

Die Gleichartigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV

Von Rechtsanwalt Dr. Karsten Klotz, Berlin*

I. Ausgangssituation

Die Rechtsprechung hat im Bereich der Energielieferung von jeher an einen Vertragsschluss durch schlüssiges Verhalten keine hohen Anforderungen gestellt. In dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens ist ein Vertragsangebot in Form einer sog. Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages zu sehen. Dies wird von demjenigen konkludent angenommen, der von dem Versorgungsunternehmen Elektrizität, Gas, Wasser oder Wärme bezieht. Durch diesen Rechtsgrundsatz, der in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV lediglich wiederholt ist, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der Versorgung die angebotene Leistung vielfach ohne ausdrücklichen Vertragsschluss in Anspruch genommen wird.¹

Kommt ein Wärmeversorgungsvertrag konkludent zustande, erfolgt die Versorgung zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen (§ 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV). Mit der Festlegung auf gleichartige Preise geht die AVBFernwärmeV einen Schritt weiter, als die damaligen Regelungen in der AVBEltV oder AVBGasV². In diesen fehlte eine entsprechende Bestimmung, da sie aufgrund einer verbindlichen Bundestarifordnung bzw. allgemeinen Tarifen nicht erforderlich war.

Was man unter »gleichartig« zu verstehen hat, beantwortet die gesetzliche Regelung in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV allerdings nicht. Auch die Rechtsprechung hat sich dieser Frage bislang nur stiefmütterlich angenommen. Dabei wird ihre Beantwortung zusehends wichtiger. Sie ist insbesondere für Versorgungsunternehmen entscheidend. Diese haben dem neuen Vertragsverhältnis

die richtigen Versorgungskonditionen zugrunde zu legen. In der Praxis wird dies immer dann problematisch, wenn gleichartige Versorgungsverhältnisse auf den ersten Blick fehlen. Dies ist schon ganz allgemein wegen der zunehmenden Zersplitterung des Marktes in Nah- und Fernwärmelösungen der Fall. Schwierig zu beurteilen sind ganz konkret auch Fälle, bei denen nur ein Abnehmer mittels eines Fernwärmenetzes versorgt wird, dieser insolvent ist, der Insolvenzverwalter den Vertrag nicht fortsetzt, aber trotzdem weiter Wärme im Rahmen der Insolvenzverwaltung bezieht. Dasselbe Problem stellt sich bei einer Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung des mit Wärme versorgten Objekts. Schließlich stellt sich auch bei einer Kündigung des Versorgungsvertrages und einem Bezug von sog. Nahwärme aus einem Heizkessel über den Beendigungszeitpunkt des Vertrages hinaus die Frage, zu welchen Konditionen abzurechnen ist. Auch hier fehlt es auf den ersten Blick wegen der Singularität der Versorgung an einem gleichartigen Versorgungsverhältnis.

Mit diesem Beitrag soll der aktuelle Stand der Meinungen zu den »für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen« wiedergegeben und die Diskussion vorangetrieben werden.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei HHKW Helwig Hillmann Klotz Wolff in Berlin.

1 Vgl. BGH vom 17. 3. 2004 – VIII ZR 95/03.

2 Ersetzt durch die StromGVV bzw. GasGVV.

II. Die Gleichartigkeit in Rechtsliteratur und Rechtsprechung

1. Die Rechtsliteratur

Hempel/Franke³ kommentieren § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV bis heute wie folgt: »Die in § 2 AVBFernwärmeV getroffene Regelung deckt sich weitestgehend mit der entsprechenden Regelung in den AVBEltV und AVBGasV. Eine Besonderheit ergibt sich daraus, dass es bei der Fernwärmeversorgung weder eine verbindliche Bundestarifordnung, noch eine gesetzliche vorgesehene Abgrenzung der Kundengruppen (Tarifkunden, Sonderkunden) gibt, wie sie für Elektrizität und Gas aus § 6 Abs. 1 EnergG folgt. Deshalb war es einmal erforderlich, in Abs. 2 festzulegen, dass die Versorgung in einem durch konkludentes Verhalten begründeten Vertrag zu den für »gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen« erfolgt, wobei sich die Gleichartigkeit auf die Versorgungsverhältnisse im betreffenden Versorgungsgebiet bezieht.«

Wollschläger/Meyer⁴ stellen fest, dass sich die Gleichartigkeit »grundsätzlich auf ähnliche Versorgungsverhältnisse im betreffenden Versorgungsgebiet« beziehe.

Die gesetzlichen Vorgaben sind – wie bereits bemerkt – äußerst unpräzise. Nichts anderes gilt für die Ausführungen in der Rechtsliteratur. Was sind gleichartige oder ähnliche Versorgungsverhältnisse? Wie ist ein Versorgungsgebiet abzugrenzen und kommt es überhaupt darauf an?

2. Der Bundesgerichtshof

Der BGH⁵ hilft bei einer Beantwortung dieser Fragen nur bedingt weiter. In seiner bislang einzigen Entscheidung zur Gleichartigkeit hält er zunächst fest, dass die Beklagten bestritten haben, »dass es sich bei dem von der Klägerin angesetzten Grundpreis (...) um ein ortsübliches Entgelt handelt.« Daran anschließend führt der BGH aus, dass für den Fall, dass die Klägerin »vergleichbare Versorgungsverhältnisse mit anderen Kunden dagegen nicht in nennenswertem Umfang unterhält oder unterhalten hat, (...) in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen zwischen anderen Fernwärmeversorgern im Raum S., etwa der I. mbH, und Endabnehmern geltenden Preisregelungen einbezogen werden« müssen.

Es scheint, als ob der BGH einen räumlichen Ansatz wählt und die Gleichartigkeit iSv. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV als bloße Ortsüblichkeit versteht. Allerdings führt er weiter aus: »Da im Verhältnis der Parteien die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen geforderten Preise gelten, ist auch insoweit entscheidend, welche Regelungen über den Anschlusswert üblicherweise getroffen werden; denn dieser beeinflusst maßgeblich den von der Klägerin zu fordernden Grundpreis.«

Es lässt sich danach zumindest vermuten, dass der BGH als »gleichartig« ansieht, was »üblich« ist und dass das »übliche« ggfs. durch eine »Ortsüblichkeit« zu bestimmen ist. Bei der »Ortsüblichkeit« will der BGH zunächst auf »vergleichbare« Versorgungsverhältnisse des Versorgungsunternehmens, und wenn es diese nicht gibt, auf »gleichartige« Versorgungsverhältnisse von anderen Fern-

wärmeversorgern mit ihren Kunden, jeweils im gleichen Raum abstellen.

3. Die Instanzgerichte

Etwas eingehender als der BGH beschäftigten sich Instanzgerichte mit der Norm des § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV:

a) So hat das LG Arnsberg⁶ in Kenntnis der Entscheidung des BGH⁷ vertreten, dass die Gleichartigkeit gem. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV nicht voraussetze, dass die erhobenen Preise im Vergleich zu anderen Energieunternehmen ortsüblich und angemessen sind. Mit der Regelung solle lediglich gewährleistet werden, dass das Versorgungsunternehmen auch beim Fehlen einer verbindlichen Preisabsprache zu seinen üblichen Versorgungsbedingungen abrechne. Das Gericht war jedoch der Ansicht, dass man die Preise mit dem vorhergehenden Vertragspartner nicht zugrunde legen könne. Es sei nicht sicher, dass diese Preise dem neuen Vertragspartner bei Beginn des Wärmebezugs bekannt gewesen seien. Das Gericht verwies den Rechtsstreit an das Amtsgericht Werl zurück. Dieses sollte ggfs. durch Beweiserhebung klären, ob die Versorgerin im gesamten, mit Fernwärme versorgten Wohnpark dieselben und damit gleichartige Preise berechnet.

b) Eine Ausdifferenzierung erfuhr die Norm durch das LG Potsdam.⁸ Das Gericht hielt zwar zunächst fest, dass es nach Auffassung des BGH in erster Linie auf die vom Versorgungsunternehmen üblicherweise berechneten Preise ankomme. Würden solche fehlen, weil der Versorger außer dem in Streit stehenden keine oder unmaßgeblich wenige andere Kunden beliefere, so müssen in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen zwischen anderen Fernwärmeversorgern im selben Raum berechnete Preise einbezogen werden. Maßgeblich sei daher letztlich die Ortsüblichkeit der geforderten Preise.

Das Gericht bejahte jedoch sodann eine Ortsüblichkeit der geforderten Preise zwischen Versorgerin und einem Zwangsverwalter unter Verweis darauf, dass sie den Preisen entsprachen, den die Versorgerin mit dem Schuldner, also dem vorherigen Vertragspartner ausgehandelt hatte. Der Vergleichbarkeit stünde auch nicht entgegen, dass die Klägerin im selben Gebiet keine anderen Kunden versorge. Entscheidend für das Abstellen des Ordnungsgebers auf gleichartige Versorgungsverhältnisse sei dabei weniger der Gedanke, dass durch den Rückgriff auf den Marktpreis ein angemessener Preis bestimmt werden könne. Denn das setze voraus, dass sich bei Fernwärmelieferungen tatsächlich ein »Marktpreis« bilden könne, der wirtschaftlich und angemessen schon aufgrund des Wettbewerbs ist, in dem er sich behaupten muss. Das aber

3 Recht der Energie- und Wasserversorgung, § 2 AVBFernwärmeV, Erl.

4 In IR 2009, 82, 84.

5 Urteil vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

6 Urteil vom 22. 11. 2006 – 3 S 121/06.

7 Urteil vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

8 Urteile vom 22. 12. 2006 – 10 O 24/04 und 10 O 36/04.

könne, wenn überhaupt, nur in einem geringen Maße angenommen werden. Der Fernwärmemarkt besitze nicht die hierfür erforderliche Volatilität. Die Investitionen in den Aufbau einer Fernwärmeversorgung seien so hoch, dass die Kunden häufig durch langfristige, die Investitionskosten des Versorgers berücksichtigende Verträge gebunden sind. Eine Austauschbarkeit der Leistungen des Anbieters sei aus Kundensicht gegen die Fernwärme anderer Anbieter nicht gegeben. Diese bestünde nur gegen eine andere Art der Wärmeerzeugung.

Das Abstellen der AVBFernwärmeV auf vergleichbare Versorgungsverhältnisse könne daher viel eher mit der Notwendigkeit der Vorhersehbarkeit der geschuldeten Entgelte begründet werden, und zwar für beide Seiten: Für den Kunden müsse vor der Entnahme deutlich, zumindest aber erkennbar sein, zu welchen Konditionen er die Leistungen des Versorgers in Anspruch nimmt. Und diesem müsse die Möglichkeit gegeben werden, auch gegenüber demjenigen, die bis dahin üblichen Preise zu berechnen, der ohne einen vorherigen Vertragsschluss seine Leistungen in Anspruch nimmt. Für die vom Versorger kaum zu kontrollierende und nur schwer zu unterbindende schlichte Entnahme aus seinem Versorgungsnetz könne er so zumindest die auch sonst geforderten Preise verlangen. Diese Interessenlage der Beteiligten würde von der Anzahl an Verträgen, die der Versorger bis dahin in dem betroffenen Gebiet abgeschlossen hatte, nicht berührt.

Schließlich sei nicht entscheidend, ob die von der Versorgerin geforderten Preise angemessen sind, auch wenn das Gericht daran nach einem gerichtlich eingeholten Gutachten zweifelte. Geschuldet seien allein die ortsüblichen Preise, jedoch keine angemessenen.⁹

III. Die Gleichartigkeit des vorhergehenden Vertragsverhältnisses

1. Im Ergebnis ist das Verständnis des BGH von der Gleichartigkeit als (Orts-)Üblichkeit nicht zielführend. Es mag lediglich bei den ohnehin einfach zu beantwortenden Sachverhalten genügen, in denen ein Fernwärmeversorgungsnetz, also ein eingrenzbares Versorgungsgebiet existiert und alle Fernwärmekunden zu denselben, also Tarifkonditionen versorgt werden. Allein für diese Sachverhalte hilft das Verständnis des BGH und auch von *Hempel/Franke* weiter. Diese Sachverhalte sind jedoch nicht diejenigen, die problematisch sind und die es stringent zu lösen gilt. So geht insbesondere ein Vergleich mit Versorgungsverhältnissen anderer Fernwärmeversorger im selben Raum fehl:

Zwar können andere Versorger andere Kunden im selben Versorgungsgebiet aufgrund originärer Vertragsverhältnisse mit Wärme beliefern. Dieser Fall ist bei der Fernwärmeversorgung jedoch höchst selten. Dabei bleibt im Übrigen offen, was man als Versorgungsgebiet bzw. als selben Raum verstehen soll oder wie dieser abzugrenzen ist. Die übliche Konstellation, auf die die AVBFernwärmeV bei ihrer Ratifizierung abstellte, ist vielmehr diejenige eines alleinigen »Inselnetzes«. Diese Inselnetze sind

typisch für die Fernwärmeversorgung. Auf Grund der kapitalintensiven Investitionen, die einer Fernwärmeversorgung zu Grunde liegen, finden sich üblicherweise keine nebeneinander gelagerten oder sich überlagernden Inselnetze, die zu einer Überprüfung der Gleichartigkeit, aber auch der Ortsüblichkeit gereichen können.

Bei der Wärmeversorgung gerät man zudem überaus schnell in die Gefahr, Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Jedes Fernwärmenetz hat seine Besonderheiten z.B. hinsichtlich der Höhe der notwendigen Anfangsinvestitionen, seiner Unterhaltungskosten, seiner Abschreibungsdauer. Diese Faktoren führen zu gänzlich individuellen und nicht vergleichbaren Kosten, die üblicherweise über den Grundpreis abgebildet werden müssen. Zudem bestimmen die mit den Endkunden vereinbarten Vertragslaufzeiten die Amortisierungsdauer und damit auch die Höhe des zu berechnenden Grundpreises. Auch der Vergleich mit Arbeitspreisen anderer Versorger reicht nicht zur Ermittlung der Gleichartigkeit. Der Arbeitspreis hängt maßgeblich von den Kosten des Brennstoffeinkaufs ab. Auch hier spielen individuelle Faktoren eine Rolle, die einen sinnvollen Vergleich verhindern. So wird ein größeres Versorgungsunternehmen andere Einkaufspreise beim Brennstoffbezug durchsetzen können, als ein kleineres Stadtwerk.

Einem Vergleich stehen schließlich oftmals auch Quersubventionierungen entgegen. Üblicherweise gleichen Stadtwerke mit der Marge bei der Strom- und Gasversorgung Mindereinnahmen bei der Wärmeversorgung aus, da niedrige Wärmepreise großenteils politisch erwünscht sind.

Schließlich ist offen, aber im Zweifel zu verneinen, ob die Gleichartigkeit der Konditionen einer Nahwärmeversorgung¹⁰ im Rahmen eines Contracting-Vertrages mit den Konditionen einer Fernwärmeversorgung im selben Raum festgestellt werden soll. Gleichartig sind die Versorgungsverhältnisse zumindest dahingehend, dass jeweils Wärme geliefert wird. Allerdings wird mit diesem Beispiel auch die Vielfalt der Wärmeversorgungsverhältnisse deutlich, die von der AVBFernwärmeV erfasst sind.

Eine Heranziehung der Konditionen anderer Fernwärmeversorger zur Bestimmung der Gleichartigkeit i.S.d. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV ist damit ausgeschlossen. Allein die Vielzahl an individuellen Faktoren schließt eine Vergleichbarkeit schon aus. Es wird wohl auch kein nachvollziehbares Sachverständigengutachten geben, welches tatsächlich zwei Versorgungsverhältnisse unterschiedlicher Fernwärmeversorger zumindest in einem überwiegenden Teil als gleichartig bestätigt.

⁹ So auch das LG Neuruppin mit Urteil vom 20. 11. 2009 – 3 O 113/09.

¹⁰ Auch auf die Nahwärmeversorgung kann die AVBFernwärmeV mittlerweile Anwendung finden. Fernwärme i.S.d. AVBFernwärmeV ist die gewerbliche Versorgung Dritter mit Wärme auf der Grundlage eines Versorgungsvertrages. Vgl. BGH vom 6. 12. 1989 – VIII ZR 8/89 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, die eine gewisse räumliche Entfernung verlangte (BGH vom 9. 4. 1986 – VIII ZR 133/85).

2. Die Ausdifferenzierung der Norm durch das LG Potsdam überrascht gleichermaßen, wie sie im Ergebnis richtig ist. Ausgangspunkt ist zwar zunächst der allein räumliche Ansatz des BGH, welcher die Gleichartigkeit als Ortsüblichkeit bestimmt. In einem weiteren Schritt entfernt sich das LG Potsdam dann jedoch von diesem Verständnis des BGH, der sogar – wie dargestellt – den Vergleich mit anderen Fernwärmeversorgern in einem nicht näher eingegrenzten oder eingrenzbaaren Raum vorschlägt.¹¹ Vielmehr versteht das LG Potsdam unter ortsüblich die mit dem vorherigen Kunden für das zu versorgende Objekt ausgehandelten Konditionen. Der räumliche Ansatz wird damit für eine individuelle Betrachtung der Gleichartigkeit aufgegeben.

Im Unterschied zu der Entscheidung des LG Arnsberg lässt es das LG Potsdam auch dabei bewenden, lediglich eine Erkennbarkeit der Konditionen auf Seiten des Kunden zu verlangen. Eine genaue Kenntnis der Konditionen bei dem Kunden, wie es das LG Arnsberg verlangt, ist auch nicht nötig. Eine Erkennbarkeit und damit die Möglichkeit der Kenntnisnahme reichen gänzlich aus. Dass die genaue Kenntnis von dem LG Arnsberg wohl auch nicht wirklich als maßgebend angesehen wird, beweist es mit der Rückverweisung des Rechtsstreits an das AG Werl. Dort soll es nur noch auf die im Wohnpark berechneten Konditionen ankommen. Das LG Arnsberg ist damit nicht konsequent.

3. Die Zugrundelegung der Konditionen des vorhergehenden Vertrages erfolgt völlig zu Recht. Synonyme für »gleichartig« sind u.a. »sehr ähnlich«, »sich deckend«, »identisch« oder auch »ohne Unterschied«. Weder »ortsüblich«, noch »üblich« sind ein Synonym von »gleichartig«.¹²

Aus der Amtlichen Begründung zu § 2 AVBFernwärmeV ist zudem zu entnehmen, dass Absatz 2 u.a. klarstellen soll, »zu welchen Bedingungen und Preisen Abnehmer zu versorgen sind, deren Versorgungsvertrag durch sozialtypisches Verhalten zustande gekommen ist.« Die AVBFernwärmeV trat im Jahre 1980 in Kraft. Zur damaligen Zeit rang die Rechtsprechung zwar noch mit sich, ob man der Lehre vom faktischen Vertrag folgt oder aber den Vertragsschluss durch sozialtypisches Verhalten annimmt.¹³ Davon unabhängig stützte man sich zur Bestimmung des Entgeltes für die in Anspruch genommene Leistung jedoch stets auf die Vorgaben des Anbietenden der Leistung. Keines der Gerichte kam auf die Idee, z.B. das Beförderungsentgelt bei einem Vertragsschluss durch »Einsteigen in die Straßenbahn« von einer Ortsüblichkeit abhängig zu machen oder die Entgelte anderer Straßenbahnen zu seiner Bestimmung heranzuziehen. Die Gleichartigkeit mit einer Ortsüblichkeit gleichzusetzen, dürfte dem Gesetzgeber daher wohl nicht in den Sinn gekommen sein.

Damals üblich – und daran hatte wohl auch der Gesetzgeber gedacht – erfolgte die Versorgung von Fernwärmekunden zu veröffentlichten Tarifen durch ein im ganzen Versorgungs- bzw. Stadtgebiet tätiges Stadtwerk. Insofern gelten gem. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV zunächst die jeweiligen Tarifentgelte, wenn solche existieren. Dieser Ansatz hilft aber nicht weiter, wenn es an Tarifentgelten fehlt

und durchgängig Sonderverträge geschlossen werden. Für die Ortsüblichkeit wäre danach ein Vergleich mit diesen Sonderverträgen nötig. Doch auch bei diesen ist überaus zweifelhaft, ob sie als gleichartig angesehen werden können. Insbesondere bei der Ermittlung eines gleichartigen Anschlusswertes dürfte das Heranziehen anderer Tarif- oder Sonderkundenverträge keine Hilfe sein.

Die Ermittlung der für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Konditionen ist damit richtigerweise auf das ursprüngliche, also vorhergehende Vertragsverhältnis zu beziehen. Der Wortlaut der Norm steht dem jedenfalls nicht entgegen. Vielmehr untermauert er diesen Ansatz, wie die Synonyme zu »gleichartig« zeigen. Allein der vorhergehende Vertrag wurde anfänglich zwischen zwei Vertragsparteien ausgehandelt. Allein dieser kann die anfänglichen Investitionen und die laufenden Kosten des Versorgers berücksichtigen und vermeidet wirtschaftliche Einbußen desselben. Nur seine Konditionen können das wirtschaftliche Gleichgewicht auch bei einem Vertragsverhältnis gem. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV widerspiegeln, welches der vorhergehende Kunde üblicherweise hinterfragt und mit anderen Angebot verglichen hat.

Der Kunde ist im Übrigen bei einem Vertragsschluss nach § 2 Abs. AVBFernwärmeV, welches auf die Konditionen abstellt, die zuvor galten, ausreichend geschützt. Unabhängig davon, dass der Kunde eigenverantwortlich und freiwillig Wärme bezieht, stand es ihm frei, vor dem ersten Wärmebezug die Konditionen zu erfragen. Er hatte insofern die Möglichkeit zur vorherigen Kenntnisnahme. Dies gilt, egal, ob die ursprünglichen Konditionen aus einem singulären Vertrag, aus einem von vielen Sonderkundenverträgen oder aus einem geltenden Tarifentgelt entstammen. Eine vorherige Kenntnis der Konditionen fordert § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV im Übrigen entgegen der Ansicht des LG Arnsberg¹⁴ nicht.

Zu klären bleibt schließlich, wie man auf ein vorhergehendes Vertragsverhältnis zurückzugreifen soll, wenn es das erste Vertragsverhältnis ist. Eine solche Sachverhaltskonstellation dürfte jedoch praktisch nicht existent sein, da bei einer Nahwärmeversorgung stets zuerst ein Vertrag geschlossen wird, bevor auch Wärmeerzeugungsanlagen errichtet werden. Bei einer ersten Entnahme von Wärme an einer neuen Anschlussstelle aus dem Verteilungsnetz des Versorgungsunternehmens dürfte man dagegen wieder unproblematisch auf Tarifkonditionen bzw. andere, im Verteilungsnetz bestehende Verträge zurückgreifen können.

11 Vgl. BGH vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

12 So wohl auch das LG Arnsberg vom 22. 11. 2006 – 3 S 121/06; a.A. BGH vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

13 Die von Haupt im Jahre 1941 entwickelte Lehre vom faktischen Vertrag hat die Rechtsprechung dann 1985 endgültig aufgegeben, vgl. BGHZ 95, 399.

14 Urteil vom 22. 11. 2006 – 3 S 121/06.

IV. Anschlusswert, Vertragslaufzeit und Preisgleitklausel

Für den zugrunde zu legenden Anschlusswert, die Laufzeit und die anzuwendende Preisgleitklausel bleibt ebenfalls der Rückgriff auf den vorhergehenden Vertrag das probate Mittel.

1. Rechtsprechung

Der 6. Zivilsenat des OLG Brandenburg¹⁵ ist der Meinung, dass durch die Abnahme von Wärme zwar ein Vertragsverhältnis nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV begründet werde, der so zustande gekommene Vertrag aber hinsichtlich des Umfangs des Preises der Wärmelieferungen noch unvollständig sei. Demgegenüber geht der 12. Zivilsenat des OLG Brandenburg¹⁶ knappe zwei Monate später unproblematisch davon aus, dass zur Bestimmung des Anschlusswertes und der Preisgleitklausel auf die Regelungen in gleichartigen Vertragsverhältnissen zurückgegriffen werden kann. Mit dieser Ansicht kann sich der 12. Zivilsenat auf den BGH¹⁷ stützen, der dies zumindest hinsichtlich des Anschlusswertes bestätigt hat. Das LG Lübeck¹⁸ geht schließlich ohne Weiteres davon aus, dass alle Preisbestimmungen des Versorgers nebst Preisanpassungsklausel gem. § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV Bestandteil des Vertragsverhältnisses werden. Dass dies auch für die Vertragslaufzeit gilt, hat bislang nur das OLG Frankfurt¹⁹ explizit bestätigt. Danach richte sich die Laufzeit eines konkludent geschlossenen Vertrages nach § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV.

2. Rechtsliteratur

In der Rechtsliteratur äußert sich Witzel²⁰: »Kommt ein Vertrag durch die faktische Entnahme von Wärme zustande (. . .), gilt die Laufzeit, die bei vergleichbaren Versorgungsverhältnissen üblicherweise von dem Unternehmen zugrunde gelegt wird.« Wollschläger/Meyer²¹ halten es für durchaus denkbar, dass die Laufzeit dem entspricht, was bei dieser Art von Verträgen regelmäßig üblich ist und geben diese mit Verweis auf § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV mit zehn Jahren an.

3. Stellungnahme

Der BGH²² hat bereits frühzeitig anerkannt, dass das Wärmeversorgungsverhältnis insbesondere wegen der Kapitalintensität der Fernwärmeversorgung und im Interesse einer möglichst verlässlichen Basis der Preiskalkulation langfristig angelegt werden muss. Um zu verhindern, dass der an die vereinbarte Vertragslaufzeit anknüpfenden Preiskalkulation der Fernwärmeunternehmen im Nachhinein die Grundlage entzogen wird, hat der Gesetzgeber²³ bei Inkrafttreten der AVBFernwärmeV zum Ausdruck gebracht, dass alle Verträge, die bereits zuvor abgeschlossen wurden, ihre vereinbarte Laufzeit beibehalten.

Diese Grundgedanken sind bei der Beantwortung der Frage, inwieweit Anschlusswert, Vertragslaufzeit und Preisgleitklausel Vertragsbestandteil werden, zu berücksichtigen. Festzuhalten ist dabei jedoch zunächst, dass

alle drei Faktoren Bestandteil eines nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV geschlossenen Vertrages sind. Der Begriff »Preis« im Sinne von § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV ist richtigerweise umfassend zu verstehen.²⁴ Es sind alle preisbestimmenden Komponenten eines Vertragsverhältnisses einzubeziehen.

Alle drei Faktoren können wiederum aus dem vorhergehenden Vertragsverhältnis übernommen werden. Damit werden erneut Schwierigkeiten umgangen, die sich z.B. daraus ergeben, dass das mit Wärme versorgte Objekt ein individuelles ist und keine gleichartigen Objekte im enger oder weiter gefassten Versorgungsgebiet existieren. Zudem wird die Kalkulation des Versorgungsunternehmens, die dem ursprünglichen Vertrag zugrunde lag, nicht aufgehoben. Das Versorgungsunternehmen hat insofern eine Preissicherheit, welche auch durch die Übernahme der ursprünglichen Preisgleitklausel gewahrt wird.

Hinsichtlich der Vertragslaufzeit ist jedoch zu differenzieren: Bei der individuellen Betrachtung und Übernahme der Preisbestimmungen aus dem ursprünglichen Vertrag kann nur die noch verbliebene Restvertragslaufzeit als gleichartig angesehen werden. Würde man hingegen eine zehnjährige Vertragslaufzeit gem. § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV als gleichartig annehmen, würde dies unter Berücksichtigung der unveränderte Übernahme insbesondere des Grundpreises nebst Preisgleitung zu einem Ungleichgewicht und bei einer Gesamtschau zur Verneinung der Gleichartigkeit führen. So soll der Grundpreis u.a. die eingesetzten Investitionen amortisieren und ist über die ursprüngliche Vertragslaufzeit kalkuliert. Bei Annahme einer neuen, zehnjährigen Vertragslaufzeit wäre er zwangsläufig zu hoch. Eine geringere, als die noch offene Vertragsdauer aus dem vorhergehenden Vertrag anzusetzen, wäre ebenfalls falsch: Bei einer verkürzten Vertragsrestlaufzeit müsste sich der Restbetrag der Investitionen des Fernwärmeversorgungsunternehmens innerhalb der kürzeren Vertragslaufzeit amortisieren. Die Folge wäre ein Wärmepreis, der die Investitionskosten auf den jeweiligen Umfang der Kündigungsfrist umlegt und höher und damit erst dann gleichartig im Sinne der Norm ist. Es kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV zu einer gleichzeitigen Modifizierung von Vertragslaufzeit und Wärmepreis führen soll.

Ist die Erstlaufzeit des vorherigen Vertrages zum Zeitpunkt der Entnahme durch den neuen Kunden bereits abgelaufen, bietet sich die Geltung der üblicherweise in den Verträgen enthaltenen Verlängerungslaufzeit von fünf

15 Urteil vom 19. 9. 2006 – 6 U 132/05.

16 Urteil vom 9. 11. 2006 – 12 U 172/04.

17 Urteil vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

18 Urteil vom 22. 1. 2009 – 14 S 283/06.

19 Urteil vom 23. 4. 2008 – 4 U 150/07.

20 In Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Auflage, 1997, S. 212.

21 In IR 2009, 82, 84.

22 Urteil v. 6. 11. 1984 – KVR 13/83.

23 Amtliche Begründung zu § 32 AVBFernwärmeV, abgedruckt bei Hempel/Franke, a.a.O., § 32 AVBFernwärmeV.

24 So auch Wollschläger/Meyer in IR 2009, 82, 84.

Jahren an. Sollte dazu eine vertragliche Regelung fehlen, kann auf § 32 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV zurückgegriffen werden.

Eine abschließende Bemerkung muss schließlich noch dem praktisch wichtigen Fall einer wegen Verstoßes gegen § 32 AVBFernwärmeV unwirksam vereinbarten Vertragslaufzeit gelten. Liegt ein solcher Verstoß vor, entspricht es einhelliger Ansicht²⁵, dass der Vertrag jederzeit ordentlich kündbar ist. Zu beachten ist dabei die neunmonatige Kündigungsfrist des § 32 AVBFernwärmeV.²⁶ Oftmals beziehen die Kunden aber auch nach erklärter Kündigung und Verstreichenlassen des Beendigungszeitpunktes weiter Wärme vom Versorgungsunternehmen.²⁷ In diesen Fällen diskutieren Instanzgerichte zuhauf die zu beanspruchende Wärmeversorgungsvergütung für den Zeitraum nach dem in der Kündigung benannten Beendigungszeitpunkt. Insbesondere wird für diesen Zeitraum ein konkludentes Vertragsverhältnis angenommen und die Gleichartigkeit nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV erörtert. Diese Erörterungen sind überflüssig. Wer trotz Kündigung seines Vertrages Wärme weiter bezieht, hebt durch sein widersprüchliches Verhalten seine Kündigungserklärung auf und setzt kraft schlüssigen Verhaltens seinen Vertrag fort.²⁸ Die Annahme eines konkludenten Vertragsverhältnisses nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV verbietet sich.

V. Keine Überprüfbarkeit nach § 315 BGB

Vermehrt trifft man in Zahlungsrechtstreitigkeiten auf den Einwand des Kunden, die nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV abgerechneten Preise und Anschlusswerte seien unbillig. Das Ziel des Einwands liegt auf der Hand. Der Kunde will eine Billigkeitsprüfung des Gerichts gem. § 315 BGB erreichen.

Möglicherweise stützen sich die Kunden mit ihrem Einwand auf zunächst missverständliche Ausführungen des BGH in seinem Urteil vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05. So hat »der Senat im Bereich der Versorgung mit Elektrizität auch in Fällen, in denen sich die Abnahmebedingungen nicht nach einem festen Tarif des Versorgungsunternehmens, sondern nach einem im Einzelfall abzuschließenden Sonderabnahmevertrag bestimmen, entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 1 BGB angenommen, dass Versorgungsunternehmen und Sonderabnehmer regelmäßig nicht im vertragslosen Raum handeln wollen, wenn sie sich etwa über den Strompreis nicht einig sind, aber gleichwohl Strom liefern und abnehmen. Andernfalls würden sich die erbrachten und zu erbringenden Leistungen nur nach den Bereicherungsvorschriften (§§ 812 ff. BGB) beurteilen, die für die Abwicklung der von beiden Parteien gewollten und faktisch bestehenden Dauerbeziehung ungeeignet sind. Der Senat ist deshalb auch in diesen Fällen davon ausgegangen, dass ein Sonderabnahmevertrag zustande kommt (Senatsurteil vom 19. 1. 1983 – VIII ZR 81/82, NJW 1983, 1777 = WM 1983, 341, unter I 3 a) und dass der Strompreis gegenüber dem Sonderkunden von dem Versorgungsunternehmen in entsprechender Anwendung der §§ 315, 316 BGB nach bil-

ligem Ermessen zu bestimmen ist (Senatsurteil vom 19. 1. 1983, a.a.O.).«

Diese Ausführungen lassen viele Kunden glauben, die Wärmeversorgungsunternehmen würden auch im Rahmen von § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV ein einseitiges Bestimmungsrecht ausüben, welches nach § 315 BGB überprüfbar sei. Dies ist jedoch falsch. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV schreibt dem Versorgungsunternehmen einerseits zwingend vor, welche Preise zu gelten haben. Die Norm gewährt keinerlei Ermessensspielraum, sondern bestimmt selbst die Rechtsfolge, ohne jedes Bestimmungsrecht des Versorgers. So kommt § 315 BGB auch dann nicht zur Anwendung, wenn der Vertrag statt einer betragsmäßigen Festlegung des Entgelts auf einen allgemeinen Tarif verweist²⁹ oder die Berechnungsfaktoren für eine Preisänderung vertraglich so bestimmt sind, dass bei der Berechnung des geänderten Preises kein Ermessensspielraum besteht³⁰. Andererseits sind die von dem Versorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV geforderten Preise grundsätzlich Gegenstand einer vertraglichen Einigung mit dem Kunden, so dass eine gerichtliche Kontrolle einer einseitigen Leistungsbestimmung durch das Versorgungsunternehmen nach § 315 Abs. 3 BGB schon deshalb nicht in Betracht kommt.³¹

Etwas anderes mag allenfalls gelten, wenn die nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV abzurechnenden gleichartigen Preise aus einem Gebiet mit Anschluss- und Benutzungs-

25 Vgl. z.B. OLG Brandenburg vom 10. 10. 2007 – 3 U 50/07.

26 Witzel in: Witzel/Topp, a.a.O., S. 212, geht richtigerweise in Anlehnung an § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV von einer neunmonatigen Frist aus. Hingegen nimmt das OLG Rostock mit Urteil vom 15. 1. 2004 – 7 U 91/02 für einen jährlich abzurechnenden Wärmeversorgungsvertrag in analoger Anwendung der §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 4 BGB eine Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Schluss eines Kalendervierteljahres an. Das OLG Rostock hat bei dieser Entscheidung wohl zum einen die AVBFernwärmeV gänzlich übersehen und zum anderen den Wärmeversorgungsvertrag nicht wie von der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung als Sukzessivlieferungsverhältnis (Kaufvertrag) verstanden, sondern als typengemischten Vertrag mit werk- und dienstvertraglichen Elementen angesehen. Das OLG Brandenburg vom 15. 1. 2009 – 5 U 170/06 will hingegen auf die §§ 624, 723 BGB, also dienstvertrags- und sogar gesellschaftsrechtliche Regelungen, zur Bestimmung der Kündigungsfrist zurückgreifen. Auf § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV könne nicht zurückgegriffen werden, da »diese Bestimmung die Vereinbarung einer Vertragsdauer voraussetzt und daher keine Anwendung finden kann, wenn eine Vertragsdauer (...) nicht bestimmt ist und auch bewusst (noch) nicht bestimmt werden sollte.« Auch dies überzeugt nicht. Die neunmonatige Frist stellt einen »gesunden« Ausgleich der beiderseitigen Interessen dar. Insbesondere der Kunde benötigt diesen Zeitraum im Zweifel zur Etablierung einer Ersatzversorgung.

27 Entweder ist eine andere Wärmeversorgung noch nicht sicher gestellt, man befindet sich im Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Kündigung oder die Kündigung diene allein als Mittel in Preisverhandlungen.

28 BGH vom 4. 12. 1967 – VIII ZR 178/65.

29 BGH vom 28. 3. 2007 – VIII ZR 144/06.

30 BGH vom 11. 10. 2006 – VIII ZR 270/05.

31 OLG Brandenburg vom 9. 11. 2006 – 12 U 172/04.

zwang gewonnen werden³² oder aber die vergleichbaren Vertragsverhältnisse jeweils auf eine Preisfestsetzung durch das Versorgungsunternehmen verweisen³³.

VI. Reichweite des Einwendungsausschluss nach § 30 AVBFernwärmeV

Nach Ansicht des VIII. Zivilsenats des BGH³⁴ erfasst der Einwendungsausschluss des § 30 AVBFernwärmeV nicht die in Rede stehende Frage des zu entrichtenden Preises, sondern hat vielmehr eine bindende Preisabrede zur Voraussetzung. Der Wortlaut der Vorschrift decke zwar sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe ab, die der Kunde der Entgeltforderung des Versorgungsunternehmens entgegensetzen kann. Er lasse auch keine Beschränkung auf bestimmte Einwendungen erkennen. Sinn und Zweck sollen es jedoch nicht rechtfertigen, dass Versorgungsunternehmen im Zahlungsprozess von der Darlegung und dem Beweis der für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preise im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV entlastet werden.

Für diese Ansicht des VIII. Zivilsenats gibt es keine Anhaltspunkte im Wortlaut der Regelung. Dies sieht der VIII. Zivilsenat selbst ein. Ebenso wenig kann der VIII. Zivilsenat seine Ansicht auf eine teleologische Auslegung der Regelung stützen, obwohl er es versucht. Der VIII. Zivilsenat kennt zwar die Regelung selbst und auch die Regelungsintention des Gesetzgebers, lässt aber beides in seiner Entscheidung außer Acht. Vielmehr schießt der VIII. Zivilsenat geradezu über das Ziel hinaus. Dies mag daran liegen, dass er sich dem Verbraucherschutz verpflichtet fühlt. Die Regelung des § 30 AVBFernwärmeV soll jedoch nicht den Verbraucher bzw. Kunden schützen, sondern das Versorgungsunternehmen.

Der X. Zivilsenat des BGH³⁵ hat in einem vergleichbaren Fall dem Regelungszweck des § 30 AVBFernwärmeV entsprechend entschieden: Der Wortlaut der Regelung decke nach allgemeinem Sprachverständnis sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe ab, die der Kunde der Entgeltforderung der Klägerin entgegensetzen kann. Die Regelung solle gewährleisten, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Versorgungsunternehmen nicht unvermeidbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen in Fällen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen.³⁶ Die Verfolgung dieses Zwecks gebiete eine weite Auslegung dahin, dass alle Einwände gegen Grund und Höhe des Zahlungsanspruchs ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Einordnung erfasst werden, einschließlich der Einwände gegen die Höhe der Tarife nach § 315 Abs. 3 BGB.³⁷

Diesem Ergebnis stehen auch die weiteren Erwägungen des VIII. Zivilsenats nicht entgegen, die sich im Ergebnis sogar als inkonsequent entpuppen. Zunächst argumentiert der Senat, dass den »berechtigten« Belangen des Kunden, der den von ihm geforderten Preis für zu hoch hält, nur dadurch hinreichend Rechnung getragen werden könne, dass es ihm gestattet wird, diesen Einwand schon im Rahmen der Leistungsklage zu erheben, und er nicht zur Gel-

tendmachung auf einen Rückforderungsprozess verwiesen wird. Ein paar Absätze zuvor hebt der Senat jedoch noch hervor, dass derjenige die Realofferte des Versorgungsunternehmens auf Abschluss eines Versorgungsvertrages konkludent annehme, der aus dem Leitungsnetz Fernwärme entnimmt. Im Übrigen sei eine Erklärung, mit dem Versorgungsunternehmen keinen Vertrag schließen zu wollen, unbeachtlich, weil derjenige sich damit in Widerspruch zu seinem tatsächlichen Verhalten setze.³⁸ Man fragt sich was nun gelten soll: Zum Einen nimmt der BGH einen konkludenten Vertragsschluss an, dessen *essentialia negotii* durch § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV abschließend bestimmt werden, wobei ein Widerspruch des Wärmeabnehmers zum Vertragsschluss gänzlich unbeachtlich sein soll. Zum Anderen wird der Widerspruch des Abnehmers gegen die Preise durch den BGH geheiligt. Nur ersteres kann aber richtig sein. Ein Vertrag wurde geschlossen. Inhalt und Umfang sind gesetzlich bestimmt.

Die von dem VIII. Zivilsenat hervorgehobene, vorherige Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung bei einem Vertrag, folgt gerade aus einer Einigung der Parteien hierüber. Eine solche Einigung hat aber der Abnehmer – freiwillig und in eigener Verantwortung – vor Inanspruchnahme der Leistung des Versorgungsunternehmens nicht herbeigeführt. In den Augen des VIII. Zivilsenats macht dies den Kunden erstaunlicherweise schutzwürdiger als das Versorgungsunternehmen. Diese Ansicht bzw. die Auslegung der Regelung des § 30 AVBFernwärmeV ist *contra legem*. Keiner hat die Pflicht aus einem Fernwärmenetz Wärme zu entnehmen. Wenn er es doch tut, ohne ein vorherigen, expliziten Vertrag mit dem Versorgungsunternehmen zu schließen, ist dem Abnehmer sehr wohl zuzumuten, seine Einwendungen gegen die Höhe der gegen ihn gerichteten Forderungen in einem Rückforderungsprozess geltend zu machen.

Schließlich versucht der VIII. Zivilsenat, seine fehlerhafte Ansicht noch mit einer angeblichen Motivation des Normgebers zu stützen. Dieser habe der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der vertraglichen Grundlagen für Art und Umfang der Leistungspflicht des Kunden besondere Bedeutung beigemessen. Dies solle sich daran zeigen, dass das Versorgungsunternehmen nach § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV verpflichtet ist, jedem Neukunden die maßgeblichen Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen. In demselben Urteil, und zwar nur vier Randziffern zuvor, stellt der VIII. Zivilsenat jedoch völlig zu Recht klar, dass § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV an

32 BGH vom 5. 7. 2005 – 10 ZR 60/04, BGH vom 28. 3. 2007 – VIII ZR 144/06.

33 BGH vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

34 Urteil vom 15. 2. 2006 – VIII ZR 138/05.

35 Urteil vom 5. 7. 2005 – X ZR 60/04.

36 Begründung des Bundesministers für Wirtschaft, wiedergegeben bei *Hempel/Franke*, a.a.O., § 30 AVBEltV, Rdn. 3.

37 So auch BGH vom 3. 11. 1983 – III ZR 227/82; vgl. auch BGH vom 26. 5. 2004 – VIII ZR 311/03 zur weiten Auslegung der Haftungsbeschränkung in § 6 AVBEltV; ebenso *Hempel/Franke*, a.a.O., § 6 AVBEltV, Rdn. 9, 26.

38 Unter Verweis auf Senatsurteile vom 26. 1. 2005 – VIII ZR 66/04 und vom 30. 4. 2003 – VIII ZR 279/02.

eine Verletzung der Bestätigungspflicht des Versorgungsunternehmens bei einem auf andere Weise als schriftlich zustande gekommenen Vertrag keine Sanktion knüpfe. Die schriftliche Vertragsbestätigung solle lediglich für die erforderliche Rechtsklarheit und Informationsgrundlage sorgen.³⁹ Sie habe deshalb ausschließlich deklaratorische Bedeutung und sei weder Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertragsschlusses insgesamt noch für die normativ begründete Geltung der Allgemeinen Versorgungsbedingungen.⁴⁰

Ist die Bestätigungspflicht jedoch richtigerweise nur deklaratorischer und nicht konstitutiver Natur, kann der BGH dem Normgeber nicht unterstellen, er habe der (anfänglichen) Transparenz der vertraglichen Grundlagen ein besonderes Interesse beigemessen. Insbesondere kann der BGH mit der nur deklaratorischen Bestätigungspflicht keinen gesetzlich eindeutig bestimmten Einwendungsausschluss ausblenden. Im Ergebnis hat § 30 AVBFernwärmeV selbstverständlich bei einem konkludenten Vertragsschluss umfassend zu gelten.

VII. Fazit

Der Begriff gleichartig ist i.S.d. § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV weder als üblich, ortsüblich noch als angemessen

zu verstehen. Fehlen Tarifentgelte, durch die gleichartige Versorgungsverhältnisse bestimmt werden können, so ist der Rückgriff auf das vorhergehende Vertragsverhältnis an derselben Abnahmestelle des Fernwärmenetzes bzw. Nahwärmeerzeugungsanlage zur Ermittlung der Gleichartigkeit angezeigt. Dies gilt nicht nur für den Preis selbst, sondern auch für alle preisbildenden Faktoren, wie Anschlusswert, Preisgleitklausel oder Vertragslaufzeit. Dabei ist eine Billigkeitsprüfung (§ 315 BGB) der als gleichartig ermittelten Preise ausgeschlossen. Diese werden nicht einseitig bestimmt, sondern sind Gegenstand einer vertraglichen Einigung. Schließlich sind auch Einwendungen des Kunden gegen die vom Versorger im Rahmen eines konkludenten Vertragsverhältnisses abgerechneten Preise gem. § 30 AVBFernwärmeV im Zahlungsrechtsstreit ausgeschlossen. Dies entspricht den eindeutigen gesetzlichen Vorgaben. Der Kunde ist mit seinen Einwendungen auf den Rückforderungsprozess zu verweisen.

³⁹ Mit Verweis auf die Amtliche Begründung zu § 2 AVBFernwärmeV, abgedruckt bei *Hempel/Franke*, a.a.O., § 2 AVBFernwärmeV.

⁴⁰ Mit Verweis auf *Hempel/Franke*, a.a.O., § 2 AVBEltV, Rdnr. 152, zu der übereinstimmenden Regelung des § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBEltV.