

# Die Vorgaben der AVBFernwärmeV zur Vertragslaufzeit: Möglichkeiten und Grenzen einer Abweichung

Zugleich Besprechung von Oberlandesgericht Köln, Urteil vom 12. 11. 2014 – 5 U 28/14<sup>1</sup>

## I. Einleitung

Die wirksame Vereinbarung einer Vertragslaufzeit von mehr als zehn Jahren ist eine regelmäßige Bestrebung eines Contractors. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass für Heizanlagen nach der AfA-Tabelle eine betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer von 15 Jahren vorgesehen ist, so dass eine Abschreibung der Investition innerhalb eines 10-Jahres-Liefervertrages nicht erreicht werden kann. Zum anderen bietet eine zehnjährige Laufzeit gerade bei investitionsintensiven Contracting-Projekten nur einen kleinen Spielraum für die Kalkulation eines für den Wärmekunden attraktiven Grundpreises. Aus diesen Gründen wird regelmäßig von der in § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV vorgesehenen Höchstlaufzeit von zehn Jahren bei Wärmelieferungsverträgen abgewichen.

Grundsätzlich bietet eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Möglichkeit zur Abweichung von der in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV vorgesehenen Höchstlaufzeit. Diese genießt gemäß der Kollisionsnorm des § 305 b BGB Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit auch vor den speziellen, für die gewerbliche Wärmeversorgung geltenden Allgemeinen Versorgungsbedingungen. Die Voraussetzungen, die für die Annahme einer Individualabrede zu erfüllen sind, sind jedoch hoch und erfordern im Streitfall eine ausreichende Dokumentation.

Als weitere Möglichkeit können die Vertragsparteien eine abweichende Vereinbarung nach Maßgabe des § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV treffen. Demnach kann der Vertrag auch zu Bedingungen abgeschlossen werden, die von den §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV abweichen.

Damit besteht ausdrücklich die Möglichkeit, von der in § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV vorgegebenen Höchstlaufzeit von zehn Jahren abzuweichen. Voraussetzung hierfür ist, dass das Fernwärmeversorgungsunternehmen einen Vertragsabschluss zu den allgemeinen Bedingungen der AVBFernwärmeV angeboten hat und der Kunde mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist. Dem Kunden muss insoweit ein freies Wahlrecht eingeräumt werden.

Bereits der Wortlaut der Vorschrift („auch zu allgemeinen Versorgungsbedingungen“) impliziert, dass eine solche abweichende Vereinbarung von einer Individualvereinbarung im Sinne des § 305 b BGB zu trennen ist. Von Teilen der Literatur werden solche abweichenden Vertragsbedingungen daher als

„Sonder-AVB“ bezeichnet.<sup>2</sup> Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV gilt für die abweichenden Vertragsbedingungen der Maßstab der allgemeinen AGB-rechtlichen Vorschriften in §§ 305 ff. BGB.<sup>3</sup> Die stringente Anwendung dieses Rechtsgrundverweises würde jedoch bei der Vereinbarung einer von der Vorgabe der AVBFernwärmeV nach oben abweichenden Vertragslaufzeit, d. h. einer Laufzeit von mehr als zehn Jahren, bedeuten, dass diese abweichende Vereinbarung an § 309 Nr. 9 a BGB zu messen wäre, der bei Dauerschuldverhältnissen eine Vertragslaufzeit von maximal zwei Jahren zulässt. Zwar gilt § 309 Nr. 9 a BGB gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB nur für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber Verbrauchern eingebracht werden, jedoch misst der BGH einer Abweichung vom Katalog des § 309 BGB eine Indizwirkung für das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB bei. § 309 Nr. 9 a BGB ist daher auch im unternehmerischen Verkehr von Bedeutung.<sup>4</sup> Ein Gesetzesverständnis nach dem die von der AVBFernwärmeV abweichende Vertragslaufzeit anhand des § 309 Nr. 9 a BGB gewertet werden soll, ist indes mit dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV nicht vereinbar.

Durch Schaffung der Abweichungsmöglichkeit in § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV wollte der Verordnungsgeber der Vielfalt zu regelnder Bezugsverhältnisse Rechnung tragen<sup>5</sup> und den Vertragsparteien gerade auch ermöglichen, von der in § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV festgelegten Höchstlaufzeit von zehn Jahren abzuweichen. Der Rechtsgrundverweis des § 1 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV ist daher bei abweichenden Vertragsbedingungen zu Laufzeiten von mehr als zehn Jahren einer teleologischen Reduktion zu unterziehen.

\* Die Verfasser sind Rechtsanwälte in der Kanzlei MPW Legal & Tax in Northeim.

1 OLG Köln, Ur. v. 12. 11. 2014 – 5 U 28/14, CuR 2014, 180.

2 Vgl. Fricke, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2, Stand 2014, § 1 AVBFernwärmeV, Rdnr. 75 m. w. N.

3 § 1 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV verweist aufgrund eines redaktionellen Versehens des Gesetzgebers noch auf die zwischenzeitlich ins BGB überführten Regelungen im AGB-Gesetz.

4 Vgl. BGH, Ur. v. 19. 9. 2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774.

5 BR-Drs. 90/80, abgedruckt in Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2, Stand 2014, § 1 AVBFernwärmeV, S. 2.

## II. Das Urteil des OLG Köln

Das OLG Köln hat sich in seinem Urteil vom 12.11.2014<sup>6</sup> mit den oben beschriebenen Möglichkeiten zur Abweichung von den Vorgaben der AVBFernwärmeV befasst. Das Gericht hatte über die Wirksamkeit einer zwischen einem Wärmelieferanten und einem WEG-Verwalter im zugrunde liegenden Wärmeliefervertrag vereinbarten Laufzeitregelung zu entscheiden, die eine Vertragslaufzeit von 15 Jahren vorsah. Zusätzlich enthielt der Vertrag folgenden Zusatz zur Vertragslaufzeit:

„Der Kunde stimmt zu, dass die Vertragslaufzeit abweichend von § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV 15 Jahre beträgt. Bei einer Vertragslaufzeit von nur 10 Jahren hätte der Kunde aus kalkulatorischen Gründen einen höheren Wärmepreis zu entrichten.“

Dem Vertrag war weiterhin eine als „Individualabrede zum Wärmelieferungsvertrag“ überschriebene Anlage beigefügt, in welcher die Vertragsparteien schriftlich bestätigten, dass der Vertrag in allen Einzelbestandteilen besprochen und gesondert verhandelt worden sei.

Das Gericht kommt in seiner Urteilsbegründung zu dem Ergebnis, dass weder eine abweichende Vertragsbedingung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV noch eine Individualvereinbarung vorliegt. Damit sei die Laufzeitklausel, die eine Vertragslaufzeit von 15 Jahren vorsieht, nichtig. In seiner Begründung wird zunächst auf die Unterscheidung zwischen einer Individualvereinbarung und einer abweichenden Vertragsbedingung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV eingegangen.

Hinsichtlich des in § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV geforderten Wahlrechts des Wärmekunden verweist das Gericht auf die entsprechende Rechtsprechung zur Individualvereinbarung.<sup>7</sup> Ein solches Wahlrecht sei demnach anzunehmen, wenn der Verwender den gesetzesfremden Inhalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt hat und der Kunde die reale Möglichkeit hatte, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Aufgrund der Beweisaufnahme kommt das Gericht vorliegend zu dem Schluss, dass ein solches Wahlrecht im zugrunde liegenden Fall nicht vorgelegen habe.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der unwirksamen Laufzeitklausel bestätigt das Gericht in nachvollziehbarer Weise die bisherige Rechtsprechung des BGH. Demnach trete an die Stelle der unwirksamen Klausel keine aus § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV entnommene zehnjährige Laufzeit, da diese Vorschrift lediglich einen maximale Laufzeit vorgebe und gerade keine auf den Vertrag übertragbare feste Laufzeitregelung enthielte. Infolge einer nichtigen Laufzeitklausel gelte der Vertrag grundsätzlich auf unbestimmte Zeit geschlossen und sei jederzeit kündbar.

Das OLG Köln führt jedoch weiterhin aus, dass im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung anstelle der ungültigen Laufzeitvereinbarung eine Laufzeit treten könne, welche die Refinanzierung der Investitionskosten des Contractors und einen

angemessenen Unternehmensgewinn berücksichtigt. Im zugrunde liegenden Fall sah das Gericht aufgrund mangelnden Vortrags des beklagten Wärmelieferanten jedoch keine Notwendigkeit für die Gewährung eines über die bislang verstrichene Laufzeit des Vertrages hinausgehenden Zeitraums.

## III. Konsequenzen aus dem Urteil

Das OLG Köln geht zunächst auf eine Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer abweichenden Vereinbarung gemäß § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV ein. Demnach muss der Wärmekunde zwischen einer AVBFernwärmeV konformen und einer von den Vorgaben der AVBFernwärmeV abweichenden Vertragsvariante frei wählen können. In dem zu entscheidenden Fall fehlte es nach der Beweisaufnahme aber bereits an diesem freien Wahlrecht des Kunden, so dass sich das Gericht nicht mit den weiteren Anforderungen des § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV auseinanderzusetzen hatte.

Die Entscheidung zeigt jedoch erneut auf, dass eine Vereinbarung nach § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV in der Vertragspraxis durchaus eine Möglichkeit zur rechtskonformen Abweichung von der AVBFernwärmeV, insbesondere von der zehnjährigen Höchstlaufzeit, bietet. Gerade im Massengeschäft, in dem sich das Aushandeln eines jeden Vertrags nach den strengen Vorgaben des BGH zu Individualvereinbarung nicht realisieren lässt, bietet § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV daher eine Alternative.

Die Umsetzung des Verfahrens nach § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV erfolgt in der Praxis regelmäßig dergestalt, dass dem Kunden zwei Vertragsvarianten mit jeweils unterschiedlichen Laufzeiten vorgelegt werden, zwischen denen dieser wählen kann. Nicht ausreichend ist hierbei der Hinweis an den Kunden, dass von bestimmten Vorgaben der Verordnung abgewichen wird. Es ist jedoch darauf zu achten, dass eine der vorgelegten Vertragsvarianten vollumfänglich den Vorgaben der AVBFernwärmeV genügt. Aufgrund der allgemeinen Beweislastregeln gilt auch für den Contractor, der sich auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV beruft, dass auf eine hinreichende Dokumentation der Angebots- und Entscheidungsphase zu achten ist und die Unterlagen für die Dauer der Vertragslaufzeit aufzubewahren sind.

Bezogen auf die Laufzeit bedeutet dies, dass der Kunde die freie Wahl haben muss, einen Vertrag mit einer den Vorgaben der AVBFernwärmeV entsprechenden Laufzeit von maximal zehn Jahren ab Vertragsschluss oder einen Vertrag mit einer hiervon nach oben abweichenden Laufzeit abzuschließen. Gemäß der Rechtsprechung des BGH beginnt die in AGB vereinbarte Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses mit Abschluss

6 OLG Köln, Urt. v. 12.11.2014 – 5 U 28/14, CuR 2014, 180.

7 Hierzu Grüneberg, in: Palandt, 73. Aufl. (2014), § 305 BGB, Rdnr. 20 m. w. N.

des Vertrages und nicht erst mit einem etwa vereinbarten späteren Beginn der Leistungserbringung.<sup>8</sup> Eine Vertragsvariante, die eine Laufzeit von zehn Jahren ab Beginn der Wärmelieferung vorsieht, würde daher nicht den Vorgaben der AVBFernwärmeV entsprechen. Zur Ermöglichung des Preisvergleichs sind dem Kunden die Preise beider Vertragsvarianten nachvollziehbar darzustellen, so dass eine Entscheidung zwischen der AVB-konformen und der abweichenden Variante ermöglicht ist.<sup>9</sup>

Sollte sich eine verwendete Laufzeitklausel etwa infolge einer Vertragsgestaltung als unwirksam erweisen, kann sich der Contractor jedoch nicht auf eine zehnjährige Laufzeit gemäß § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV berufen. Dies hat das OLG Köln unter Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung richtigerweise klargestellt. Bislang galt im Falle einer unwirksamen Laufzeitklausel der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, wobei für den Kunden von einer jederzeitigen Kündbarkeit ausgegangen wurde.

Eine zweifelhafte Laufzeitvereinbarung beinhaltet daher für den Contractor stets das Risiko, dass sich seine Investitionen aufgrund einer vorzeitigen Kündigung des Kunden nicht amortisieren lassen. Dieses Risiko wird vom OLG Köln im letzten Teil seines Urteils zugunsten des Contractors zumindest zum Teil relativiert. Das Gericht zeigt darin auf, dass anstelle der unwirksamen Laufzeitklausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durchaus auch eine Laufzeit treten kann, welche das wirtschaftliche Interesse und den finanziellen Einsatz des Contractors berücksichtigt. Nach dem OLG Köln soll sowohl eine Amortisation als auch ein angemessener Unternehmergewinn bei der Ermittlung einer angemessenen Vertragslaufzeit berücksichtigt werden können, wobei der Contractor die Beweislast für das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu tragen habe.

Die Sichtweise des OLG Köln steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.<sup>10</sup> Dieser sieht in der Aufwendung von hohen Entwicklungs- und Vorhaltekosten, die sich nur bei längerer Vertragsdauer amortisieren, regelmäßig einen sachlichen Grund für die Vereinbarung einer längerfristigen Vertragsbindung. Fehlt es umgekehrt an entsprechenden Investitionen des Wärmelieferanten – etwa weil dieser eine bestehende Wärmeerzeugungsanlage zu einem symbolischen Betrag pachtet und betreibt – ist dem Bundesgerichtshof zufolge bereits der Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV mitsamt der gelockerten Laufzeitregelung in § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV nicht eröffnet.

Diese Wertung des Bundesgerichtshofs wäre, wie im Urteil des OLG Köln angedeutet, im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zu berücksichtigen. Eine solche ergänzende Vertragsauslegung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt. Weiterhin müsse das eintretende Ergebnis dazu führen, dass den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung getragen wird, sondern dass das Vertragsgefüge völlig einseitig zu Gunsten des Kunden verschoben würde.<sup>11</sup>

Zu beachten ist daher, dass die Rechtsprechung grundsätzlich vom Vorrang des dispositiven Rechts ausgeht und nur in besonders gelagerten Fällen auf die ergänzende Vertragsauslegung zurückgreifen will. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das dispositive Recht durch Ausuferung der ergänzenden Vertragsauslegung ausgehöhlt wird. Gleichwohl sprechen die Besonderheiten kapitalintensiver Contracting-Projekte jedenfalls dafür, dass ein simpler Rückgriff auf die gesetzlichen Laufzeitregelungen für übrige Dauerschuldverhältnisse im Einzelfall nicht mehr interessengerecht sein kann und die Vertragslaufzeit daher ausnahmsweise durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln ist.

#### IV. Fazit

Die vom OLG Köln dargestellte Auslegungsmöglichkeit kann für den Contractor im Einzelfall trotz unwirksamer Laufzeitvereinbarung das Risiko hinsichtlich eines Teils seiner Investitionen mindern. Bislang wurde jedoch noch nicht obergerichtlich entschieden, ob und in welchem Umfang bzw. unter welchen konkreten Voraussetzungen die Rechtsprechung künftig einem Contractor eine angemessene Laufzeit zubilligen wird. Da die Angemessenheit eines Unternehmergewinns von jedem Unternehmen unterschiedlich bewertet wird und sich keine allgemein anerkannte Berechnungsmethode durchgesetzt hat, wird es stets eine Einzelfallentscheidung darstellen, die gerichtlich nur unter Hinzuziehung eines Gutachters geklärt werden kann. Es ist jedoch zu hoffen, dass die Obergerichte in Zukunft Regeln aufstellen bzw. Vorgaben erstellen, nach welchen Parametern eine Berechnung erfolgen kann.

Auch wenn durch die Entscheidung des OLG Köln die wirtschaftlichen Interessen der Contractoren, insbesondere bei der anzusetzenden Vertragslaufzeit, Berücksichtigung finden, sollten zukünftige Vertragsgestaltungen die diesbezüglichen Vorgaben der AVBFernwärmeV einhalten oder Abweichungen hiervon sich innerhalb des hier dargestellten Rahmens und damit AVB-konform bewegen. Nach wie vor liegt das finanzielle Risiko im Falle von nicht AVB-konformen Verträgen beim Contractor.

Bei bereits in der Vergangenheit abgeschlossenen Wärmelieferverträgen, deren Laufzeitvereinbarungen nicht mit der AVBFernwärmeV vereinbar sind, können sich Contractoren im Streitfall auf die Entscheidung des OLG Köln berufen. Hierzu bedarf es jedoch eines ausführlichen Vortrags des Contractors zur Refinanzierung seiner Investitionskosten sowie zum angemessenen Unternehmergewinn.

8 Zuletzt BGH, Urt. v. 12. 12. 2012 – VIII ZR 14/12, NJW 2013, 926.

9 Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 10. 10. 2007 – 3 U 50/07, CuR 2007, 151 [153].

10 BGH, Urt. v. 21. 12. 2011 – VIII ZR 262/09, CuR 2012, 18.

11 BGH, Urt. v. 29. 4. 2008 – KZR 2/07, NJW 2008, 2172 [2175] m. w. N.