# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 262/09

Verkündet am:
21. Dezember 2011
Ring,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVBFernwärmeV §§ 1, 32 Abs. 1

Um die Lieferung von Fernwärme handelt es sich nur dann, wenn der Energieversorger/Energiedienstleister hohe Investitionen vorzunehmen hat, um seine Vertragspflicht zur Wärmelieferung erfüllen zu können. Hieran fehlt es regelmäßig, wenn der Energieversorger/Energiedienstleister sich im Wesentlichen lediglich dazu verpflichtet, eine bereits vorhandene, im Eigentum des Kunden stehende funktionstüchtige Heizungsanlage für ein symbolisches Entgelt anzupachten, zu warten und zu betreiben (im Anschluss an BGH, Urteile vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 229/88, BGHZ 109, 118; vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667).

BGH, Urteil vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 262/09 - KG Berlin
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles, Dr. Schneider und Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts vom 1. September 2009 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 22 des Landgerichts Berlin vom 29. April 2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Rechtsmittelverfahren zu tragen.

Tatbestand:

1 Die Beklagte, die Energiedienstleistungen anbietet, schloss am 17. September 2002 mit der W. und B. GbR (im Folgenden: GbR) einen vorformulierten Wärmelieferungsvertrag für das Grundstück A. Sch. S. in B. . Der Vertrag trat gemäß seinem § 2 Abs. 1 mit Beginn der Wärmelieferungen am 1. Oktober 2002 in Kraft. Die Laufzeit des Vertrags beträgt gemäß seinem § 12 Abs. 1 zehn Jahre ab dem Ersten des auf die Vertragsunterzeichnung folgenden Monats. Nach § 15 des Vertrags ist die dem Vertrag als Anlage 1 beigefügte AVBFernwärmeV wesentlicher Vertragsbestandteil. Gemäß § 4 des Vertrags wurden der im zu versorgenden Gebäude

gelegene "Heizraum" und die "Heizstation" vom Kunden (GbR) gestellt und von der Beklagten für 1 €/Jahr gepachtet. Die Beklagte verpflichtete sich im Wesentlichen neben der Brennstoffbeschaffung zur ordnungsgemäßen Wartung, Pflege und Reparatur der Heizstation. Die Kosten der baulichen Instandhaltung des Heizraums oblagen nach den Vertragsbestimmungen der GbR ebenso wie künftig notwendig werdende Ersatzinvestitionen, die Kosten für Betriebsstrom sowie die Wasser- und Abwasserkosten.

2 Die GbR begründete in der Folgezeit Wohnungseigentum auf dem Grundstück und veräußerte einige der Wohnungen. Der Wärmelieferungsvertrag wurde von der Klägerin, der Wohnungseigentümergemeinschaft, übernommen und am 8./15. Mai 2007 zum 31. August 2007 gekündigt. Die Beklagte ist der Kündigung entgegengetreten; sie ist der Auffassung, der Vertrag ende erst mit Ablauf der Zehn-Jahres-Frist am 30. September 2012.

3 Das Landgericht hat der auf Feststellung des Vertragsendes zum 31. August 2007 gerichteten Klage mit der Maßgabe stattgegeben, dass der Vertrag am 31. Dezember 2007 geendet habe. Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht das Ersturteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht (KG, WuM 2010, 42 f.) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Die Vereinbarung einer zehnjährigen Laufzeit des Wärmlieferungsvertrags sei gemäß § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV wirksam. Der Vertrag betreffe die Lieferung von Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV. Der Begriff sei in sachlicher Übereinstimmung mit der Terminologie der Heizkostenverordnung zu bestimmen. Nach der amtlichen Begründung zu § 1 Abs. 1 HeizkostenV handele es sich um Fernwärme, wenn die Wärmelieferung nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem Dritten erfolge und dieser die Lieferung nach den Vorschriften der AVBFernwärmeV vornehme. Deshalb lieferten auch die Unternehmen Fernwärme, die die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung betrieben. So lägen die Dinge im Streitfall.

7 Soweit der Bundesgerichtshof entschieden habe, dass es sich um Fernwärme handele, wenn in einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten Wärme produziert und an andere geliefert werde, sei nicht zu erkennen, dass der Bundesgerichtshof den Begriff der Fernwärme auf diese Fälle habe beschränken wollen.

8 Da die Versorgungsbedingungen im Streitfall nicht zum Nachteil des Kunden von den Regelungen der AVBFernwärmeV abwichen, stelle sich die Frage der Vereinbarkeit der zehnjährigen Bindung mit § 309 Nr. 9 BGB nicht,

weil diese Vorschrift auf einen der AVBFernwärmeV unterliegenden Vertrag nicht angewendet werden könne.

II.

9 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine Bindung der Klägerin an den Wärmelieferungsvertrag für die Dauer von zehn Jahren angenommen und aus diesem Grund die Wirksamkeit der von der Klägerin ausgesprochenen Kündigung verneint.

10 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich die Wirksamkeit einer zehnjährigen Vertragsbindung der Klägerin nicht aus § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV herleiten, da der Wärmelieferungsvertrag vom 17. September 2002 nicht die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand hat.

11 Der Begriff der Fernwärme ist gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des Senats (Senatsurteile vom 25. Oktober 1989 - VIII ZR 229/88, BGHZ 109, 118, 126; vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667 Rn. 22) handelt es sich um Fernwärme, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, wobei es auf die Nähe der Heizungsanlage zu dem versorgten Gebäude ebenso wenig ankommt wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes.

12 a) In der Literatur wird demgegenüber teilweise die Auffassung vertreten, um Fernwärme handele es sich immer dann, wenn Dritte von einem gewerblichen Energiedienstleister mit Wärme gegen Zahlung eines regelmäßigen Entgelts nach vorher festgelegten Preisen beliefert würden; auf die Eigentumsver-

hältnisse komme es dabei ebenso wenig an wie auf die Nähe des Heizwerks zu den zu versorgenden Wohneinheiten (Witzel in Witzel/Topp, Allgemeine Bedingungen für die Fernwärmeversorgung [AVBFernwärmeV], 2. Aufl., S. 45 ff.; Hack, Energie-Contracting, 2003, S. 15; Lippert, Energiewirtschaftsrecht, 2002, S. 654 f.; Topp, RdE 2009, 133, 134 ff.). Auch wenn die Wärmeproduktionsanlage integrativer Teil des Gebäudes sei, das mit Wärme versorgt werde, werde Fernwärme geliefert (Topp, aaO; aA Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 10. Aufl., § 1 HeizkostenV Rn. 23; ähnlich LG Hamburg, NJW 1984, 1562 f.).

13 b) Dem kann nicht gefolgt werden.

14 Der Verordnungsgeber hat in der Begründung zur AVBFernwärmeV unter anderem ausgeführt (BR-Drucks. 90/80, S. 32, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 237):

> "Die Fernwärmeversorgung hat ähnliche wirtschaftlich-technische Voraussetzungen wie die Strom- und Gasversorgung. Ein wichtiges gemeinsames Merkmal ist [...] der [...] Zwang zu hohen Investitionen."

15 Dieser Verordnungsbegründung ist zu entnehmen, dass der Verordnungsgeber der AVBFernwärmeV den Zwang des Versorgers, hohe Investitionen vornehmen zu müssen, um seiner Lieferpflicht nachkommen zu können, als Wesensmerkmal des Fernwärmebegriffs ansieht.

16 Gerade diese mit der Einrichtung einer Fernwärmeversorgung verbundenen hohen Kosten haben den Verordnungsgeber der AVBFernwärmeV bewogen, in Fernwärmeversorgungsverträgen auch die formularmäßige Vereinbarung einer zehnjährigen Vertragslaufzeit als zulässig anzusehen. So heißt es hierzu in der Verordnungsbegründung zu § 32 AVBFernwärmeV (abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 258 f.):

> "Im Hinblick auf die Kapitalintensität der Fernwärmeversorgung sowie im Interesse einer möglichst verlässlichen Basis der Preiskalkulation muß das Versorgungsverhältnis langfristig angelegt sein. Eine Laufzeit von höchstens 10 Jahren erscheint angemessen."

17 Der Inhalt des Fernwärmebegriffs kann nicht losgelöst von diesen Erwägungen des Verordnungsgebers bestimmt werden. Dies hat zur Folge, dass es sich nur dann um die Lieferung von Fernwärme handelt, wenn der Versorger/Energiedienstleister hohe Investitionen vorzunehmen hat, um seine Vertragspflicht zur Wärmelieferung erfüllen zu können.

18 Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Versorger/Energiedienstleister vor Beginn der Versorgung die Wärmeproduktionsanlage auf eigene Kosten erstellt und/oder ein für die Wärmeversorgung erforderliches Leitungsnetz aufzubauen hat. Anders verhält es sich hingegen in Betriebsführungsmodellen, in denen sich der Versorger/Energiedienstleister im Wesentlichen lediglich dazu verpflichtet, eine bereits vorhandene, im Eigentum des Kunden stehende funktionstüchtige Heizungsanlage für ein symbolisches Entgelt anzupachten und zu betreiben. Denn in diesen Fällen fehlt es regelmäßig an der hohen Kostenintensität der Wärmeversorgung und damit an einem Wesensmerkmal des Fernwärmebegriffs. Das eine lange Vertragsbindung rechtfertigende berechtigte Interesse des Versorgers/Energiedienstleisters, die von ihm zur Versorgung aufgebrachten hohen Investitionskosten über die Vertragslaufzeit hinweg amortisieren zu können, besteht in diesen Fällen nicht.

19 c) So verhält es sich im Streitfall. Die für diese Wertung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen lassen sich dem Berufungsurteil entnehmen.

20 Nach § 4 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrages vom 17. September 2002 wurde "die zur Wärmeversorgung erforderliche, mängelfreie, den gesetzlichen Vorschriften und anerkannten Regeln der Technik entsprechende Heizsta-

tion vom Kunden gestellt". Weiter heißt es dort, dass "der Kunde [...] die für den Betrieb der Heizstation erforderlichen Versorgungsleitungen auf dem Grundstück bzw. die für die eingesetzten Energieträger erforderlichen Lagereinrichtungen" auf dem Grundstück vorhält. Die Beklagte fand somit bei Vertragsschluss eine im Eigentum der Klägerin stehende funktionsfähige Heizungsanlage sowie ein für die Versorgung ausreichendes Leitungsnetz vor. Für die Überlassung des Heizraums und der Heizstation wurde in § 4 Abs. 2 des Vertrags ein lediglich symbolischer Pachtzins von 1 €/Jahr vereinbart. Die Kosten der baulichen Instandhaltung des Heizraums oblagen der Klägerin ebenso wie künftig notwendig werdende Ersatzinvestitionen, die Kosten für Betriebsstrom sowie die Wasser- und Abwasserkosten. Die Beklagte verpflichtete sich neben der Brennstoffbeschaffung im Wesentlichen (lediglich) zur ordnungsgemäßen Wartung, Pflege und Reparatur der Heizstation.

21 d) Diesem Ergebnis können aus der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung - HeizkostenV) herleitbare Erwägungen nicht entgegengehalten werden. Zwar mag man der amtlichen Begründung (BR-Drucks. 632/80, S. 17) zu § 1 Abs. 1 HeizkostenV (vom 23. Februar 1981 in der bis zum 28. Februar 1989 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 5. April 1984 [BGBl. I S. 592]) entnehmen können, dass der Verordnungsgeber der Heizkostenverordnung auch diejenigen Kosten erfasst sehen wollte, die dadurch entstehen, dass ein Unternehmen es übernimmt, die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben. Daraus lässt sich indes für den Inhalt des Fernwärmebegriffs nichts gewinnen. Denn dass der Verordnungsgeber der Heizkostenverordnung die mit hohen Investitionskosten verbundene "klassische" Fernwärme von den sich seit dem Inkrafttreten der Heizkostenverordnung entwickelnden Nahwärmekonzepten - insbesondere dem Wärmecontracting - unterschieden hat, mit denen re-

gelmäßig keine hohen Investitionen des Versorgers/Energiedienstleisters einhergehen, wird aus der Begründung der Verordnung zur Änderung energieeinsparender Vorschriften vom 19. Januar 1989 (BGBl. I S. 109) deutlich. Durch diese Verordnung ist die Heizkostenverordnung unter anderem dahingehend geändert worden, dass in § 1 Abs. 1 Nr. 2 der Begriff der "Lieferung von Fernwärme" durch "eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme" ersetzt worden ist. Der amtlichen Begründung (BR-Drucks. 494/88, S. 19, 21) hierzu ist zu entnehmen, dass durch diese Begriffsersetzung jede Art der eigenständigen gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt sei, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernwärmelieferung deklariert würden, und dass damit neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeversorgungskonzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt seien. Der Verordnungsgeber unterscheidet damit begrifflich zwischen diesen verschiedenen Arten der Wärmeversorgung und will lediglich die Kosten aller genannten Versorgungskonzepte von der Heizkostenverordnung erfasst sehen.

22 2. Soweit § 12 des vorformulierten Wärmelieferungsvertrags ausdrücklich eine zehnjährige Vertragslaufzeit bestimmt, handelt es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB, die - da der Vertrag nicht die Lieferung von Fernwärme zum Gegenstand hat - der uneingeschränkten Inhaltskontrolle unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, NJW 2011, 3219 Rn. 28 mwN). Dieser hält die Bestimmung nicht stand. Es kann dabei dahin stehen, ob - wie die Revision annimmt - die angesprochene Vertragsbestimmung bereits an § 309 Nr. 9 BGB scheitert oder ob - wie die Revisionserwiderung geltend macht - die genannte Regelung nach § 310 Abs. 1 BGB deshalb nicht an § 309 Nr. 9 BGB zu messen ist, weil die Rechtsvorgängerin der Klägerin Unternehmerin gewesen sei. Denn jedenfalls sind die genannten Regelungen daraufhin überprüfbar, ob sie der

Inhaltskontrolle nach der Generalklausel des § 307 BGB standhalten. Das ist nicht der Fall.

23 Ob die Regelung einer langjährigen Vertragsbindung in einem Dauerschuldverhältnis den Vertragspartner des Klauselverwenders unangemessen in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit beschränkt, ist anhand einer grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltenen umfassenden Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall festzustellen. Da das Berufungsgericht eine derartige Abwägung nicht vorgenommen hat, kann sie der Senat auf der Grundlage der von den Tatsacheninstanzen getroffenen Feststellungen selbst vornehmen. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, welcher Kapitalaufwand dem die Laufzeit vorgebenden Vertragsteil für die Erfüllung des Vertrages entsteht. Muss er hohe Entwicklungs- und Vorhaltekosten aufwenden, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren, so rechtfertigt dies regelmäßig eine längerfristige Bindung des anderen Teils an den Vertrag (Senatsurteil vom 3. November 1999 - VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 115 f. mwN). Da der Beklagten für die Vertragserfüllung derart hohe notwendige Kosten - wie bereits oben (unter II 1 c) dargestellt - nicht zur Last fallen, fehlt eine sachliche Rechtfertigung für die zehnjährige Vertragsbindung.

24 Die Unangemessenheit der in § 12 Abs. 1 des Wärmelieferungsvertrags enthaltenen Laufzeitklausel hat zur Folge, dass diese vollständig und ersatzlos entfällt. Dispositives Gesetzesrecht, das an die Stelle der unwirksamen Klausel treten könnte, gibt es nicht. Eine teilweise Aufrechterhaltung der Laufzeitklausel mit einem die Klägerin weniger belastenden Inhalt, etwa einer geringeren als der in der Klausel vorgesehenen zehnjährigen Bindungsdauer, widerspräche dem in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit langem anerkannten Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen und kommt deshalb nicht in Betracht (vgl. Senatsurteil vom

3. November 1999 - VIII ZR 269/98, aaO S. 118 f.) Da der Vertrag somit auf unbestimmte Zeit geschlossen war, konnte er von der Klägerin - wie vom Landgericht angenommen - zum 31. Dezember 2007 wirksam gekündigt werden.

III.

25 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das Feststellungsurteil des Landgerichts.

Ball Dr. Hessel Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Bünger

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 29.04.2008 - 22 O 473/07 -
KG Berlin, Entscheidung vom 01.09.2009 - 27 U 76/08 -