

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110078-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Beschluss vom 4. Februar 2015

in Sachen

A._____ [Energieversorgungsunternehmen],
Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

sowie

B._____ AG,
Nebenintervenientin

gegen

Stockwerkeigentümergeinschaft C._____,
Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

**Berufungen gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom
2. November 2011 (CG10051-G) sowie ein Urteil des Bezirksgerichtes
Zürich, 6. Abteilung, vom 10. Dezember 2013 (CG110149-L)**

Rechtsbegehren:

Gemäss Klageschrift (an das Bezirksgericht Meilen) vom 9. Juli 2010 (Urk. 2 S. 2):

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 35'727.35 zuzüglich Zinsen von 5 % seit dem 19. November 2009, sowie zuzüglich der Betreuungskosten von CHF 100.– zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Herrliberg, Zahlungsbefehl vom 10. Dezember 2009, zu beseitigen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die weiteren, bis zum Urteil periodisch fällig werdenden, sich aus dem Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag vom 10. Oktober 2006 ergebenden Forderungen zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Präzisierung von Rechtsbegehren 2 gemäss Replikschrift an das Bezirksgericht Meilen vom 18. Februar 2011 (sinngemäss; Urk. 28 S. 3):

- "2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen weiteren Betrag von CHF 83'633.65 (exkl. Verzugszinsen) zu bezahlen. Eine genaue Bezifferung des Rechtsbegehrens 2 erfolgt spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens unter Berücksichtigung der bis dahin aufgelaufenen Forderungen."

Präzisierung von Rechtsbegehren 2 gemäss Eingabe der Kläger an das Bezirksgericht Zürich vom 10. Januar 2013 (sinngemäss; Urk. 67/16 S. 3):

- "2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen weiteren Betrag von CHF 176'914.20 (vorbehältlich Verzugszinsen) zu bezahlen. Eine genaue Bezifferung des Rechtsbegehrens 2 erfolgt spätestens nach Abschluss des Beweisverfahrens unter Berücksichtigung der bis dahin aufgelaufenen Forderungen."

Beschluss und Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011
(Proz.-Nr. CG100051; Urk. 47 S. 32 f.):

"Es wird beschlossen:

1. Auf die Klage wird nicht eingetreten, soweit die eingeklagten Forderungen mit Ansprüchen aus Vertrag begründet werden.
2. Der **Klägerin** läuft eine **Frist von 30 Tagen** ab Zustellung dieses Urteils, um mit Bezug auf die geltend gemachten Ansprüche aus Vertrag schriftlich die Überweisung des Prozesses an ein von ihr als zuständig erachtetes Gericht zu beantragen.
Im Unterlassungsfall unterbleibt eine Überweisung des Prozesses.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt mit nachfolgendem Urteil.
4. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Urteil.
5. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Sodann wird erkannt:

1. Die Klage wird, soweit auf diese eingetreten wird, abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 7'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 15'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6 % auf CHF 12'000.– und von 8% auf CHF 3'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Urteil des Bezirksgerichts Zürich (6. Abteilung) vom 10. Dezember 2013
(Proz.-Nr. CG110149; Urk. 67/31 S. 63 f.):

"Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 10'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen."

Berufungsanträge:

der Kläger und Appellanten zum Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. November 2011 (Urk. 46 S. 2; Proz.-Nr. LB110078):

- "1. Das Obergericht Zürich habe das angefochtene Urteil der Vorinstanz (Urteil vom 2. November 2011 des Bezirksgerichts Meilen, Geschäfts-Nr. CG100051/U/Mr-Ry/mj, Urteil Dispositiv Ziff. 1-4 auf S. 32 unten, hiermit insbesondere angefochten bezüglich Abweisung der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und faktischem Vertrag, Gerichtsgebühr, Kostenaufgabe und Prozessentschädigung) vollumfänglich aufzuheben, neu zu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO), und habe die Klage der Klägerin vom 9. Juli 2010 gutzuheissen.
2. Prozessualer Antrag: Das Obergericht Zürich habe den Berufungsprozess bis zur rechtskräftigen Beurteilung der vertraglichen Ansprüche durch das Bezirksgericht Zürich (resp. die höheren Instanzen) zu sistieren (Art. 126 Abs. 1 ZPO). Nach späterer Aufhebung der Sistierung sei alsdann in vorliegendem Berufungsverfahren eine Verhandlung durchzuführen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Beklagten."

der Kläger und Appellanten zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, vom 10. Dezember 2013 (Urk. 67/30 S. 3; Proz.-Nr. LB140011):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, Geschäfts-Nr. CG110149-L/U, vom 10. Dezember 2013, sei aufzuheben und die Klage der Klägerin gutzuheissen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8% MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Beschluss der Berufungsinstanz vom 7. April 2014 (Urk. 68):

- "1. Das Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB110078 wird wieder aufgenommen.
2. Das Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB140011 wird mit dem Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB110078 vereinigt und unter dieser Prozessnummer weitergeführt. Das Berufungsverfahren Proz.-Nr. LB140011 wird abgeschlossen."

Konsolidierte Berufungsanträge der Kläger gemäss Ziff. 3 des Beschlusses der Berufungsinstanz vom 7. April 2014 (Urk. 68 und Urk. 74):

- "1. Die angefochtenen Urteile des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, Geschäfts-Nr. CG110149-L, Urteil vom 10. Dezember 2013, sowie des Bezirksgerichts Meilen, Urteil vom 2. November 2011, Geschäfts-Nr. CG100051/U, seien aufzuheben, und
 - a) die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 35'727.35 zuzüglich Zinsen von 5% seit dem 19.11.2009, sowie zuzüglich der Betreuungskosten von CHF100.- zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr.... des Betreibungsamtes Herrliberg zu beseitigen; und
 - b) die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin die weiteren, periodisch fällig gewordenen, sich aus dem Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag vom 10. Oktober 2006 ergebenden und für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2012

angefallenen Forderungen im Betrag von CHF 176'914.20 zu bezahlen; ebenfalls zuzüglich Verzugszinsen von 5% ab dem 1. Januar 2013; insgesamt somit CHF 212'641.55 (Total der Rechtsbegehren gemäss Ziffern 1. a) und 1.b); zuzüglich genannter Verzugszinsen und Betreuungskosten), und

c) es sei im Dispositiv des Urteils davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Berufungsklägerin das Nachklagerecht für die ab dem 1. Januar 2013 weiter auflaufenden Forderungen vorbehält.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MwSt zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Berufungsantrag der Beklagten (Urk. 77 S. 2):

"Die beiden Berufungen der Klägerin seien vollumfänglich abzuweisen, und die beiden angefochtenen erstinstanzlichen Urteile seien zu bestätigen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

Berufungsantrag der Kläger gemäss Berufungsreplikschrift (Urk. 79 S. 3 f.):

- "1. Die angefochtenen Urteile des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, Geschäfts- Nr. CG110149-L, Urteil vom 10. Dezember 2013, sowie des Bezirksgerichts Meilen, Urteil vom 2. November 2011, Geschäfts-Nr. CG100051/U, seien aufzuheben, und

a) die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin die in Betreuung gesetzte Forderung von CHF 35'727.35 zuzüglich Zinsen von 5% seit dem 19.11.2009, sowie zuzüglich der Betreuungskosten von CHF 100.- zu bezahlen, und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Herrliberg zu beseitigen; und

b) die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin die weiteren, periodisch fällig gewordenen, sich aus dem Anlagebau- und Wärmeenergieliefervertrag vom 10. Oktober 2006 ergebenden und für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2012 angefallenen Forderungen im Betrag von CHF 176'914.20 zu bezahlen; ebenfalls zuzüglich Verzugszinsen von 5% ab dem 1. Januar 2013; insgesamt somit CHF 212'641.55 (Total der Rechtsbegehren gemäss Ziffern 1. a) und 1.b); zuzüglich genannter Verzugszinsen und Betreuungskosten), und

c) es sei im Dispositiv des Urteils davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Berufungsklägerin das Nachklagerecht für die ab dem 1. Januar 2013 weiter auflaufenden Forderungen vorbehält.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% MwSt zu Lasten der Berufungsbeklagten.

Zudem wird hiermit folgender neuer Antrag gestellt:

3. Die von den Vorinstanzen festgesetzten Gerichtsgebühren und Prozessentschädigungen seien zu reduzieren."

Ergänzender Berufungsantrag der Beklagten gemäss Berufungsduplik-schrift (sinngemäss; Urk. 83 S. 2):

Auf den mit der Berufungsreplik gestellten neuen Berufungsantrag sei nicht einzutreten.

Inhaltsverzeichnis

1. Sachverhalt	8
2. Prozessverlauf: Die beiden erstinstanzlichen Verfahren	12
3. Prozessverlauf: Obergerichtliches Verfahren	13
4. Örtliche Zuständigkeit.....	15
5. Weitere prozessuale Fragen	16
6. Contractingvertrag	19
7. Handlungsfähigkeit der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses	23
8. Contractingvertrag: Der Vertragsschluss zwischen den Klägern und der Beklagten.....	27
9. Contractingvertrag: Tatsächlicher Konsens?.....	32
10. Ungerechtfertigte Bereicherung; faktisches Vertragsverhältnis	34
11. Quantitativ	34
12. Die Beurteilung der einzelnen Akontorechnungen und sog. "Turnusrechnungen"	38
13. Rückweisung; Aufhebung der Urteile der Bezirksgerichte Meilen und Zürich	42
14. Kosten- und Entschädigungsfolgen	44

Erwägungen:

1. Sachverhalt

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).

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 (Grundbuchblätter ...). Die Eigentümer dieser 20 Stockwerkeinheiten bilden die erwähnte am 6. Juli 2006 ins Grundbuch eingetragene Stockwerkeigentümergeinschaft (Urk. 69).

Die Parzelle Kat.-Nr. 1 ist das Nachbargrundstück zu der erwähnten Parzelle Kat.-Nr. 2. Sie umfasst ein Gebäude mit einer Unterniveaugarage mit 50 Abstellplätzen, welche für die Bewohner des Gebäudes auf Kat.-Nr. 2 gedacht sind. Seit dem 6. Juli 2006 ist diese Parzelle mit 50 Abstellplätzen in Miteigentum aufgeteilt, wobei jedem Miteigentümer eine Miteigentumsquote von $\frac{1}{50}$ zukommt (Grundstücke Grundbuch-Blätter ...). Es besteht eine "Nutzungs- und Verwaltungsordnung" (Urk. 70).

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 Überbauung 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 entsprechende Grundbuchanmeldung wurde am 6. Juli 2006 diese Stockwerkeigen-

tumsbegründung mit 20 Stockwerkeinheiten im Grundbuch eingetragen; angemerkt wurde im Grundbuch sodann auch das Reglement vom 12. April 2006 betreffend die 20 Stockwerkeinheiten umfassende Stockwerkeigentümergeinschaft (Urk. 69). Alleineigentümerin aller Stockwerkeinheiten blieb einstweilen die Nebenintervenientin. Am 6. Juli 2006 wurde das Reglement der "Stockwerkeigentümergeinschaft C._____" im Grundbuch angemerkt (Urk. 69; Urk 4/3 S. 2).

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 Stockwerkeigentums) und dem 10. Oktober 2006 (Datum des Vertrags mit den Klägern) abgeschlossen. 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).

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 Pflicht-

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.

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).

1.6. Am 30. bzw. am 31. Januar 2007 unterzeichneten die Nebenintervenientin in ihrer Eigenschaft "als Eigentümerin sämtlicher Stockwerkeinheiten an Kat.-Nr. 2 (GGBI. ...)" sowie "als Eigentümerin sämtlicher Miteigentumsanteile an Kat.-Nr. 1 (GGBI. ...)" 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-

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).

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).

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."

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.

... 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 unangefochten. 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).

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.-

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 6. Oktober 2014 zugestellt (Urk. 84).

3.5. Mit Verfügung des obergerichtlichen Referenten vom 23. Oktober 2014 (Urk. 85) wurden die Kläger in Anwendung von Art. 56 ZPO aufgefordert, im Einzelnen darzulegen, (i) wie sich der Klagebetrag von Fr. 83'633.65 zusammensetze, einen Antrag zu stellen, wie bezüglich des Klagebetrages Fr. 1'313.65 vorzugehen ist sowie bezüglich jeder einzelnen "Turnusabrechnung" darzulegen, wie die Faktoren "Grundpreis" und "Arbeitspreis" in die Abrechnung eingeflossen sind und wie die Indexierungen von "Grundpreis" und "Arbeitspreis" konkret vorgenommen werden. Die Kläger nahmen mit Eingabe vom 15. November 2014 dazu Stellung (Urk. 86), während die Beklagte diese Stellungnahme am 5. Januar 2015 schriftlich beantwortete (Urk. 86). Diese Eingabe der Beklagten wurde den Klägern mit Verfügung vom 7. Januar 2015 zugestellt (Urk. 91).

4. Örtliche Zuständigkeit

4.1. Auf das vorinstanzliche Verfahren war gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das zürcherische Prozessrecht anwendbar. Demgegenüber kommen auf das Berufungsverfahren die Bestimmungen der ZPO zum Zuge (Art. 404 Abs. 1 und 405 Abs. 2 ZPO). Allerdings bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit nach neuem Recht, wobei eine nach altem Recht bestehende Zuständigkeit erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

4.2. Das Bezirksgericht Meilen ist zum Schluss gekommen, dass es wegen der Gerichtsstandsvereinbarung im sog. Contractingvertrag für vertragliche Ansprüche nicht zuständig sei, indessen gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. b GestG (entspricht heute Art. 29 Abs. 1 lit. b ZPO) insoweit für die Beurteilung zuständig sei, als sich die Kläger auf nicht vertragliche Ansprüche (faktisches Vertragsverhältnis bzw. ungerechtfertigte Bereicherung) stützen. Diese Zuständigkeitsregelung des Bezirksgerichts Meilen wurde von den Parteien zwar hingenommen, kann aber dennoch nicht massgeblich sein: Die Kläger beriefen sich im Hauptstandpunkt klar auf vertragliche Ansprüche. Lediglich im Sinne einer rechtlichen Eventualbegründung stützten sie ihre Ansprüche auch auf ein faktisches Vertragsverhältnis (Urk. 28 S. 38 - 40) bzw. auf die Regeln betreffend ungerechtfertigte Bereicherung (Urk. 28 S. 40 f.). Eine solche rechtliche Eventualbegründung beeinflusst den Streitgegenstand nicht: Die Kläger machen einen einzigen Anspruch aus dem gleichen Lebensvorgang geltend, den sie lediglich mit verschiedenen rechtlichen Begründungen zu untermauern suchen. Das kann bezüglich der im Sinne einer Eventualbegründung dem Gericht vorgetragene(n) Rechtsfrage(n) nicht zu verschiedenen örtlichen Zuständigkeiten führen. Wären bei Vorliegen einer Haupt- und einer Eventualbegründung für den gleichen Anspruch verschiedene Gerichte zuständig, dann bestünde die Gefahr, dass die gleiche Klage durch mehrere Gerichte gutgeheissen werden könnte. Wird der gleiche Anspruch mit einer Haupt- und einer Eventualbegründung versehen, dann muss sich die örtliche Zuständigkeit vielmehr nach der Hauptbegründung richten. Im vorliegenden Fall stützt sich der Hauptanspruch der Kläger auf den Contractingvertrag, der am 10. Oktober 2006 von der Nebenintervenientin namens der Beklagten unterzeichnet wurde (Urk.

4/1). Mit Ziff. 14 dieses Vertrages legten die Vertragsparteien den Gerichtsstand Zürich fest. Entgegen der Meinung der Kläger (Urk. 2 S. 6) ist damit nicht etwa das Bezirksgericht Meilen das für die Beurteilung der Klage zuständige erstinstanzliche Gericht, sondern einzig das Bezirksgericht Zürich. Die für Klagen gegen Stockwerkeigentümergeinschaften in Art. 19 Abs. 1 lit. b GestG bzw. Art. 29 Abs. 1 lit. b ZPO vorgesehene Zuständigkeit des Gerichts am Ort, an dem das Grundstück aufgenommen ist, ist nämlich nicht zwingend und kann daher durch eine Gerichtsstandsvereinbarung derogiert werden. Auch wenn seitens der Beklagten die Verbindlichkeit des fraglichen Contractingvertrages bestritten wird, so ist im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GestG bzw. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO das Gericht am vereinbarten Gerichtsstand dennoch einzig zuständig. Als doppelrelevante Tatsache ist die Verbindlichkeit des Contractingvertrages für die Beklagte sowohl für die Begründetheit des geltend gemachten Anspruches als auch für die Frage der örtlichen Zuständigkeit des anzurufenden Gerichts von Belang. Da die Nebenintervenientin im Zeitpunkt, als sie den Contractingvertrag unterzeichnete, sämtliche Stockwerkanteile auf sich vereinigte, wurde die Gerichtsstandsvereinbarung ungeachtet der Bedeutung des Contractingvertrages für die Beklagte im Sinne von Art. 9 Abs. 2 GestG bzw. Art. 17 Abs. 2 ZPO schriftlich bzw. in einer Form vereinbart, die den Nachweis durch Text ermöglicht. Das muss genügen, denn für die Zuständigkeitsprüfung ist hinsichtlich der Verbindlichkeit des Contractingvertrages einzig auf die Vorbringen der Kläger abzustellen; im Sinne einer doppelrelevanten Tatsache ist die Verbindlichkeit des Vertrages einstweilen vorauszusetzen (vgl. Orelli, in Müller/Wirth, Gerichtsstandsgesetz, N. 31 zu Art. 34 GestG). Damit wäre das Bezirksgericht Zürich für die Beurteilung der Klage sowohl unter dem Gesichtspunkt der Hauptbegründung als auch unter dem Gesichtspunkt der Eventualbegründung zuständig gewesen.

5. Weitere prozessuale Fragen

5.1. Im Berufungsverfahren sind die Berufungsanträge des Berufungsklägers in der Berufungsschrift gemäss Art. 311 ZPO zu stellen. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO nur zulässig, wenn einerseits die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind (d.h. der neue An-

spruch steht in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bisher geltend gemachten *oder* die Gegenpartei stimmt der Klageänderung zu) und andererseits die verlangte Klageänderung auf zulässigen neuen Tatsachen beruht. Zulässig sind gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur solche neuen Tatsachen, die ohne Verzug vorgebracht werden und die überdies trotz zumutbarer Sorgfalt nicht bereits vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

5.1.1. Gegenüber den beiden Berufungsschriften stellen die Kläger mit ihrer Eingabe vom 30. April 2014 (Urk. 74) sowie mit der Berufungsrepliksschrift vom 10. Juli 2014 (Urk. 79) den Antrag, "es sei im Dispositiv des Urteils davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Berufungsklägerin das Nachklagerecht für die ab dem 1. Januar 2013 weiter auflaufenden Forderungen vorbehält" (Anträge Ziff. 1c). Einen solchen Antrag haben die Kläger vor den Vorinstanzen nie gestellt, und die Voraussetzungen für eine Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO sind offensichtlich nicht gegeben. Im Sinne von § 61 Abs. 2 ZPO/ZH haben die Kläger ihre aus dem Contractingvertrag aufgelaufenen Forderungen bis Ende 2012 beziffert. Nur insoweit kann daher im vorliegenden Verfahren ein Urteil überhaupt materiell rechtskräftig werden (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. e und Art. 65 ZPO). Die Kläger können daher, ohne dass das Gericht etwas anzuordnen hätte, ungeachtet des Ausgangs dieses Verfahrens ihre einen späteren Zeitraum beschlagenden Forderungen aus dem Dauerschuldverhältnis jederzeit gerichtlich geltend machen. Bezüglich des erwähnten Berufungsantrages gebricht es den Klägern daher eines schutzwürdigen Interesses (vgl. Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Auf diese Anträge ist daher nicht einzutreten.

5.1.2. Mit ihrer Berufungsrepliksschrift stellen die Kläger den neuen Antrag, die Gerichtsgebühren und Prozessentschädigungen gemäss den angefochtenen Urteilen seien zu reduzieren. Auch auf diesen neuen Antrag ist ohne weiteres nicht einzutreten, weil die Voraussetzungen für eine Abänderung oder Ergänzung der Berufungsanträge im Sinne von Art. 317 ZPO fehlen.

5.2. Mit ihrer Klageschrift verkündeten die Kläger der "B'._____ AG" im Sinne von § 46 Abs. 1 ZPO/ZH den Streit. Die "B'._____ AG" war damals in ... domiziliert und firmierte seit dem 31. Januar 2011 als "B._____ AG" (Urk. 61). Am 28. Juni

2013 verlegte die Gesellschaft ihren Sitz nach ... und firmiert seither als "B._____ AG" (Urk. 62). Auf die Fristansetzung der Vorinstanz vom 15. November 2010 hin, wurde der heutigen "B._____ AG" aufgegeben zu erklären, ob sie im Sinne von § 47 Abs. 1 ZPO/ZH dem Prozess als Nebenintervenientin beitrete (Urk. 14). Am 26. November 2010 teilte sie dem Bezirksgericht Meilen mit, dass sie dem Prozess als Nebenintervenientin beitrete (Urk. 17). In der Folge verhielt sich die (heutige) "B._____ AG" im Prozess allerdings passiv.

Vor Obergericht gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO schweizerisches Prozessrecht. Die seinerzeitige Erklärung der "B._____ AG" gegenüber dem Bezirksgericht Meilen hat im Berufungsverfahren die Bedeutung einer Erklärung gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. a ZPO. Die "B._____ AG" hat daher im Sinne von Art. 76 Abs. 1 ZPO das Recht (nicht aber die Pflicht), als Nebenintervenientin die Kläger nach Massgabe der Prozessordnung im Prozess zu unterstützen.

5.3. Weder das Bezirksgericht Meilen noch das Bezirksgericht Zürich haben eine Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchgeführt. Beide Bezirksgerichte haben mithin einen reinen Aktenprozess geführt (Prot. Bezirksgericht Meilen vor Urk. 1; Prot. Bezirksgericht Zürich vor Urk. 67/1). Die Kläger verlangen vor Obergericht ausdrücklich die Anordnung einer Berufungsverhandlung (Urk. 46, Antrag Ziff. 2; Urk. 67/30 S. 3, Ziff. 2 der prozessualen Anträge; Urk. 79 Rz 30). Angesichts dieser Haltung der Kläger wird vor einem materiellen Entscheid eine Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchzuführen sein.

5.4. Der Referent hat mit Verfügung vom 23. Oktober 2014 (Urk. 85) die Kläger in Anwendung von Art. 56 ZPO (gerichtliche Fragepflicht) eingeladen, zur Zusammensetzung der Klagebegehren sowie zur Art und Weise der Indexierung weitere Ausführungen zu machen. Die Kläger kamen dieser Aufforderung mit Eingabe vom 15. November 2014 (Urk. 86) nach, wozu die Beklagte mit Eingabe vom 5. Januar 2015 (Urk. 90) ihrerseits Stellung nahm. Die Beklagte beanstandet, dass den Klägern gestützt auf Art. 56 ZPO Gelegenheit gegeben wurde, ihren Standpunkt zu erhellen. In der Tat kann die gerichtliche Fragepflicht nicht dazu dienen, prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen. Ob das Gericht eingreifen soll, hängt von den konkreten Umständen ab. Bei anwaltlich ver-

tretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht jedenfalls "nur eine sehr eingeschränkte Tragweite" (BGer 4A_336/2014 vom 18. Dezember 2014, E. 7.6). Im vorliegenden Fall ist der Referent mit seiner Verfügung vom 23. Oktober 2014 jedenfalls sehr weit gegangen. Ob sich die Verfügung noch im Rahmen von Art. 56 ZPO hielt, kann offen bleiben: Mit ihrer Eingabe vom 15. November 2014 haben die Kläger nichts zur Klärung des Rechtsbegehrens gemäss Replikschrift beigetragen (vgl. unten E. 11.3.1). Und auch bezüglich der Indexierung von Grundpreis und Arbeitspreis wurden mit dieser Eingabe nichts Konkretes vorgetragen, was eine Indexierung erlauben würde (vgl. unten E. 12.4). Das Gericht stützt sich jedenfalls bei der Entscheidungsfindung in keinem Punkte auf die Eingabe der Kläger vom 15. November 2014.

6. Contractingvertrag

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-

bei geht der Contractingnehmer oft eine Exklusivbezugsverpflichtung ein und verpflichtet sich in jedem Fall zur Bezahlung eines Entgelts (Weber / Kratz, a.a.O., § 7 Rz 168). In der Regel kommt ein dreistufiges Preissystem zur Anwendung, indem ein einmaliger Anschlusspreis, ein jährlicher fester Grundpreis für die Bereitstellung sowie ein konsumabhängiger Energiepreis festgesetzt wird (Brandner, a.a.O., S. 1518; Weber / Kratz, a.a.O., § 7 Anm. 451). Das Anlagen-Contracting ist ein zusammengesetzter Innominatvertrag, der aus einer Mischung gesetzlich geregelter, aber auch nicht geregelter Vertragstypen besteht. Es sind Elemente des Sukzessivlieferungsvertrages, aber auch der Leihe, der Miete, des Werkvertrages und des Auftrages vorhanden (Brandner, a.a.O., S. 1518, Weber / Kratz, a.a.O., Rz 168).

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).

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.

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 ihrem Entscheid, 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.

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-

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.

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 ande-

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

7. Handlungsfähigkeit der Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

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._____, Grundkatas-
ternummer 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.

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. 712I 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

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.

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:

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

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.

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 Rechtsgrundausweis 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).

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" abhängen (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 Stockwer-

keigentümer im Grundbuch eingetragen sind" (Rz 222). Eine nähere Begründung für ihre Rechtsauffassung geben diese Autoren allerdings nicht.

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*).

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.

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. 712I 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.

8. Contractingvertrag: Der Vertragsschluss zwischen den Klägern und der Beklagten

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

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 Heizanlage 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 Heizanlage 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 Contractingvertrag 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).

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.

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

in Einklang gebracht werden können, dürfen nämlich gutgläubige Dritte von der Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft ausgehen (Wermelinger, ZHK, N. 116 zu Art. 712I ZGB). Auch die These des Bezirksgerichts Zürich, durch Unterzeichnung des Contractingvertrages habe die Nebenintervenientin ein "unwirksames Insichgeschäft" vorgenommen, weshalb der Vertrag nicht gültig habe 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.

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

Frage stellen. Die Beklagte beanstandet sodann namentlich die Ziff. 1, 5, 6, 7 und 12 des Contractingvertrages (Urk. 77 S. 9 ff.) und macht geltend, die Vertragsbestimmungen wiesen "einen über weite Strecken objektiv und subjektiv unmöglichen Inhalt" auf (Urk. 77 Rz 14). Sie tut aber nicht dar, inwiefern sich die Unmöglichkeit einzelner Vertragsbestimmungen auf die von den Klägern konkret erhobenen Forderungen auswirken soll. Im Übrigen stellt die Beklagte mit ihren Vorbringen die Zulässigkeit eines Contractingvertrages ganz grundsätzlich in Frage. Indessen wurde schon oben dargelegt (E. 6), dass ein solcher Vertrag im Rahmen der Privatautonomie zulässig ist. Die Beklagten beanstanden aber auch, dass der Vertrag den Abschluss von Dienstbarkeitsverträgen zu Gunsten der Kläger vorsieht (Urk. 77 S. 6, S. 10 f., 11). Das ist indessen in der Praxis üblich und auch wohl begründet: Für die Kläger als Contractor (nicht aber für die Beklagte als Contractingnehmerin) könnte es sich nämlich als Problem erweisen, dass sie durch den Einbau ihrer Anlage in ein fremdes Grundstück kraft sachenrechtlicher Akzession gemäss Art. 671 Abs. 1 ZGB die dingliche Herrschaft darüber verlieren könnte. In der Praxis wird daher diesem Problem durch den Abschluss geeigneter Dienstbarkeitsverträge Rechnung getragen (Rolf H. Weber, Elektrizitätswirtschaftsrecht, S. 312 f.), wie das denn auch hier geschehen ist. Auch das ist aber ein Umstand, der für die Beurteilung der von den Klägern erhobenen Forderungen ohnehin keine Rolle spielt. Entgegen der Meinung der Beklagten (vgl. Urk. 77 S. 11) geht schliesslich aus dem Contractingvertrag klar hervor, in wessen Namen der Vertrag abgeschlossen wurde: Als Contractor traten die Kläger und als Contractingnehmerin trat die Beklagte als Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer auf. Denkbar klar wird im Vertrag festgehalten, dass die Nebenintervenientin bzw. B'._____ AG lediglich als Vertreterin der Beklagten handelte und den Vertrag nicht in eigenem Namen abschloss. Dass die Nebenintervenientin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Eigentümerin aller Stockwerkeigentumsanteile war, ändert daran nichts, sondern gab ihr vielmehr die Legitimation dazu.

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

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 angestrebten 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 Auslegungsstreit 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).

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

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.

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 Zahlungsbefehl des Betreibungsamtes Herrliberg vom 10. Dezember 2009 betrieben die Kläger 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 ursprünglichen Rechtsbegehrens Ziff. 2. Ein erstes Mal bezifferten die Kläger dieses Rechtsbegehren mit ihrer Replik vom 18. Februar 2011, indem sie geltend machten, 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 Beweisverfahrens". 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 Zeitraums" "weitere Wärmelieferungen (inkl. Grundpreis) in diesem Umfang" 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 zusammensetzen soll. Die Kläger verweisen dazu einzig auf Urk. 29/13-15 (Urk. 28

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 aufgegeben, sich dazu zu äussern. Aufgegeben wurde den Klägern, dem Gericht darzulegen, wie sich das neue Rechtsbegehren gemäss Replikschrift von Fr. 83'633.65 im Einzelnen zusammensetzt", wobei "die entsprechenden Beweisurkunden ... 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. September 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 Klagebetrag 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 Klageanhebung vom 05.03.2010 bis zum Zeitpunkt der Replik aufgelaufen waren"*. Zwischen Klagebegründung und der Replik vom 18. Februar 2011 hätten die Klä-

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 Berufungsverfahrens, "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. 25/15l 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 Akontorechnungen 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

Gleichzeitig trugen die Kläger vor, dass in der Zwischenzeit von der Beklagten zwei Rechnungen bezahlt worden seien, was in der "nachfolgenden Bezifferung" berücksichtigt werde (Urk. 67/16 S. 2). Aus Urk. 67/17/1 ist jedenfalls ersichtlich, dass ein früherer Rechnungsbetrag von Fr. 1'313.65 (vgl. dazu Urk. 25/15l) bezahlt worden sein muss: Der Betrag von Fr. 1'313.65 entspricht der Differenz zwischen dem mit der Eingabe vom 10. Januar 2013 geltend gemachten Mehrbetrag von Fr. 93'280.55 und der Gesamtsumme der dafür eingereichten Belege über Fr. 94'594.20. Gemäss Urk. 67/17/l wurde der Betrag von Fr. 1'313.65 bereits am 16. März 2011 bezahlt. Geltend gemacht wurde er erstmals durch Vorlage von Urk. 29/15/l mit der Klageerweiterung gemäss der Replik vom 18. Februar 2011 (Urk. 28).

12. Die Beurteilung der einzelnen Akontorechnungen und sog. "Turnusrechnungen"

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 gebracht würden, da sie sich "bisher unverständlicherweise persistent" geweigert hätten, "diese Grundlagen offen zu legen" (Urk. 12 Rz 39). Demgegenüber meinen die Kläger, dass sie die Einberechnung der Investitions- und Amortisationskosten 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 Kläger 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 indexgebunden 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.

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-

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).

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.

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

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.

12.5. Für die Bestimmung des Grundpreises gemäss Ziff. 10 des Vertrages kommt es auf die einzelnen Turnusrechnungen an; die dazugehörigen Akontorechnungen 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.

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).

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-

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.

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.

13. Rückweisung; Aufhebung der Urteile der Bezirksgerichte Meilen und Zürich

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 Ziff. 2 ZPO an die erste Instanz zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid zurückzuweisen. Die erste Instanz wird auch über die weiteren offenen An-

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)

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 Ansprüchen 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).

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.

14. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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.

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.

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr 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.

Zürich, 4. Februar 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc