockwerkeigentums von einem Stockwerkeigentümer ausgehen, "der alle Anteile in seiner Hand vereinigt". Letzteres ist indessen nur ein Untergangsgrund, wenn dieser einzige Eigentümer aller Anteile eine entsprechende Willenserklärung abgibt.

- 27 - Verhält es sich aber so, dann führt im Fall, dass ein einziger Eigentümer "alle Anteile in seiner Hand vereinigt", kein Weg um die Stockwerkeigentümergeinschaft als Einpersonengemeinschaft herum. Liegt Stockwerkeigentum vor, so gibt es vermögensrechtliche Ansprüche und Verantwortlichkeiten, die sich einzig auf bestimmte Eigentümer von Anteilen beziehen. Es gibt aber andererseits auch solche Ansprüche, die sich im Sinne von Art. 712l ZGB auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer beziehen. Die vom Gesetzgeber gewollte beschränkte Vermögens- und Handlungsfähigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft dient dem Ziel, die Gemeinschaft "als geschlossene Einheit am Rechtsverkehr teilnehmen zu lassen" (BGE 125 II 348 E. 5b). Dieses Ziel würde verfehlt, wenn diese beschränkte Rechtsfähigkeit nicht entstünde oder unterginge, wenn ein einziger Eigentümer sämtliche Stockwerkanteile dauernd oder vorübergehend in seiner Hand vereinigte. Damit ist der Lehrmeinung Wermelingers zu folgen, wonach zu jedem Stockwerkeigentum auch eine Stockwerkeigentümergeinschaft gehört. Der Umstand allein, dass die Nebenintervenientin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit den Klägern Eigentümerin aller Stockwerkanteile war, kann daher nicht zur Abweisung der Klage führen. Das liegt denn auch auf der Linie des oben erwähnten Urteils der Kammer vom 22. Mai 2014 (Proz.-Nr. NP130008 E. 2.4). Hingewiesen sei darauf, dass selbst die Beklagte noch vor Vorinstanz diese Rechtsanschauung verfocht (Urk. 35 Rz 15). Eine ganz andere Frage freilich ist jene, ob der Vertrag zwischen der Nebenintervenientin und den Klägern kompatibel ist mit den Kaufverträgen, welche die Nebenintervenientin mit den einzelnen Käufern der verschiedenen Stockwerkanteile abgeschlossen hat. Diese Frage ist im vorliegenden Prozess aber nicht zu beantworten, denn sie betrifft einzig das Verhältnis der Parteien der verschiedenen Kaufverträge.

E. 8

Contractingvertrag: Der Vertragsschluss zwischen den Klägern und der Beklagten

E. 8.1

Der Betrieb einer Heizungsanlage im Interesse der Gesamtheit der Stockwerkeigentümer ist zwingend eine gemeinschaftliche Aufgabe, die der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer obliegt, denn solche Anlagen können gemäss

- 28 - Art. 712b Abs. 2 Ziff. 3 ZGB nicht zu Sonderrecht ausgeschieden werden. Solche Anlagen gehören zum Verwaltungsvermögen, die von der Stockwerkeigentümergeinschaft zu verwalten sind. In deren Kompetenz fällt insbesondere auch der Abschluss von entsprechenden Unterhalts- und Wartungsverträgen (Meier-Hayoz / Rey, N. 39 f. zu Art. 712b ZGB; Wermelinger, ZHK, N. 82 zu Art. 712b und N. 10 zu Art. 712l ZGB). Wird eine Parzelle mit einem Mehrfamilienhaus überbaut, so ist es eine unternehmerische Entscheidung des Bauherrn, ob die Heizungsanlage vom Bauherrn auf eigene Rechnung erstellt wird und damit die Kosten der Erstellung der Heizungsanlage zu den Erstellungskosten des Hauses geschlagen werden, oder ob aber im Sinne eines Anlage-Contracting die Beheizung der Liegenschaft dauernd an einen Drittanbieter auszulagern ist. Unternehmerisch lässt sich der Entscheid so oder anders treffen; freilich unterscheiden sich aber die beiden Varianten hinsichtlich der Kalkulation der gesamten Heizkosten während der Amortisationsdauer. Während bei konventioneller Erstellung einer Heizungsanlage die Finanzierungs- und Baukosten der Anlage sofort anfallen, verteilen sie sich beim Anlage-Contracting auf den ganzen Zeitraum der Lebensdauer der Anlage. Wichtig ist, dass den Käufern der Stockwerkanteile klar gemacht wird, wie die Heizungskosten über den Lauf der Jahre kalkuliert werden. Auch das ist aber wiederum einzig eine Sache zwischen Verkäufer und Käufer der Stockwerkanteile. Der hier interessierende Anlage-Contractingvertrag betrifft die Beheizung der gesamten im Stockwerkeigentum stehenden Liegenschaft. Nach dem Gesagten ist es daher evident, dass der Abschluss eines Contractingvertrages angesichts seines Gegenstandes in die von Art. 712l ZGB erfasste Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergeinschaft fällt. Das sieht denn auch das Bezirksgericht Zürich nicht anders (Urk. 31 S. 36 oben).

E. 8.2

Gemäss seinem Wortlaut wurde der Contractingvertrag am 10. Oktober 2006 zwischen den Klägern einerseits und der Beklagten andererseits abgeschlossen. Das geschah in einem Zeitpunkt, als aus dem Grundbuch ersichtlich war, dass eine Stockwerkeigentümergeinschaft mit einer einzigen Eigentümerin, der Nebenintervenientin, bestand. Im Contractingvertrag wurde die Beklagte, d.h.

- 29 - die damalige Einpersonengemeinschaft der Stockwerkeigentümer, als Contractingnehmerin aufgeführt. Dass die damalige einzige Eigentümerin aller Stockwerkeinheiten für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer handelte, war ohne weiteres zulässig, denn im damaligen Zeitpunkt gab es keine andere Möglichkeit. Nach Gesetz wird die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer durch die Verwaltung vertreten (Art. 712t Abs. 1 ZGB). Allerdings ist die Bestellung eines Verwalters freiwillig (Wermelinger, ZHK, N. 74 zu Art. 712m ZGB). Da im Oktober 2006 noch kein Verwalter bestellt war, oblag die Vertretung der Gemeinschaft nach aussen gemäss Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB der Versammlung der Stockwerkeigentümer, die damals einzig aus der Nebenintervenientin bestand. Für Geschäfte, wie das hier interessierende, durften daher Dritte, wie die Kläger, ohne weiteres annehmen, die Nebenintervenientin sei zur Vertretung der Beklagten befugt. Es ist dies eine gesetzliche Vertretungsbefugnis, die der Nebenintervenientin gemäss Art. 712m Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ohne weiteres zukam. Dritte haben insbesondere nicht zu hinterfragen, ob der Vertragsabschluss durch eine Versammlung der Stockwerkeigentümer legitimiert ist und ob ein entsprechender Beschluss protokolliert wurde. Die zur Vertretung der Gemeinschaft befugten Organe können die Gemeinschaft im Bereiche ihrer beschränkten Handlungs- und Vermögensfähigkeit

gemäss Art. 712l ZGB auch dann nach aussen wirksam vertreten, wenn sie das nach den internen Regeln nicht tun dürften (vgl. Wermelinger, ZHK, N. 10 zu Art. 712t ZGB). Die Beklagte bemängelt, dass keine Versammlung durch Stockwerkeigentümer durchgeführt worden sei und dass bezüglich des Contracting-Vertrages auch keine entsprechenden Beschlüsse protokolliert worden seien (Urk. 12 Rz 29). Den Klägern kann sie das allerdings nicht entgegenhalten: Die Durchführung einer Versammlung und die damit verbundene Protokollierung der Versammlungsbeschlüsse betreffen interne Regeln, um die sich aussenstehende Dritte, wie die Kläger, nicht zu kümmern brauchen. Die fehlende Protokollierung eines entsprechenden Beschlusses führt daher keineswegs zur "Ganznichtigkeit" des von der Nebenintervenientin für die Beklagte unterzeichneten Vertrages, wie das auch das Bezirksgericht Zürich – der Beklagten folgend – meint (Urk. 67/31 S. 42 unten). Bezüglich aller Handlungen, die mit der Verwaltung von Stockwerkeigentum

- 30 - in Einklang gebracht werden können, dürfen nämlich gutgläubige Dritte von der Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft ausgehen (Wermelinger, ZHK, N. 116 zu Art. 712l ZGB). Auch die These des Bezirksgerichts Zürich, durch Unterzeichnung des Contractingvertrages habe die Nebenintervenientin ein "unwirksames Insichgeschäft" vorgenommen, weshalb der Vertrag nicht gültig abgeschlossen werden können (Urk. 67/31 S. 37, 50 und 56), überzeugt nicht. Die Nebenintervenientin war nämlich einzig auf der Seite der Beklagten in den Vertragsschluss involviert. Dass ein Grundstückeigentümer, der sein Grundstück in Stockwerkeigentum überführen will, vor und nach Begründung des Stockwerkeigentums für die Zukunft wichtige Weichenstellungen vornimmt, die in seinem Interesse liegen, ist ohne weiteres zulässig. Darin allein liegt noch kein Insichgeschäft. Die wichtigste dieser Weichenstellungen ist wohl der Erlass eines Reglementes für die Stockwerkeigentümergeinschaft durch den Alleineigentümer bei Begründung der Stockwerkeigentümergeinschaft (Wermelinger, ZHK, N. 118 zu Art. 712g ZGB). Nur so wird nämlich sichergestellt, dass die Stockwerkeigentümergeinschaft von Anfang an funktioniert. Dritten ist es freigestellt, ob sie sich nach solchen Weichenstellungen der Stockwerkeigentümergeinschaft anschliessen wollen oder nicht. Der Abschluss eines Anlage-Contractingvertrages dürfte in der Regel weniger weitgehende Konsequenzen für die Zukunft haben, als der Erlass eines solchen Reglementes. Denn wie bereits erwähnt: Der Abschluss eines Contractingvertrages stellt eine ganz normale Verwaltungshandlung der Gemeinschaft dar.

E. 8.3

Entgegen der Meinung der Beklagten ist auch nicht einzusehen, weshalb der Contractingvertrag im Sinne von Art. 216 Abs. 1 OR hätte öffentlich beurkundet werden müssen, denn ein Kaufvertrag betreffend eine Liegenschaft ist er nicht. Und ebenso wenig lässt sich sagen, durch Abschluss des Contractingvertrages durch die Einpersonengemeinschaft sei der Beurkundungszwang gemäss Art. 216 OR umgangen worden (Urk. 77 S. 6). Auch aus den Nebenbestimmungen des Vertrages kann die Beklagte nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Urk. 77 S. 8 ff.). Dass die Beklagte gemäss Ziff. 6.13 des Vertrages darauf hinzuwirken hätte, dass ein allfälliger Rechtsnachfolger in den Vertrag eintritt, kann die Gültigkeit des Vertrages und seiner Verbindlichkeit für die Beklagte jedenfalls nicht in

- 31 - Frage stellen. Die Beklagte beanstandet sodann namentlich die Ziff. 1, 5, 6, 7 und

E. 8.4

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, aus dem Contractingvertrag 4/1) und dem Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 4/2) ergebe sich, dass nicht sie, sondern die Nebenintervenientin Vertragspartei des Contractingvertrages sei (Urk. 12 Rz 32). Damit stellt sich die Beklagte zunächst gegen den klaren Wortlaut des

- 32 - Contractingvertrages, aus dem mit jeder nur wünschbaren Deutlichkeit hervorgeht, dass die Nebenintervenientin die Beklagte beim Vertragsschluss nur vertrat, indessen den Vertrag namens der Beklagten schloss. Für die von der Beklagten angestrebte Vertragsauslegung wider den Wortlaut gibt es nicht die geringste Grundlage. Auch der Dienstbarkeitsvertrag, welcher von der Nebenintervenientin als Eigentümerin der beiden Grundstücke Kat.-Nr. 2 und 1 bzw. als Eigentümerin aller Stockwerkeinheiten an Kat.-Nr. 2 einerseits und den Klägern andererseits abgeschlossen wurde, gibt keinen Hinweis darauf, dass die Beklagte nicht die Contractingnehmerin des Vertrages vom 6. Oktober 2006 sein soll. Wie bereits erwähnt: In der Praxis wird der Contractingvertrag in aller Regel mit einem Dienstbarkeitsvertrag verbunden, um die sachenrechtlichen Folgen des Einbaus einer Anlage auf einem fremden Grundstück möglichst zu mildern (vgl. Rolf H. Weber, Elektrizitätswirtschaftsrecht, S. 312 f.). 9. Contractingvertrag: Tatsächlicher Konsens? 9.1. Die Beklagte macht vor Obergericht allerdings auch geltend, dass "gemäss dem tatsächlichen und übereinstimmenden Willen der Klägerin [= Kläger] und der Nebenintervenientin" der Contractingvertrag vom 10. Oktober 2006 "zwischen diesen beiden Parteien abgeschlossen" worden sei; es liege ein tatsächlicher Konsens vor (Urk. 77 S. 6, S. 12). Damit will die Beklagte sagen, dass gemäss dem übereinstimmenden Willen der am Vertragsschluss Beteiligten sie nicht Vertragspartei sein soll. Ein Vertrag kommt zustande durch die übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserungen der Parteien (Art. 1 OR). Allerdings gilt im schweizerischen Vertragsrecht der Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen. Sowohl im Konsens- als auch im Auslegungstreit ist daher zu prüfen, ob die Parteien sich tatsächlich übereinstimmend geäußert, verstanden und in diesem Verständnis geeinigt haben (BGE 131 III 469 E. 1.1, 129 III 667 E. 3.1, 126 III 379 E. 2e, 123 III 39 E. 2b).

- 33 - 9.2. Im Prozess kann auf einen tatsächlich übereinstimmenden Vertragswillen nur abgestellt werden, wenn entsprechende Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden. Wegen des grundsätzlichen Novenverbots im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 1 ZPO) müssen solche Tatsachenbehauptungen im erstinstanzlichen Behauptungsverfahren in den Prozess eingeführt worden sein, damit darauf abgestellt werden kann. 9.2.1. Mit ihrer Klageantwort verwies die Beklagte auf den Contractingvertrag vom 10. Oktober 2006 (Urk. 4/1) sowie auf den Dienstbarkeitsvertrag vom 31. Januar 2007 (Urk. 4/2) und trägt vor, es sei damit "urkundlich erwiesen, dass gemäss den tatsächlich übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien, nicht etwa die Beklagte, sondern allein die SBC [= Nebenintervenientin] den Contractingvertrag mit der Klägerin [= mit den Klägern] abschloss" (Urk. 12 Rz 32; so auch Urk. 35 Rz 55). Das bezeichnet die Beklagte sodann als "übereinstimmendes Verständnis der Vertragsparteien (A._____/B'._____) " (Urk. 12 Rz 33). In ihrer Duplik verwies die Beklagte weiter auf die E-Mail des seinerzeit für die Nebenintervenientin handelnden F.____ vom 25. August 2006 an die Kläger, wo im Hinblick auf den Contractingvertrag von "unseren Änderungswünschen" die Rede sei (Urk. 35 Rz 71 mit Hinweis auf Urk. 29/8). 9.2.2. Wie bereits erörtert, lässt sich weder aus dem

Contractingvertrag noch aus dem Dienstbarkeitsvertrag ableiten, dass die Beklagte – entgegen dem klaren Wortlaut – nicht Contractingnehmerin sein soll. Auch die E-Mail des Verantwortlichen der Nebenintervenientin, F._____, vom 25. August 2006 stützt die These der Beklagten nicht. Damals war die Nebenintervenientin Eigentümerin aller Stockwerkeinheiten des hier interessierenden Grundstücks. F._____ hatte mithin allen Anlass, im Zuge der Vertragsverhandlungen von "unseren" Änderungswünschen zu sprechen. Aber selbst wenn die Nebenintervenientin nicht mehr über alle Stockwerkeinheiten verfügt hätte, hätte sich F._____ ohne weiteres so äussern können, wie er es getan hat, ohne dass die Beklagte daraus im Sinne ihrer These hätte etwas ableiten können. Im Ergebnis stützt die Beklagte ihre Behauptung, es liege eine vom Wortlaut abweichende Willenseinigung der Vertragsparteien vor, einzig mit ihrer unzutreffenden Auslegung der beiden Verträge und der erwähnten

- 34 - E-Mail. Das sind indessen keine tatsächlichen Behauptungen, über die Beweis abgenommen werden könnte. Mit der Vertragsauslegung durch das Gericht muss es daher sein Bewenden haben. Für ein Beweisverfahren gibt es keinen Raum. 10. Ungerechtfertigte Bereicherung; faktisches Vertragsverhältnis Im Sinne von Eventualstandpunkten stützen die Kläger ihre Ansprüche auf die Regeln betreffend ungerechtfertigte Bereicherung sowie auf das Vorliegen eines sogenannten faktischen Vertragsverhältnisses. Das Bezirksgericht Meilen hat sich im angefochtenen Urteil mit diesen Eventualstandpunkten befasst (Urk. 47 S. 19-30), während in der Folge auch das Bezirksgericht Zürich – ein zweites Mal in diesem Prozess – das Vorliegen eines faktischen Vertragsverhältnisses erstinstanzlich geprüft hat (Urk. 67/31 S. 54-56). Vor Obergericht halten die Kläger an ihren Eventualstandpunkten fest (Urk. 46 S. 8 ff. und Urk.67/30 S. 40 ff.). Da der Beklagten nach dem Gesagten ein Anspruch aus Vertrag zusteht, brauchen ihre Eventualstandpunkte nicht mehr geprüft zu werden. 11. Quantitativ 11.1. Zu Beginn des Vertragsverhältnisses bezahlte die Beklagte die ihr von den Klägern gestützt auf den Contractingvertrag gestellten Rechnungen, und zwar wie folgt (Urk. 4/10): Urk. fällig am Periode Betrag 4/12a 13.02.2008 01.10.2007 - 31.12.2007 Fr. 16'508.95 4/12b 31.03.2008 Akontorechnung Fr. 8'210.00 4/12c 30.05.2008 Akontorechnung Fr. 8'210.00 4/12d 30.07.2008 Akontorechnung Fr. 8'210.00 4/12e 30.09.2008 Akontorechnung Fr. 8'210.00 4/12f 01.12.2008 Akontorechnung Fr. 8'210.00 4/12g 10.11.2008 01.01.2008 - 30.06.2008 Fr. 7'938.25 4/12h 30.03.2009 Akontorechnung Fr. 9'270.00 4/12i 02.06.2009 Akontorechnung Fr. 9'270.00 Total Fr. 84'037.20 Mit den Rechnungen Urk. 4/12a und Urk. 4/12g wurde über eine bestimmte Periode abgerechnet (sogenannte "Turnusabrechnungen"). Die übrigen Rechnungen betreffen Akontozahlungen, die in der nächsten periodenbezogenen Abrechnung berücksichtigt wurden bzw. berücksichtigt werden sollten.

- 35 - Mit Brief ihres Verwalters vom 28. August 2009 teilte die Beklagte mit, dass künftig keine Zahlungen mehr geleistet würden. Immerhin wurde versprochen, wenigstens die "Verbrauchskosten" zahlen zu wollen; die Kläger wurden gar aufgefordert, dafür "eine separate Rechnung" zu stellen (Urk. 4/9). 11.2. Mit ihrer Klageschrift vom 9. Juli 2010 verlangten die Kläger von der Beklagten mit ihrem Rechtsbegehren Ziff. 1 die Erstattung der Beträge gemäss den folgenden Rechnungen (Urk. 2 Rz 21): Total Fr. 35'712.35 Mit Schreiben vom 11. November 2009 setzten die Kläger der Beklagten eine Frist von 10 Tagen, um die ausstehenden Rechnungsbeträge zu bezahlen; widrigenfalls würde die Betreibung eingeleitet. Gleichzeitig stellten die Kläger der Beklagten "Mahnkosten" von Fr. 15.00 in Rechnung (Urk. 4/6). Mit Zahlungsbe fehl des Betreibungsamtes Herrliberg vom

10. Dezember 2009 betrieben die Klä- ger die Beklagte für einen Betrag von Fr. 35'727.35 (Urk. 4/5). 11.3. Alsdann erweiterten die Kläger zweimal die Klage im Sinne ihres ursprüng- lichen Rechtsbegehrens Ziff. 2. Ein erstes Mal bezifferten die Kläger dieses Rechtsbegehren mit ihrer Replik vom 18. Februar 2011, indem sie geltend mach- ten, dass die weiteren "bis heute aufgelaufenen" und gemäss Vertrag vom 10. Oktober 2006 geschuldeten Forderungen Fr. 83'633.65 betrügen. Eine genaue Bezifferung im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH erfolge "nach Abschluss des Be- weisverfahrens". Die Kläger verweisen in diesem Zusammenhang auf die neu vorgelegten Urkunden Urk. 29/13-15 (Urk. 28 S. 44 f.). Die Beklagte bestreitet in diesem Zusammenhang allerdings, dass "während des geltend gemachten Zeit- raums" "weitere Wärmelieferungen (inkl. Grundpreis) in diesem Umfange" erfolgt seien (Urk. 35 Rz 110). 11.3.1. Auf Grund der Vorbringen der Kläger ist es nicht einfach zu eruieren, wie sich der zusätzlich geltend gemachte Betrag von Fr. 83'633.65 im Einzelnen zu- sammensetzen soll. Die Kläger verweisen dazu einzig auf Urk. 29/13-15 (Urk. 28

- 36 - S. 44 f.). Aus Urk. 29/15 und den daran angehefteten Rechnungen ergibt sich aber Folgendes: Urk. fällig am Akonto/Periode Betrag 29/15c 30.11.2009 Akontorechnung Fr. 10'100.00 29/15d 01.02.2010 Akontorechnung Fr. 10'100.00 29/15e 30.03.2010 Akontorechnung Fr. 10'100.00 29/15f 31.05.2010 Akontorechnung Fr. 10'100.00 29/15g 18.08.2010 01.07.2009 - 30.6.2010 Fr. 12'383.50 29/15h 30.09.2010 Akontorechnung Fr. 10'480.00 29/15i 30.11.2010 Akontorechnung Fr. 10'480.00 29/15j 31.01.2011 Akontorechnung Fr. 10'480.00 29/15k 30.03.2011 Akontorechnung Fr. 10'480.00 29/15l 20.03.2011 Dienstleistung Fr. 1'313.65 Total Fr. 96'017.15 Die Beklagte beanstandete vor erster Instanz zwar diese Zusammenstellung allerdings nicht. Mit Verfügung vom 23. Oktober 2014 wurde den Klägern aufge- geben, sich dazu zu äussern. Aufgegeben wurde den Klägern, dem Gericht dar- zulegen, wie sich das neue Rechtsbegehren gemäss Replikenschrift von Fr. 83'633.65 im Einzelnen zusammensetzt", wobei "die entsprechenden Beweis- urkunden ... nummeriert und zusammen mit einem Aktenverzeichnis nochmals in Kopie und in zweifacher Ausfertigung einzureichen" seien (Urk. 85, Dispositiv-Ziff. 1a). Bereits aus Urk 29/13 ist indessen ersichtlich, dass der Rechnungsbetrag von Fr. 12'383.50 gemäss Turnusabrechnung Urk. 29/15g = Urk. 88/16 am 16. Sep- tember 2010 bezahlt wurde (vgl. "Eingangszahlung" in Urk. 29/13 S. 1). Bestätigt wurde dies im Übrigen auch durch die von den Klägern im Berufungsverfahren eingereichte Urk. 88/32. Bringt man nun vom oben errechneten Betrag von Fr. 96'017.15 den Saldo gemäss Turnusrechnung 2009/10 von Fr. 12'383.50 in Abzug, so ergibt sich in der Tat der von den Klägern geltend gemachte Klagebe- trag von Fr. 83'633.65. Es wäre zu wünschen gewesen, die Kläger hätten sich in ihren Rechtsschriften klarer geäussert. Da die Beklagte die Zusammenstellung als solche indessen nicht beanstandet hat, ist das für einmal hinzunehmen. 11.3.2. Die Kläger führten in der Folge aus, dass der Forderungsbetrag von Fr. 83'633.65 das "Total der Forderungen betreffe, die in der Zeitspanne seit Kla- geanhebung vom 05.03.2010 bis zum Zeitpunkt der Replik aufgelaufen waren". Zwischen Klagebegründung und der Replik vom 18. Februar 2011 hätten die Klä-

- 37 - ger der Beklagten weitere Rechnungen gestellt, nämlich gemäss den "Belegen 12-20" (= Urk. 88/12-20). Gemäss diesen nochmals eingereichten Belegen ergibt sich Folgendes ("Urk. II" verweist auf die Aktennummern des Berufungsverfah- rens, "Urk. I" auf jene des erstinstanzlichen Verfahrens): Urk. II Urk. I fällig am Akonto/Periode Betrag 88/12 29/15c 30.11.2009 Akontorechnung Fr. 10'100.00 88/13 29/15d 01.02.2010 Akontorechnung Fr.

10'100.00 88/14 29/15e 30.03.2010 Akontorechnung Fr. 10'100.00 88/15 29/15f 31.05.2010 Akontorechnung Fr. 10'100.00 88/16 29/15g 18.08.2010 01.07.2009 - 30.6.2010 Fr. 12'383.50 88/17 29/15h 30.09.2010 Akontorechnung Fr. 10'480.00 88/18 29/15i 30.11.2010 Akontorechnung Fr. 10'480.00 88/19 29/15j 30.01.2011 Akontorechnung Fr. 10'480.00 88/20 29/15k 30.03.2011 Akontorechnung Fr. 10'480.00 Total Fr. 94'703.50 In ihrer Eingabe vom 15. November 2014 führen die Kläger weiter aus, dass im Total von Fr. 83'633.65 der Betrag von Fr. 1'313.65 für den Schadenfall vom 31. Mai 2010 eingeschlossen sei (Urk. 86 S. 3). Zählt man zu dem auf Grund der Urk. 88/12-20 ermittelten Gesamttotal die Fr. 1'313.65 gemäss der Rechnung Urk. 25/151 hinzu, so kommt man auf den Betrag von Fr. 96'017.15, der sich gemäss E. 11.3.1. auch auf Grund der erstinstanzlichen Akten errechnen lässt. 11.4. Mit ihrer Eingabe vom 10. Januar 2013 an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 67/16) erhöhten die Kläger ihr Rechtsbegehren 2 von bisher Fr. 83'633.65 um Fr. 93'280.55 auf Fr. 176'914.20. Vorgelegt wurden dabei die folgenden Akonto- rechnungen bzw. "Turnusrechnungen", welche eine bestimmte Periode betreffen: Urk. fällig am Akonto/Periode Betrag 67/17/2j 30.05.2011 Akontorechnung Fr. 10'480.00 67/17/2i 08.08.2011 01.07.2010-30.06.2011 Fr. 9'780.70 67/17/h 30.09.2011 Akontorechnung Fr. 10'410.00 67/17/2f 30.11.2011 Akontorechnung Fr. 10'410.00 67/17/2e 30.01.2012 Akontorechnung Fr. 10'410.00 67/17/2d 30.03.2012 Akontorechnung Fr. 10'410.00 67/17/2c 30.05.2012 Akontorechnung Fr. 10'410.00 67/17/2b 13.08.2012 01.07.2011-30.06.2012 Fr. 8'663.05 67/17/2a 05.11.2012 01.07.2012-30.09.2012 Fr. 13'620.45 Total Fr. 94'594.20

- 38 - Gleichzeitig trugen die Kläger vor, dass in der Zwischenzeit von der Beklag- ten zwei Rechnungen bezahlt worden seien, was in der "nachfolgenden Beziff- rung" berücksichtigt werde (Urk. 67/16 S. 2). Aus Urk. 67/17/1 ist jedenfalls er- sichtlich, dass ein früherer Rechnungsbetrag von Fr. 1'313.65 (vgl. dazu Urk. 25/151) bezahlt worden sein muss: Der Betrag von Fr. 1'313.65 entspricht der Dif- ferenz zwischen dem mit der Eingabe vom 10. Januar 2013 geltend gemachten Mehrbetrag von Fr. 93'280.55 und der Gesamtsumme der dafür eingereichten Be- lege über Fr. 94'594.20. Gemäss Urk. 67/17/1 wurde der Betrag von Fr. 1'313.65 bereits am 16. März 2011 bezahlt. Geltend gemacht wurde er erstmals durch Vor- lage von Urk. 29/15/1 mit der Klageerweiterung gemäss der Replik vom 18. Feb- ruar 2011 (Urk. 28).

E. 12

Die Beurteilung der einzelnen Akontorechnungen und sog. "Turnusrechnun- gen"

E. 12.1

Die Beklagte macht mit ihrer Klageantwort geltend, sie sei bis heute nicht in der Lage zu bestimmen, wie die Finanzierungs- und Amortisationskosten von den Klägern bei der Kalkulation der Grund- und Arbeitspreise in Anschlag ge- bracht würden, da sie sich "bisher unverständlicherweise persistent" geweigert hätten, "diese Grundlagen offen zu legen" (Urk. 12 Rz 39). Demgegenüber mei- nen die Kläger, dass sie die Einberechnung der Investitions- und Amortisations- kosten in den Grund- und Arbeitspreis gemäss Contractingvertrag nicht offen zu legen hätten, denn gemäss Vertrag sei eine "absolute Zahl" vereinbart (Urk. 28 S. 42 f.). In der Tat bestimmt der Vertrag abschliessend, wie die Leistungen der Klä- ger zu entschädigen sind. Vereinbart wurden mit Ziff. 10.2 und 10.3 des Vertrages ein fester Grundpreis sowie ein "Arbeitspreis" pro kWh, die beide allerdings in- dexgebunden sind. Sobald feststeht, wieviel Wärme geliefert wurde und wie sich die

beiden Indexe entwickelt haben, lassen sich die Forderungen der Kläger berechnen. Die Kalkulation der Kläger kann daher keine Rolle spielen.

E. 12.2

Die Kläger verweisen zur Substantiierung ihrer Rechtsbegehren im Wesentlichen auf die ins Recht gelegten Akontorechnungen und "Turnusrechnungen". Es fragt sich, ob damit der Substantiierungspflicht überhaupt genügt werden kann. Substantiiert werden musste die Klage nämlich im erstinstanzlichen Verfah-

- 39 - ren, auf welches noch die zürcherische ZPO anwendbar war. Gemäss § 113 ZPO/ZH hatten die Kläger im Hauptverfahren vor erster Instanz "ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen". Im Abrechnungsprozess kann es genügen, wenn die Parteien in ihren Vorträgen lediglich auf die einzelnen Abrechnungen hinzuweisen. Es braucht nicht jede Position in den Rechtsschriften erwähnt zu werden, solange nicht Einwendungen und Bestreitungen des Prozessgegners dazu Anlass geben. Die Stellungnahme der Beklagten in Klageantwort und Duplik zeigt überdies, dass sie sehr genau verstanden hat, worum es hier geht, nämlich um die einzelnen Abrechnungen der Kläger (vgl. auch unten E. 12.6).

E. 12.3

Die Kläger legen einerseits Akontorechnungen und andererseits sog. "Turnusrechnungen" vor (vgl. die Zusammenstellungen in E. 11). Erstere enthalten einen Akontobetrag, der für eine bestimmte Abrechnungsperiode jeweils pauschal zu leisten ist. Die eigentlichen Abrechnungen, die namentlich auch Angaben über die gelieferten Energiemengen enthalten, sind aber die "Turnusrechnungen". Sie beziehen sich in der Regel auf eine Periode von einem Jahr zwischen Juli und Juni (so: Urk. 4/8, 88/16, 67/17/2i, 67/17/2b). Gewisse Turnusrechnungen betreffen allerdings auch kürzere Perioden (so: Urk. 4/12a, 4/12g, 67/17/2a). In den Turnusrechnungen wird jeweils ein Gesamtbetrag unter Berücksichtigung des gemessenen Wärmeverbrauchs und unter Berücksichtigung des "Fernwärmegrundpreises" errechnet. In Abzug kommen dort jeweils diejenigen Beträge, die mit den Akontorechnungen für die betreffende Abrechnungsperiode in Rechnung gestellt worden sind, und zwar ungeachtet dessen, ob die Akontorechnungen bezahlt worden sind oder nicht. Im Gegenzug werden von den Klägern die Rechnungsbeträge gemäss den Akontorechnungen bei der Berechnung der Forderungssumme berücksichtigt, indem die Erstattung auch der Beträge gemäss den Akontorechnungen verlangt wird.

E. 12.4

Ziff. 10 des Contracting-Vertrages (Urk. 4/1) legt fest, wie der von der Beklagten zu bezahlende "Wärmepreis" zu ermitteln ist. Der vertraglich festgelegte Grundpreis beträgt Fr. 45'735.00 pro Jahr bzw. Fr. 3'811.25 pro Monat. Der Grundpreis ist gemäss Vertrag "entsprechend den Veränderungen des Indexes

- 40 - der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik einmal jährlich" anzupassen, wobei die Basis der Indexstand des Monats Mai 2006 sowie der Grundpreis zu Beginn des Vertragsverhältnisses bildet. Weiter können die Kläger der Beklagten gemäss Contracting-Vertrag einen "Arbeitspreis ... für die gelieferte Wärmemenge" verrechnen, die mit dem in Ziff. 8 des Vertrages vorgesehenen Zähler zu ermitteln ist. Pro Kilowattstunde gelieferte Wärme wurde mit Ziff. 10.3 des Vertrages ein Preis von 5,3 Rappen vereinbart. Dieser Preis wurde an den "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" angebunden. Der "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" ist kein

geläufiger Index wie z.B. der Landesindex der Konsumentenpreise, dem Gerichtsnotorietät im Sinne von Art. 151 ZPO zukommt. Gibt man in einer Suchmaschine den von den Parteien im Vertrag verwendeten Begriff "Index des Strompreises des Bundesamtes für Statistik" ein, stösst man auf keinen solchen Index. Denkbar ist zwar, dass der Elektrizitätswirtschaft solche Indexzahlen zur Verfügung stehen. Ein solcher nicht notorischer Index hätte indessen von den Klägern bereits in erster Instanz in ihren Rechtsschriften einlässlich erörtert werden müssen, und die Indexzahlen hätten für jede einzelne "Turnusrechnung" in den Prozess eingeführt werden müssen. Nur so hätte auch die Gegenpartei dazu Stellung nehmen können. Das haben sie aber nicht getan; nie haben sie dem Gericht erklärt, woher sie ihre Zahlen haben. Mit Verfügung vom 23. Oktober 2014 wurden die Kläger nochmals aufgefordert, darzutun, wie sie ihre Indexierung vorgenommen haben. In der Folge haben sie dem Gericht zwar an einem Beispiel erörtert, wie sie die Rechenoperation vorgenommen haben (Urk. 86 S. 4 f.). Sie stützen sich dabei aber auf Indexzahlen, von denen nicht erörtert wird, woher sie konkret stammen sollen. Auf Grund solcher Vorbringen kann das Gericht die Indexierungen nicht vornehmen. Für die in diesem Prozess verlangte Indexierung des Arbeitspreises muss daher eine Indexierung gemäss Ziff. 10 des Vertrages entfallen. Demgegenüber ist der Index der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik eine im Sinne von Art. 151 ZPO gerichtsnotorische Grösse. Der daran gebundene Grundpreis kann daher mit dem Urteil indexiert werden.

- 41 -

E. 12.5

Für die Bestimmung des Grundpreises gemäss Ziff. 10 des Vertrages kommt es auf die einzelnen Turnusrechnungen an; die dazugehörigen Akonto-rechnungen haben demgegenüber keine selbständige Bedeutung. Auszugehen ist dabei von einem zu indexierenden Grundpreis von Fr. 3'811.25 pro Monat. Damit ergibt sich Folgendes: Urk. Periode Monate Betrag 4/8 01.07.2008 - 30.06.2009 12 Fr. 45'735.00 29/15g = 88/16 01.07.2009 - 30.06.2010 12 Fr. 45'735.00 67/17/2i 01.07.2010 - 30.06.2011 12 Fr. 45'735.00 67/17/2b 01.07.2011 - 30.06.2012 12 Fr. 45'735.00 67/17/2a 01.07.2012 - 30.09.2012 3 Fr. 11'433.75 Total Fr. 194'373.75 Vom Gesamtbetrag Fr. 194'373.75 wird noch jener Anteil des Grundpreises in Abzug kommen, der bereits über die Teilrechnung 2008/09 (Urk. 29/15a) und den Saldo der "Turnusrechnung" 2009/10 (Urk. 29/15g = Urk. 88/16) bezahlt wurde. Wie bereits ausgeführt wird der Grundpreis mit dem Urteil zu indexieren sein. Insoweit wird die Klage grundsätzlich gutzuheissen sein.

E. 12.6

Zu berechnen ist alsdann der geschuldete "Arbeitspreis" gemäss Ziff. 10 des Vertrages, und zwar auf der Basis eines nicht indexierten Vertragspreises von Fr. 0,053 pro gelieferte Kilowattstunde Wärme. Wo aber in der Abrechnung der Kläger von einem geringeren als dem vertraglich vorgesehenen Einheitspreis von Fr. 0,053 ausgegangen wird, ist dieser zu übernehmen (Urk. 4/8: Fr. 0.0528 statt Fr. 0,053).

E. 12.6.1

Es ergibt sich dabei Folgendes: Urk. Periode Fr./kWh kWh Betrag 4/8 01.07.2008 - 30.06.2009 0.0528 171'495 Fr. 9'054.94 29/15g = 88/16 01.07.2009 - 30.06.2010 0.0530 206'253 Fr. 10'931.41 67/17/2i 01.07.2010 - 30.06.2011 0.0530 177'019 Fr. 9'382.01 67/17/2b 01.07.2011 - 30.06.2012 0.0530 143'166 Fr. 7'587.80 67/17/2a 01.07.2012 -

30.09.2012 0.0530 14'525 Fr. 769.83 Total 712'458 Fr. 37'725.98 Damit ist der Betrag von Fr. 37'725.98 der Höchstbetrag, welcher den Klägern unter dem Titel "Arbeitspreis" zusteht. Allerdings wird auch hier der Anteil "Arbeitspreis" in Abzug zu bringen sein, welcher von der Beklagten mit den Teil-

- 42 - rechnungen 2008/09 (Urk. 29/15a) und der Ausgleichung des Saldos gemäss "Turnusrechnung" 2009/10 (Urk. 29/15g = Urk. 88/16) bereits bezahlt worden ist.

E. 12.6.2

Die Beklagte bestritt mit ihrer Klageantwort allerdings die geltend gemachten Forderungen nicht nur im Grundsatz, sondern auch bezüglich des Masses. Sie wirft den Klägern vor, sie hätten es im Prozess unterlassen, "die Höhe der geltend gemachten Forderungen im Einzelnen darzulegen und zu begründen". Es werde daher bestritten, dass selbst bei gegebener Passivlegitimation der Beklagten die Beträge von Fr. 25'612.35 (Turnusabrechnung gemäss Urk. 4/8), Fr. 10'100.00 (Akontozahlung gemäss Urk. 4/7) sowie die Mahngebühr von Fr. 15.00 (gemäss Urk. 4/6) "nach Massgabe des Contractingvertrages" geschuldet seien. Bestritten werde namentlich auch die auf der "Turnusrechnung vom 13. Juli 2009 (Urk. 4/8) aufgeführte Wärmeleistung von 98 kW sowie der dort vermerkte Wärmeverbrauch von 171'495.00 kWh (Urk. 12 Rz 58). Nachdem die Kläger mit ihrer Eingabe vom 10. Januar 2013 (Urk. 67/16) die Klage um weitere Fr. 94'594.20 erweitert haben, äusserte sich die Beklagte mit Eingabe vom 1. Oktober 2013 (Urk. 67/23) in dem Sinne, dass sie die geltend gemachten zusätzlichen Forderungen bestreite und an ihren bisherigen Darlegungen festhalte. Gegen die Klageerweiterung als solche erhebe sie "keine prozessuale Einwände" (Urk. 67/23 S. 1). Mit ihrer erstinstanzlichen Duplik bestritt die Beklagte erneut, dass sie die Wärmeenergie "im Umfang der in Rechnung gestellten bzw. eingeklagten Forderungen effektiv" bezogen habe (Urk. 35 Rz 108). An dieser Bestreitung hält die Beklagte gemäss ihrer jüngsten Eingabe an das Obergericht fest (Urk. 90 S. 8). Damit ist streitig, ob die Kläger die von ihnen in Rechnung gestellte Energie, die gemäss den in Ziff. 8 des Vertrages aufgestellten Regeln zu ermitteln war, überhaupt geliefert haben. Die Vorinstanz hätte darüber ein Beweisverfahren durch einen Beweisaufhebungsbeschluss gemäss § 136 ZPO/ZH eröffnen müssen.

E. 13

Rückweisung; Aufhebung der Urteile der Bezirksgerichte Meilen und Zürich

E. 13.1

Nach dem Gesagten (vgl. E.12.6) wird der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen sein. Die Sache ist daher gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die erste Instanz zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Die erste Instanz wird auch über die weiteren offenen An-

- 43 - träge zu befinden haben (Verzugszins, Rechtsvorschlag). Da der gesamte Prozess bei der Berufungsinstanz liegt, ist dieser Prozess gesamthaft an eine einzige Vorinstanz zurückzuweisen. Die Kläger bestehen auf einer öffentlichen Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. dazu oben E. 5.3.). Vor seiner Entscheidung in der Sache wird das zuständige Bezirksgericht daher eine öffentliche Verhandlung durchzuführen haben (vgl. dazu: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., Kehl am Rhein 2009, N. 195 zu Art. 6 EMRK)

E. 13.2

Der Beschluss des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011, mit dem auf die Klage insoweit nicht eingetreten wurde, als die "eingeklagten Forderungen mit Ansprüche aus Vertrag begründet werden" (Urk. 47 S. 32), ist zwar unangefochten geblieben. Dennoch ist dieser Beschluss des Bezirksgerichts Meilen, soweit er dessen Zuständigkeit teilweise beibehält, unzulässig, weil er darauf ausgerichtet ist, die Zuständigkeit für die Beurteilung der Klage entsprechend der sich im Prozess stellenden Rechtsfragen auf verschiedene erstinstanzliche Gerichte zu verteilen, die gleichzeitig und unabhängig von einander für die Klagebeurteilung zuständig sein sollen. Das geht nicht an. Mit Ziff.14 des Contractingvertrages vereinbarten die Parteien klarerweise den Gerichtsstand Zürich. Damit hätte die Klage an das für die Stadt Zürich zuständige erstinstanzliche Gericht gerichtet werden müssen. Wenn die Kläger die Klage statt dessen zunächst an das Bezirksgericht Meilen richteten, weil mit der Gerichtsstandsvereinbarung gemäss Ziff. 14 des Vertrages nicht klar sei, ob damit der Kanton Zürich oder die Stadt Zürich gemeint sei (Urk. 2 S. 6), war das abwegig. Die Sache ist daher gesamthaft an das Bezirksgericht Zürich zurückzuweisen, wobei dessen Urteil vom 10. Dezember 2013 aufzuheben ist (vgl. dazu auch oben E. 4).

E. 13.3

Mit der Berufung vom 6. Dezember 2011 haben die Kläger auch das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 angefochten (Urk. 46). Dispositiv-Ziff. 1 dieses Urteils, mit dem die Klage abgewiesen wurde, ist ohne weiteres aufzuheben, denn zuständig für die Beurteilung der Klage kann nur ein einziges Bezirksgericht sein.

- 44 -

E. 14

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 14.1

Angesichts des Ergebnisses des Berufungsverfahrens rechtfertigt es sich, im Sinne von Art. 104 Abs. 4 ZPO die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens dem Bezirksgericht Zürich zu überlassen. Die Gerichtsgebühr ist entsprechend den Berufungsanträgen der Kläger auf Grund eines Streitwertes von Fr. 212'641.55 festzusetzen.

E. 14.2

Das Bezirksgericht Meilen hat für sein Verfahren mit Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 seines Urteils die Kosten- und Entschädigungsfolgen geregelt. Die Kläger haben seinerzeit mit ihrer Klage vom 9. Juli 2010 (Urk. 2) ein unzuständiges Bezirksgericht angerufen (vgl. dazu oben E. 13.2). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, die Kostenregelung gemäss dem Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 zu bestätigen. Die Kläger werden damit kosten- und entschädigungspflichtig für das von ihnen zu Unrecht in Meilen angehobene Verfahren. Es wird beschlossen: 1. Auf die Anträge Ziff. 1 c) gemäss Eingabe vom 30. April 2014 sowie gemäss Berufungsreplikschrift vom 10. Juli 2014 wird nicht eingetreten. 2. Auf den Antrag der Kläger gemäss ihrer Berufungsreplikschrift, es seien die Gerichtsgebühren und die Parteientschädigungen zu reduzieren, wird nicht eingetreten. 3. Dispositiv-Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 (Abweisung der Klage) wird aufgehoben. 4. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (6.

Abteilung) vom 10. Dezember 2013 wird aufgehoben, und die Sache wird gesamthaft zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Bezirksgericht Zürich zurückgewiesen.

- 45 - 5. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 12'000.00 festgesetzt. Grundbuchauszüge Fr. 158.00. 6. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden vereinigten Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich vorbehalten. 7. Es wird vorgemerkt, dass die Kläger im Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB110078 einen Kostenvorschuss von Fr. 9'500.00 und im Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB140011 einen Kostenvorschuss von Fr. 13'200.00 geleistet haben. 8. Die Dispositiv-Ziff. 2, 3 und 4 (Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen) des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 werden bestätigt. 9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (einschliesslich Nebenintervenientin), sowie die Bezirksgerichte Meilen und Zürich (6. Abteilung), je gegen Empfangsschein. 10. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen sämtliche erst- und zweitinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich (6. Abteilung). 11. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist bezüglich der Dispositiv-Ziff. 1, 2, 3 und 8 ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, im Übrigen ist dieser Entscheid ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 212'641.55. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 46 - Zürich, 4. Februar 2015 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. H. Dubach versandt am: mc

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.