
Datum: 12.11.2014
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 28/14
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2014:1112.5U28.14.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 29 O 60/13

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 30. Januar 2014 verkündete Urteil der 29. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 29 O 60/13 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das vorliegende Urteil und die angefochtene Entscheidung sind vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrags abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e

I.

1

Mit notarieller Erklärung vom 8.12.2006 teilte die L mbH & Co. KG das Grundstück H Straße 1 und 3 in L, welches mit zwei Mehrfamilienhäusern bebaut war, in 16 Eigentumswohnungen auf. In der Teilungserklärung bestellte sie die H2 GmbH, Immobilien-Management, für die Zeit

2

bis zum 31.12.2009 zum Verwalter. Die ebenfalls am 8.12.2006 beurkundete Baubeschreibung sah eine Modernisierung der Mehrfamilienhäuser vor. Der Geschäftsführer G der persönlich haftenden Gesellschafterin der L mbH & Co. KG ist zugleich Geschäftsführer der Beklagten, die mehrere Objekte mit Nahwärme versorgt.

Unter dem 8.12.2006 unterschrieb der Geschäftsführer L3 der H2 GmbH als Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft H Straße 1 und 3 in L einen Vertrag über Wärmelieferung, den der Prokurist C bereits unter dem 29.9.2006 für die Beklagte unterzeichnet hatte. In dem Vertrag heißt es unter anderem: 3

„§ 11 – Laufzeit des Wärmelieferungsvertrags/Kündigung 4

Dieser Vertrag tritt mit der Unterzeichnung in Kraft und endet 15 Jahre nach Datum der Inbetriebnahme/Übergabe, gemäß Protokoll. (...) Wird der Vertrag nicht von einer der beiden Vertragsparteien mit einer Frist von 9 Monaten vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt, so gilt eine Verlängerung um jeweils weitere 5 Jahre als stillschweigend vereinbart. 5

§ 18 – Allgemeine Bestimmungen 6

(1) (...) 7

(2) Der Kunde stimmt zu, dass die Vertragslaufzeit abweichend von § 32 Abs. 1 AVB FernwärmeV 15 Jahre beträgt. Bei einer Vertragslaufzeit von nur 10 Jahren hätte der Kunde aus kalkulatorischen Gründen einen höheren Wärmepreis zu entrichten.“ 8

In der mit „Individualabrede zum Wärmelieferungsvertrag“ überschriebenen Anlage 2 bestätigten die Vertragspartner schriftlich, dass der Vertrag in allen Einzelbestandteilen besprochen und gesondert verhandelt worden sei, insbesondere sei § 19 Abs. 2 – wiedergegeben ist allerdings der gesamte Wortlaut von § 18 Abs. 2 – gesondert behandelt worden. 9

Ab dem 29.12.2006 veräußerte die L mbH & Co. KG die einzelnen Eigentumswohnungen an die Erwerber. Mit Vertrag vom 19.12.2007 vermietete die Wohnungseigentümergeinschaft H Straße 1 und 3 einen in dem Objekt befindlichen Kellerraum an die Beklagte zum Betrieb der Heizungsanlage. 10

Mit Schreiben vom 27.11.2012 kündigte die neue Verwalterin der Wohnungseigentümergeinschaft, Frau C2, den Wärmelieferungsvertrag fristgemäß zum 31.8.2013. Die Beklagte wies die Kündigung mit anwaltlichem Schreiben vom 19.12.2012 zurück. 11

Die Klägerin hat die Feststellung begehrt, dass der Vertrag über Wärmelieferung vom 29.9./8.12.2006 durch die Kündigung der WEG-Verwalterin vom 27.11.2012 zum 31.8.2013 ende. Die frühere Verwalterin H2 GmbH sei bei dessen Abschluss nur pro forma aufgetreten. Tatsächlich habe es sich um ein Insichgeschäft des Geschäftsführers G der Beklagten gehandelt, der zugleich Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Grundstückseigentümerin und Verkäuferin gewesen sei. Die in anderen Verträgen der Beklagten inhaltsgleich verwandten Regelungen in §§ 11 S. 1, 18 Abs. 2 des Wärmelieferungsvertrags stellten keine Individualabreden dar. Insbesondere habe die Beklagte den bei einer Laufzeit von zehn Jahren maßgeblichen Preis nicht genannt. 12

Die Klägerin hat beantragt, 13

14

festzustellen, dass der Vertrag über die Wärmelieferung zwischen der WEG H Str. 1 + 3 und S vom 29.9./8.12.2006 durch die Kündigung der WEG-Verwalterin vom 27.11.2012 zum 31.08.2013 endet.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, dass sie mögliche Laufzeiten und Preisgestaltungen mit der H2 GmbH verhandelt und diskutiert habe. Sie habe dargelegt, dass der Grundpreis bei einer 15jährigen Laufzeit um ca. 15 bis 20 % niedriger liege als bei einer 10jährigen Laufzeit. Die H2 GmbH habe sich daraufhin im Namen der Klägerin für eine 15jährige Laufzeit entschieden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auch wenn die Klägerin bei Vertragsschluss nicht rechtsfähig gewesen sei, habe sie den Vertrag nach ihrer Entstehung genehmigt, indem sie ihn vollzogen habe. Die Laufzeitvereinbarung sei unwirksam. Es handele sich nicht um einen Individualvertrag. Es lasse sich auch nicht feststellen, dass die Laufzeit von 15 Jahren unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 1 Abs. 3 AVB FernwärmeV vereinbart worden sei, nämlich, dass dem Kunden ein Vertrag über eine 10jährige Laufzeit angeboten worden sei und der Kunde sich mit der längeren Laufzeit ausdrücklich einverstanden erklärt habe. Es sei erforderlich, dass dem Kunden zur Veranschaulichung seines Wahlrechts ein Leistungsvergleich, insbesondere ein Preisvergleich, ermöglicht werde. Dafür fehlten jegliche Anhaltspunkte. Soweit sich die Beklagte auf den Geschäftsführer L3 der H2 GmbH als Zeugen berufen habe, handele es sich um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. Rechtsfolge der Nichteinhaltung der Vorgaben für ein Abweichen von der Verordnung sei, dass das Vertragsverhältnis zu den Bedingungen der Verordnung zustande komme, mithin eine Befristung nicht vorgelegen habe.

Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Berufung, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgt. Zwischen der Beklagten und den Wohnungseigentümergeinschaften, die von der H2 GmbH verwaltet worden seien, seien mehrere Wärmeversorgungsverträge abgeschlossen worden. Nach ihrer Kalkulation seien 40 % des Grundpreises laufzeitabhängig, so dass sich der Grundpreis der Wärmeversorgung bei einem 10-Jahresvertrag gegenüber einem 15-Jahresvertrag um 20 % erhöhe. Diese Preisgestaltung und Preisstruktur sei Gegenstand der jeweiligen Vertragsverhandlungen zwischen den Vertragspartnern gewesen, das heißt auf Seiten der Wohnungseigentümergeinschaften durch den designierten WEG-Verwalter H2 GmbH, vertreten durch deren Geschäftsführer L3, und auf Seiten der Beklagten durch deren Geschäftsführer G. Bei jedem Einzelvertrag hätten die Wohnungseigentümergeinschaften die Möglichkeit gehabt, zwischen einer Vertragslaufzeit von 15 Jahren und einer Vertragslaufzeit von 10 Jahren zu wählen mit der Maßgabe, dass bei einer 10-jährigen Vertragslaufzeit der Anfangsgrundpreis 20 % über demjenigen des 15-Jahresvertrages gelegen habe. Es könne nicht gefordert werden, dass die gleichen Verhandlungspersonen des Wärmelieferungsvertrags die Verhandlungsprozedur bei jedem von mehreren gleichartigen Verträgen identisch wiederholten. Auf die angenommene unzureichende Substantiierung des Vortrags der Beklagten habe das Landgericht zudem hinweisen müssen. Die Anlage 2 zum Wärmelieferungsvertrag weise die getroffene Individualabrede nach oder führe zumindest zu einer Umkehr der Beweislast. Sei die vereinbarte Laufzeit von 15 Jahren unwirksam, müsse mindestens eine 10-jährige Laufzeit gelten, weil dies der gesetzliche Regelfall sei.

15

16

17

18

19

20

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Der Senat hat den Geschäftsführer der Beklagten G persönlich angehört und den Geschäftsführer der H2 GmbH L3 als Zeugen vernommen. Wegen des Inhalts der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 3.9.2014 (Bl. 304 ff. d.A.) verwiesen.

II.

Die Berufung ist unbegründet.

Das Landgericht hat zu Recht festgestellt, dass der Vertrag über Wärmelieferung vom 29.9./8.12.2006 durch die Kündigung der WEG-Verwalterin vom 27.11.2012 zum 31.8.2013 beendet worden ist.

1. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass sich die Klägerin die Erklärungen der H2 GmbH, die diese vor der Entstehung der Klägerin (mit dem dinglich wirksamen Erwerb des ersten Wohnungseigentums vom teilenden Eigentümer) abgegeben hat, gemäß 164 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB zurechnen lassen muss, weil sie den Wärmelieferungsvertrag durch dessen Vollzug, insbesondere die zunächst vorbehaltlosen Zahlungen, konkludent genehmigt hat.

.
2. Die Vereinbarung einer 15-jährigen Laufzeit in § 18 Abs. 2 des Vertrags vom 29.9./8.12.2006 ist nicht wirksam.

Von der AVB FernwärmeV, insbesondere der in § 32 Abs. 1 AVB FernwärmeV bestimmten Vertragslaufzeit von höchstens 10 Jahren, kann nach der Fassung von § 1 Abs. 3 AVB FernwärmeV durch eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305b BGB sowie unter den Voraussetzungen von § 1 Abs. 3 AVB FernwärmeV abgewichen werden. Im Streitfall liegen indessen weder die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 AVB FernwärmeV noch eine Individualvereinbarung vor.

Die Vorschrift des § 1 Abs. 3 AVB FernwärmeV bestimmt, dass der Vertrag auch zu allgemeinen Versorgungsbedingungen abgeschlossen werden kann, die von den §§ 2 bis 34 der Verordnung abweichen, wenn das Fernwärmeversorgungsunternehmen einen Vertragsschluss zu den allgemeinen Bedingungen dieser Verordnung angeboten hat und der Kunde mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist. Wie das Landgericht im Anschluss an das Urteil des Oberlandesgerichts Brandenburg vom 10.10.2007 – 3 U 50/07 (CuR 2007, 151 ff.) zutreffend und von der Beklagten nicht angegriffen ausgeführt hat, zielt die Regelung in § 1 Abs. 3 AVB darauf ab, dem Abnehmer ein Wahlrecht zukommen zu lassen. Von einem Wahlrecht kann – entsprechend der Rechtsprechung zur Individualvereinbarung – nur ausgegangen werden, wenn der Verwender den gesetzesfremden Gehalt seiner AGB inhaltlich ernsthaft zur Disposition gestellt hat. Der Kunde muss die reale Möglichkeit erhalten, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 72. Aufl. § 305 Rdn. 20 m.w.Nachw.).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat der Senat durchgreifende Zweifel, dass die Beklagte der (künftigen) Verwalterin der Klägerin, das heißt der H2 GmbH, ein Wahlrecht zwischen einem Vertrag mit einer Laufzeit von 15 Jahren und einem Vertrag mit einer

Laufzeit von 10 Jahren mit einem dafür um 20 % höheren Grundpreis eingeräumt hat und die H2 GmbH die reale Möglichkeit hatte, sich für die kürzere Laufzeit von 10 Jahren zu entscheiden.

Die Anlage 2 des Vertrags vom 29.9./8.12.2006 (Bl. 24 d.A.), die ein gesondertes Verhandeln der 15-jährigen Vertragslaufzeit bestätigt, ist rechtlich unbeachtlich, kann ein wirkliches Aushandeln nicht ersetzen und führt nicht zu einer Änderung der Beweislast (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 72. Aufl. § 305 Rdn. 21). 31

Der Zeuge L3 hat zwar bekundet, dass es bei den im Herbst 2006 geführten Gesprächen zum Wärmelieferungsvertrag zwei Varianten gegeben habe, nämlich eine Vertrag mit einer Laufzeit über 10 Jahre oder über 15 Jahre. Über die Laufzeit sei verhandelt worden, indem sie Unterschiede zwischen dem Grundpreis und dem Arbeitspreis gemacht hätten. Eine 10-jährige Laufzeit hätte zu einer Kostenerhöhung geführt, nämlich um ca. 20 Prozent bezogen auf den Grundpreis. Konkurrenz-Angebote anderer Anbieter habe er nicht eingeholt, sondern den Betriebskostenspiegel des Mietervereins für Warmwasser und Wärmebezug zum Vergleich herangezogen, über dessen Mittelwert die Kosten nicht hinausgegangen seien. Er habe nur die Wahl zwischen einem teuren 10-Jahres-Vertrag und einem günstigeren 15-Jahres-Vertrag gehabt. Dabei habe er schon das Gefühl gehabt, eine echte Wahlmöglichkeit zu haben. Er hätte durchaus auch sagen können, dass es ein 10-Jahres-Vertrag sein solle. 32

Gegen eine reale Möglichkeit der H2 GmbH und des Zeugen L3, sich für eine Vertragslaufzeit von 10 Jahren zu entscheiden, spricht aber maßgeblich, dass der Geschäftsführer G der Beklagten zugleich Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Grundstückseigentümerin, also der L mbH & Co. KG, war, somit die im Zeitpunkt der Verhandlungen im Herbst 2006 noch bevorstehende Verwalterbestellung bestimmen oder zumindest beeinflussen konnte und es so in besonderer Weise in der Hand hatte, Vertragsbedingungen einseitig vorzugeben. 33

Eine möglichst lange Vertragsbindung entsprach dabei nicht nur dem Interesse der Beklagten als Wärmelieferantin, sondern ganz wesentlich auch dem Interesse und Vertriebskonzept der L mbH & Co. KG. Wie der Geschäftsführer der Beklagten G vor dem Senat erläutert hat, handelte es sich bei dem Objekt in der H Straße 1 und 3 in L um relativ preiswerten Wohnraum, der für Eigennutzer bestimmt war. Im Rahmen des Vertriebs waren daher möglichst niedrige Nebenkosten ein wichtiges Verkaufsargument. Ein geringeres, nach dem Wirtschaftsplan monatlich zu zahlendes Wohngeld konnte in Bezug auf die Heiz- und Warmwasserkosten insbesondere dadurch erreicht werden, dass der Vertragszeitraum verlängert und so die laufzeitabhängigen Kosten im Rahmen des Grundpreises über einen längeren Zeitraum verteilt wurden. Nach dem Vortrag der Beklagten und den Angaben des Zeugen L3 war der Grundpreis bei einer Laufzeit von 10 Jahren um 20 % höher als bei einer Laufzeit von 15 Jahren, was sich auf das monatlich zu zahlende Wohngeld entsprechend auswirkt. 34

Dafür, dass die Vertriebsinteressen der Grundstückseigentümerin, die Interessen der Beklagten und das Interesse der H2 GmbH an der Verwalterbestellung ausschlaggebend für die Festlegung der Vertragslaufzeit waren, streitet auch, dass der Geschäftsführer G vor dem Senat zu keinem Zeitpunkt klar und deutlich erklärt hat, dass die H2 GmbH und ihr Geschäftsführer Kotz zwischen einer Vertragslaufzeit von 10 und 15 Jahren hätte wählen können. 35

3. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass Folge der Unwirksamkeit der Vereinbarung einer 15-jährigen Laufzeit ist, dass ein unbefristeter und jederzeit kündbarer 36

Vertrag zustande gekommen ist.

Die Vorschrift des § 32 Abs. 1 AVB FernwärmeV enthält keine dispositive Regelfrist, die an die Stelle einer unwirksamen Vereinbarung treten würde, sondern ihrem eindeutigen Wortlaut nach eine Höchstfrist. Vereinbaren die Parteien eines Wärmelieferungsvertrags keine bestimmte Laufzeit, ist das Vertragsverhältnis – entsprechend der gesetzlichen Regelung anderer Dauerschuldverhältnisse (vgl. §§ 620, 723 BGB) – auf unbestimmte Zeit eingegangen und jederzeit kündbar. 37

Unter dem Gesichtspunkt ergänzender Vertragsauslegung, auf den sich die Beklagte im Berufungsverfahren nicht mehr beruft, kann sich im Ergebnis nichts anderes ergeben. Fehlen für eine Vertragsergänzung geeignete Vorschriften und ist die ersatzlose Streichung der Klausel keine interessengerechte Lösung, ist die Lücke durch ergänzende Vertragsauslegung zu schließen. An die Stelle der Klausel tritt die Regelung, die die Parteien bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen gewählt hätten, wenn ihnen die Unwirksamkeit der AGB bewusst gewesen wäre (Palandt/Grüneberg, 72. Aufl. § 306 Rdn. 13 m.w.Nachw.). Dies könnte hier allenfalls zu einer Mindestvertragslaufzeit führen, die eine Amortisation der Investitionskosten der Beklagten und einen gewissen, angemessenen Geschäftsgewinn ermöglicht. Die danach zu ermittelnde Mindestlaufzeit ist nach den dargelegten Kosten und Einnahmen der Beklagten nicht länger als die Zeit, die zwischen der Inbetriebnahme der Anlage im Januar 2008 und dem 31.8.2013 vergangen ist, zu dem die Kündigung vom 27.11.2012 erklärt wurde. Nach ihrem Vortrag hat die Beklagte für die Heizungsanlage, die die beiden Mehrfamilienhäuser der Klägerin und die beiden Nachbarhäuser H Str. 5 und 7 versorgt, 68.000 € zzgl. Planungskosten investiert (Bl. 159 d.A.), während sie nach dem Ausgangsgrundpreis von Seiten der Klägerin 10.471,99 € netto jährlich vereinnahmte (Bl. 259 d.A.). Bei anzunehmender gleicher Größe der Wohnungen in den Häusern H Straße 5 + 7 wären dies insgesamt knapp 21.000 € netto jährlich oder 105.000 € in fünf Jahren. Für laufzeitabhängige Kosten (Wartung, Raummiete, anteilige Personalkosten etc) in Höhe der Differenz zwischen 68.000 € und 105.000 € ist nicht annähernd etwas schlüssig dargetan, zumal die Klägerin die relativ niedrigen laufzeitabhängigen Kosten teils im Einzelnen dargelegt hat. 38

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO). Die entscheidungserheblichen Fragen sind ausschließlich solche des Einzelfalls. 39

Berufungsstreitwert: 64.753,23 € (3,5-facher Wert des einjährigen Bezugs, § 9 ZPO) 40