



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 37/10

Verkündet am:  
6. Juli 2011  
Ring,  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

AVBFernwärmeV § 24

- a) Allgemeine Versorgungsbedingungen in einem Fernwärmeliefervertrag unterliegen - von den Fällen des § 1 Abs. 2 und 3 Satz 1 AVBFernwärmeV abgesehen - nicht den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen, sondern denjenigen der AVBFernwärmeV. Für die Auslegung von vorformulierten Allgemeinen Versorgungsbedingungen sind aber die gleichen Maßstäbe heranzuziehen wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der §§ 305 ff. BGB.
- b) Stellt eine Preisanpassungsklausel in Allgemeinen Versorgungsbedingungen allein auf einen Preisindex für den eingesetzten Energieträger ab, fehlt es ihr an der gemäß § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (§ 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF) neben der Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement) erforderlichen Berücksichtigung der Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Versorgungsunternehmen (Kostenelement), es sei denn, es wäre sichergestellt, dass sich die konkreten Energiebezugskosten des Versorgungsunternehmens im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelten wie der Index (Fortführung von BGH, Urteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09).

BGH, Urteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Richter Dr. Frellesen, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 22. Dezember 2009 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Zwischenfeststellungsurteil der Kammer 18 für Handelssachen des Landgerichts Hamburg vom 20. März 2008 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 30. Mai 2008 wird zurückgewiesen.

Im Übrigen wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin betreibt eine Seniorenwohnanlage, die aus dem von der Beklagten errichteten Fernheizwerk H. mit Fernwärme versorgt wird. § 1 des im Jahre 1978 geschlossenen Anschluss- und Wärmeliefervertrages (im Folgenden: Vertrag), der noch bis 2017 läuft, lautet wie folgt:

"§ 1

Errichtung des Bauvorhabens

1. Die Firma [Klägerin] wird den im Plan (Anlage B1) bezeichneten Gewerbebetrieb in H. mit einem geschätzten Anschlusswert von ca. 1,512 MJ/s errichten. In diesem Vertrag erfolgt die Berechnung des Wärmeanschlusswertes bei gewerblich genutzten Gebäuden als Summe des Wärmebedarfs für Raumheizung, berechnet nach DIN 4701 (Januar 1959) zuzüglich der Wärmenennleistung für die Gebrauchswassererwärmung und sonstige Wärmeverbrauchseinrichtungen, die gesondert ermittelt werden. Sofern durch innerbetriebliche Einrichtungen (z.B. durch Vorrangschaltungen) der Wärmeanschlusswert reduziert werden kann, gilt diese reduzierte, von der Firma bestellte max. Leistung als Wärmeanschlusswert. Stellt die Firma Produktionswärme her, die sie anstelle der vom Fernheizwerk gelieferten Wärme einsetzen kann, so vermindert sich der Wärmeanschlusswert entsprechend, wenn diese Produktionswärme ständig erzeugt wird. Steht diese Produktionswärme nicht ständig zur Verfügung, vermindert sich der Wärmeanschlusswert nicht. Die Firma ist aber berechtigt, diese Produktionswärme zur teilweisen Deckung ihres Wärmeverbrauchs einzusetzen.

2. Der in Ziffer 1 angegebene Anschlusswert wird in folgenden Stufen erreicht:

1. Wärmeanschlusswert:	1,512	MJ/s
Beginn der Wärmeversorgung		19
2. Wärmeanschlusswert:		MJ/s
Beginn der Wärmeversorgung		19
3. Wärmeanschlusswert:		MJ/s
Beginn der Wärmeversorgung		19

Umfang und Ablauf des Bauvorhabens gehören zu den Grundlagen des Vertrages.

3. Die Firma wird der E. [Beklagte] mindestens 3 Monate vorher schriftl. die genauen Termine, zu denen die Wärmeversorgung der E. aufzunehmen ist und dann die endgültigen Wärmeanschlusswerte nach Ziff. 1 mitteilen.

4. Die Firma steht der E. dafür ein, dass zu den in Ziffer 3 genannten Terminen die Wärme abgenommen werden kann. Wird die nach Ziffer 3 angemeldete Wärmeleistung nicht termingerecht erreicht, oder werden die nach Ziffer 3 angemeldeten und gemäß § 4 Ziffer 3 Satz 3 von der E. nicht beanstandeten Anschlusswerte nicht erreicht, so hat die Firma - soweit nicht Gründe vorliegen, die die Firma nachweislich nicht zu vertreten hat - der E. den entgehenden Wärmegrundpreis (§ 9 Ziffer 1) - gemindert um den gemäß § 9 Ziffer 2 für den gleichen Zeitraum zu zahlenden Grundpreis für Baubeheizung - zu ersetzen.

5. Ändert sich bei Betriebsumstellungen der Anschlusswert, so werden die Vertragspartner den geänderten Verhältnissen entsprechend neue Vereinbarungen treffen."

2 Der Wärmeanschlusswert bildet nach § 9 Ziffer 1 a des Vertrages die Grundlage für die Berechnung des Grundpreises. Dieser dient der Deckung der verbrauchsunabhängigen Kosten, die der Beklagten beim Betrieb des Fernheizwerks entstehen.

3 § 9 Ziffer 3 des Vertrages enthält zu Preisänderungen folgende Regelung:

"Die E. A.G. ist gemäß den in Anlage B 7 enthaltenen Preisänderungsformeln zu einer Ermäßigung des Wärmepreises verpflichtet bzw. zu einer Erhöhung des Wärmepreises berechtigt, wenn sich einer der dort genannten Kostenfaktoren um mehr als 5 % ändert."

4 Die in Anlage B 7 enthaltene Formel für den Arbeitspreis lautet:

$$AP = AP_0 \left( 0,85 \frac{HP}{HP_0} + 0,15 \frac{Str}{Str_0} \right)$$

...

Dabei bedeuten: ...

- $AP_0$  = Arbeitspreis Stand 1. Mai 1970 ...
- AP = Neuer Arbeitspreis
- $HP_0$  = Jahresdurchschnittspreis für schweres Heizöl frei Betrieb des gewerblichen Verbrauchers bei Abnahme von mindestens 15 t, einschließlich der Verbrauchsteuer von 25 DM/t in D. , veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in Fachserie M, Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen, Reihe 3, Preise und Preisindices für industrielle Produkte, Stand 1969 DM/t 76,45
- HP = Jeweiliger Jahresdurchschnittspreis für schweres Heizöl frei Betrieb des gewerblichen Verbrauchers bei Abnahme von mindestens 15 t, für das im Abrechnungsjahr auslaufende Kalenderjahr, einschließlich der jeweiligen Verbrauchsteuer je t, in D. , veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in Fachserie M, Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen, Reihe 3, Preise und Preisindices für industrielle Produkte

- $Str_0$  = Jahresindex für elektrischen Strom bei Abgabe an gewerbliche Betriebe ohne Umsatzsteuer (1962 = 100), veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in Fachserie M, Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen, Reihe 3, Preise und Preisindices für industrielle Produkte, Stand 1969 = 102,4
- $Str$  = Jeweiliger Jahresindex für elektrischen Strom bei Abgabe an gewerbliche Betriebe ohne Umsatzsteuer (1962 = 100) für das im Abrechnungsjahr auslaufende Kalenderjahr, veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in Fachserie M, Preise, Löhne, Wirtschaftsrechnungen, Reihe 3, Preise und Preisindices für industrielle Produkte.

..."

5 Diese Preisklausel ist gemäß § 9 Ziffer 7 des Vertrages auch anzuwenden, wenn sich die Notwendigkeit des Einsatzes eines anderen Brennstoffs als schweres Heizöl ergeben sollte, mit der Maßgabe, dass den Faktoren  $HP_0$  und  $HP$  die für diesen Brennstoff geltenden entsprechenden Jahresdurchschnittspreise zugrunde zu legen sind.

6 Gemäß § 11 Ziffer 4 des Vertrages erklärte sich die Klägerin damit einverstanden, dass die Beklagte den Betrieb und die Verwaltung des Fernheizwerks auf ihre Tochtergesellschaft, die F.

GmbH (im Folgenden: F. ), überträgt, wobei dann die Beklagte die Gewährleistung für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages durch die F.

übernimmt. Zudem ist in § 11 Ziffer 1 vereinbart, dass die Übertragung einzelner Rechte und Verpflichtungen aus diesem Vertrag oder eine Übertragung des Vertrages insgesamt nur mit schriftlicher Einwilligung der anderen Vertragspartei erfolgen kann, es sei denn, dass es sich um eine Übertragung "an eine Konzerngesellschaft der E. oder an einen Gesellschafter der Firma handelt".

7 Die Abrechnungen wurden in der Folgezeit von der F. erstellt, die auch das Fernheizwerk betrieb und an welche die Klägerin die in Rechnung gestellten Preise und die Abschläge zahlte. Die Beklagte hat behauptet, das Vertragsverhältnis insgesamt auf die F. übertragen zu haben.

8                    Im Jahre 1985 wurde der Betrieb des Fernheizwerks von Heizöl auf Erdgas umgestellt. Grund für diese Umstellung war eine umweltbehördliche Anordnung, die den Weiterbetrieb mit Heizöl erheblich verteuert hätte.

9                    Seit 1986 wurde der Arbeitspreis nach einer geänderten Preisanpassungsformel abgerechnet, die wie folgt lautet:

$$"APG = APG_0 \left( 0,950 \frac{G}{G_0} + 0,05 \frac{Str_1}{Str_0} \right)$$

Dabei steht

- APG für den neuen Arbeitspreis für Erdgas,
- G für den jeweiligen Jahresindex für das von den Stadtwerken E. an das Fernheizwerk H. gelieferte Erdgas.
- Str für den jeweiligen Jahresindex für elektrischen Strom bei Abgabe an gewerbliche Betriebe ohne Mehrwertsteuer, wie er vom Statistischen Bundesamt veröffentlicht wird.

Der Zusatz "0" kennzeichnet den jeweiligen Ausgangswert."

10                    Diese Formel wurde auch in die "Ergänzenden Bedingungen der F. für die Lieferung von Fernwärme aus dem Fernheizwerk H. " zu § 24 AVBFernwärmeV eingefügt. Die Änderung der "Ergänzenden Bedingungen der F. " wurde von dieser im Jahre 1989 veröffentlicht.

11                    In der Folgezeit wurden Preisänderungen auf Basis der neuen Preisänderungsklausel vorgenommen. Die Klägerin wandte sich erstmals mit Erhebung der Klage vom 29. Dezember 2006 gegen diese Methode der Berechnung des Arbeitspreises.

12                    Die Klägerin ließ in ihrem Betrieb eine Vorrangschaltung einbauen, deren Installation Ende des Jahres 2000 fertig gestellt wurde. Am 19. Dezember 2000

forderte sie die Beklagte schriftlich dazu auf, den im Vertrag mit 1.512 MJ/s = 1.511,9 kW (Kilowatt) bestimmten Anschlusswert nach der Installation der Vorrangschaltung auf 1.279,3 kW herabzusetzen. Dies lehnte die Beklagte ab.

13 Mit der Klage verlangt die Klägerin die Rückzahlung von nach ihrer Auffassung zu viel geleisteten Zahlungen für die Fernwärmelieferungen der Jahre 2001 bis 2004. Im Wege der Zwischenfeststellungsklage begehrt sie zunächst die Feststellung, dass sich für die Fernwärmeabrechnungen der Beklagten ab der Verbrauchsperiode 2001 der Grundpreis nach dem Anschlusswert von 1.279,3 kW richtet (Antrag zu 1). Des Weiteren erstrebt sie die Feststellung, dass sich der Arbeitspreis auch in den Abrechnungsjahren ab 2001 fortlaufend trotz der Umstellung des Brennstoffs auf Gas ausschließlich nach der in Anlage B7 des Vertrages niedergelegten Formel berechnet (Antrag zu 2), hilfsweise, dass die von der Beklagten nach der Umstellung auf Gas verwendete Formel für die Berechnung des Arbeitspreises nicht den vertraglichen Abmachungen der Parteien entspricht und deshalb von der Beklagten für die Berechnung der gelieferten Fernwärme nicht verwendet werden darf. Schließlich begehrt sie die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, die der Klägerin in Rechnung gestellten Preise für die Lieferung von Fernwärme in den Jahren 2001 bis 2003 auf Erdgas-Basis zu errechnen, indem sie die für Erdgas geltenden entsprechenden Jahresdurchschnittspreise für die Faktoren HP und  $HP_0$  zugrunde legt (Antrag zu 3).

14 Das Landgericht hat den Zwischenfeststellungsanträgen zu 2 und 3 stattgegeben; den Antrag zu 1 hat es abgewiesen. Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und der Zwischenfeststellungsklage insgesamt stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

15 Die Revision hat Erfolg.

I.

16 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

17 Die Zwischenfeststellungsklage sei begründet. § 1 Ziffer 1 Satz 3 des Vertrages sehe ausdrücklich vor, dass dann, wenn durch innerbetriebliche Einrichtungen (z.B. Vorrangschaltungen) der Wärmeanschlusswert reduziert werden könne, diese reduzierte, von der Firma bestellte maximale Leistung als Wärmeanschlusswert gelte. Da die Beklagte es versäumt habe, im Vertragstext unmissverständlich zu verankern, dass der Wärmeanschlusswert mit Fertigstellung des Gebäudes ein für alle Mal festgeschrieben sei, könne jedenfalls nicht allein aus der systematischen Stellung in der mit "Errichtung des Bauvorhabens" überschriebenen Bestimmung gefolgert werden, dass nach Fertigstellung des Bauvorhabens eine Anschlussreduzierung nicht mehr möglich sei. Die systematische Auslegung der genannten Vertragspassage führe eher zum gegenteiligen Ergebnis. Es sei nicht erkennbar, welche Bedeutung die fragliche Bestimmung überhaupt haben solle, wenn der Wärmeanschlusswert für die ganze Vertragslaufzeit unveränderbar sein solle. Nach § 1 Abs. 3 des Vertrages sollten die endgültigen Wärmeanschlusswerte drei Monate vor Beginn der Wärmeversorgung mitgeteilt werden; in diesen drei Monaten werde es aber schwerlich noch zu innerbetrieblichen Maßnahmen, die zu einer Reduzierung

fürten, kommen, so dass § 1 Abs. 1 Satz 3 vollständig leer liefe, wenn nicht auch eine spätere Änderung noch möglich wäre.

18 Da die Vertragsbestimmung zumindest zweifelhaft sei, müsse die Beklagte als die Vertragspartnerin, die das Vertragswerk weitgehend vorformuliert vorgegeben haben dürfte, sich jedenfalls die für sie ungünstige Auslegungsvariante gefallen lassen (§ 305c Abs. 2 BGB).

19 Die Feststellungsanträge zu 2 und 3 seien ebenfalls begründet. Die F. sei nicht Vertragspartnerin der Klägerin. Auch aus der jahrelang unwidersprochen akzeptierten Korrespondenz mit der F. in Bezug auf den Vertrag könne nicht gefolgert werden, dass ein Einvernehmen hinsichtlich einer Auswechslung des Vertragspartners bestanden habe. Denn die Klägerin habe sich gemäß § 11 Ziffer 4 des Vertrages bei Vertragsschluss damit einverstanden erklärt, dass die Beklagte den Betrieb und die Verwaltung des Fernheizwerks auf ihre Tochtergesellschaft F. übertrage. Aus Sicht der Klägerin stelle es sich daher so dar, dass die F. mit der Verwaltung betraut gewesen sei, ohne dadurch zum Vertragspartner geworden zu sein. Daher habe die Klägerin die Abrechnungen, die sie von der F. erhalten habe, zwanglos so einordnen können, dass die Verwaltungsfirma damit die ihr von der Vertragspartnerin übertragenen Aufgaben wahrgenommen habe.

20 Die F. habe zu keinem Zeitpunkt gegenüber der Klägerin Erklärungen abgegeben, in denen sie ausdrücklich namens und in Vollmacht der Beklagten Änderungen hinsichtlich des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages mit der Klägerin vereinbart habe. Da die Geschäftsbedingungen der F. nicht Vertragsinhalt geworden seien, könnten auch später von der F. vorgenommene Änderungen ihrer Geschäftsbedingungen für das Vertragsverhältnis der Parteien nicht maßgebend sein.

21           Ob die in § 11 Ziffer 1 des Vertrages vereinbarte Möglichkeit der Übertragung des Vertrages auf eine Tochtergesellschaft wirksam sei, könne dahinstehen. Denn die Beklagte habe nicht substantiiert dargelegt, wann und auf welche Weise eine derartige Übertragung des gesamten Vertrages stattgefunden haben solle.

22           Maßgeblich für die Abrechnung blieben daher zunächst die Regelungen im Ausgangsvertrag aus dem Jahre 1978. Dabei sei allerdings der Veränderung Rechnung zu tragen, dass seit 1985 der Betrieb des Fernheizwerks von Heizöl auf Erdgas umgestellt worden sei, ohne dass es sich um eine notwendige Umstellung im Sinne des § 9 Ziffer 7 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages handele. Für einen derartigen Einsatz eines anderen Brennstoffs bestehe im Vertrag eine Regelungslücke, die unter Berücksichtigung der Interessenlage und des mutmaßlichen Parteiwillens dahingehend zu schließen sei, dass auch insoweit die Regelung des § 9 Ziffer 7 des Vertrages anzuwenden sei, so dass es bei der ursprünglichen Preisänderungsklausel bleibe, den Faktoren  $HP$  und  $HP_0$  aber die für den neuen Brennstoff geltenden Preise zu Grunde zu legen seien.

## II.

23           Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ergibt sich aus § 1 des Vertrages für die Klägerin kein Anspruch auf Herabsetzung des Wärmeanschlusswertes aufgrund des Einbaus der Vorrangschaltung im Jahre 2000. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann auch ein Anspruch der Klägerin auf die von ihr begehrte Berechnung des Arbeitspreises nicht bejaht werden.

24           1. Die Beklagte ist für den von der Klägerin geltend gemachten Rückzahlungsanspruch passivlegitimiert. Hierfür kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte, wie diese meint, das Vertragsverhältnis insgesamt auf die F. übertragen hat oder ob dies, wie die Klägerin meint, nicht der Fall ist. Auch wenn von einer Vertragsübernahme auszugehen sein sollte, änderte dies an der Passivlegitimation der Beklagten nichts, weil die Beklagte - auch nach ihrem eigenen Vorbringen im Revisionsverfahren - nach § 11 Ziffer 4 des Vertrages für die Verpflichtungen der F. als Garantin einzustehen hat.

25           2. Die Auslegung des § 1 des Vertrages durch das Berufungsgericht dahingehend, dass eine Änderung des Wärmeanschlusswertes während der gesamten Vertragslaufzeit zulässig sei, erweist sich als rechtsfehlerhaft. Diese vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung unterliegt hier der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung.

26           a) Das Berufungsgericht hat zwar keine ausdrücklichen Feststellungen dazu getroffen, ob es sich bei § 1 des Vertrages um eine Allgemeine Versorgungsbedingung handelt. Es hat seiner Beurteilung aber, wie bereits das Landgericht, von den Parteien - auch im Revisionsverfahren - unbeanstandet die §§ 307 ff. BGB zu Grunde gelegt, so dass für die revisionsrechtliche Prüfung davon auszugehen ist, dass es sich zumindest bei § 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Versorgungsbedingung handelt.

27           Für deren Auslegung gelten zumindest für die vorliegend relevante Frage der Reduzierung des Wärmeanschlusswertes die gleichen Maßstäbe wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

28           b) Allerdings handelt es sich vorliegend um einen Fernwärmeliefervertrag, der entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht den Vorschriften

über Allgemeine Geschäftsbedingungen in §§ 305 ff. BGB beziehungsweise zuvor im Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz; AGBG) vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317) unterliegt. Bei der Versorgung mit Fernwärme richten sich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Wärmelieferungsvertrages grundsätzlich nach den gemäß § 27 AGBG als Rechtsverordnung erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742; vgl. im Einzelnen Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 66/09, juris Rn. 23 f.; VIII ZR 273/09, juris Rn. 21 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; jeweils mwN). Eine Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB findet bei derartigen Verträgen nur dann statt, wenn entweder die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV vorliegen oder es sich um Wärmelieferungsverträge mit Industriekunden handelt (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV). Dass einer dieser Ausnahmefälle vorliegt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, es wird auch in der Revisionsinstanz nicht geltend gemacht.

29

Für die Auslegung von vorformulierten Allgemeinen Versorgungsbedingungen sind aber die gleichen Maßstäbe heranzuziehen wie bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen der §§ 305 ff. BGB. Der Gesetzgeber wollte zwar mit der AVBFernwärmeV die Besonderheiten der Energielieferung berücksichtigen (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 237 f.). Soweit die Auslegungsfrage aber nicht auf diesen Besonderheiten beruht und die AVBFernwärmeV auch keine entsprechende Regelung enthält, ist auf die für Allgemeine Geschäftsbedingungen entwickelten Grundsätze zurückzugreifen (vgl. Schmidt-Salzer in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1981, § 6 AVBFernwärmeV Rn. 430; für eine direkte Anwendung der §§ 305 ff. BGB insoweit Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 51), die ohnehin weitgehend bereits bei Erlass des AGBG durch die Rechtsprechung

entwickelt waren und daher zunächst unabhängig von einer Kodifizierung auf derartige Verträge Anwendung fanden (vgl. Pfeiffer in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., Einl. Rn. 6). Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber bei Allgemeinen Versorgungsbedingungen im Fernwärmebereich diese Auslegungsgrundsätze mit der Einführung der AVBFernwärmeV aufgeben wollte, sind nicht ersichtlich.

30 c) Die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung (Senatsurteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09, NJW 2010, 2877 Rn. 11 mwN). Dies gilt auch für Allgemeine Versorgungsbedingungen.

31 d) Ebenso wie Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Allgemeine Versorgungsbedingungen ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten durchschnittlichen Vertragspartners einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (vgl. Senatsurteil vom 9. Juni 2010 - VIII ZR 294/09, aaO Rn. 12 mwN). Dies führt vorliegend zu dem Ergebnis, dass eine Änderung des Anschlusswertes nur während der Errichtung des Bauvorhabens möglich war.

32 Hierfür spricht bereits die systematische Auslegung des Vertrages. § 1 hat die Überschrift "Errichtung des Bauvorhabens" und betrifft das damalige Bauvorhaben der Klägerin. Sämtliche Regelungen dieser Klausel befassen sich mit dem Wärmeanschlusswert des zu errichtenden Objekts und entsprechen dem chronologischen Ablauf des Bauvorhabens, so dass schon deshalb der Regelungsgehalt des § 1 Ziffer 1 dahingehend zu verstehen ist, dass hier die Bedingungen vereinbart sind, unter denen während der Bauphase noch Änderungen des zunächst vereinbarten Wärmeanschlusswertes zulässig sein sollten. § 1 Ziffer 1 enthält die Grundlagen der Berechnung des Wärmeanschluss-

wertes und einen auf dieser Basis ausdrücklich als solchen bezeichneten geschätzten Anschlusswert. § 1 Ziffer 2 stellt ebenso ausdrücklich auf das Bauvorhaben ab und enthält Aussagen dazu, in welchen Stufen während der Bauphase der Wärmeanschlusswert erreicht wird. Nach § 1 Ziffer 3 hatte die Klägerin drei Monate vor Lieferbeginn den endgültigen Wärmeanschlusswert mitzuteilen.

33 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts läuft aufgrund dieser Frist die Regelung in § 1 Ziffer 1 bezüglich der Reduzierung des Wärmeanschlusswertes durch den Einbau einer Vorrangschaltung nicht deshalb leer, weil es während dieser Zeit schwerlich zu wärmereduzierenden Maßnahmen kommen werde. Das Berufungsgericht übersieht dabei, dass die genannten drei Monate den Zeitraum zwischen der Mitteilung der endgültigen Werte und dem Lieferbeginn betreffen, die Regelung in Ziffer 1 aber den Zeitraum ab Vertragsschluss zum Gegenstand hat. Dass es in der Bauphase durch Zusatzeinbauten noch zu einer Reduzierung des Wärmeanschlusswertes kommen kann, erscheint nicht fernliegend, so dass die Regelung auch sinnvoll ist.

34 Ist die Bauphase hingegen beendet und hat die Klägerin der Beklagten die gemäß § 1 Ziffer 3 erforderliche Mitteilung vom endgültigen Wärmeanschlusswert und dem gewünschten Lieferbeginn gemacht, führt der spätere Einbau einer Vorrangschaltung nicht zu einer Reduzierung des Wärmeanschlusswertes gemäß § 1 Abs. 1. Dies ergibt sich bereits aus § 1 Ziffer 4, in dem ausdrücklich geregelt ist, dass die Klägerin ab dem gewünschten Termin der Wärmeabnahme einen Wärmegrundpreis auf Basis des mitgeteilten Wärmeanschlusswertes zu entrichten hat, selbst wenn dieser nicht oder erst verspätet erreicht wird. Hieraus folgt, dass es den Parteien mit der Vereinbarung des Wärmeanschlusswertes um eine verbindliche Regelung für die gesamte Vertragslaufzeit ging.

35 Eine Möglichkeit zur Änderung des Anschlusswertes sieht lediglich § 1 Ziffer 5 für den Fall der - hier ersichtlich nicht vorliegenden - Betriebsumstellung vor. Zwar handelt es sich dabei um eine Situation, die regelmäßig erst nach dem Ende der Bauphase eintritt. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass auch die Regelung in § 1 Ziffer 1 des Vertrages noch Änderungen des Anschlusswertes nach der verbindlichen Mitteilung gemäß § 1 Ziffer 3 erlaubt. Der Regelungsgehalt von § 1 Ziffer 5 unterscheidet sich durch die Betriebsumstellung eindeutig von den übrigen Ziffern des § 1, die - wie dargestellt - ausschließlich das Bauvorhaben zum Gegenstand haben. Im Übrigen spricht aber auch § 1 Ziffer 5 für eine Verbindlichkeit des ursprünglich vereinbarten Wärmeanschlusswertes, denn selbst bei einer Betriebsumstellung sieht der Vertrag keine automatische Änderung des Anschlusswertes, sondern nur das Erfordernis einer neuen Vereinbarung vor.

36 Diese Auslegung entspricht auch der Interessenlage der Parteien. Denn der Wärmeanschlusswert liegt der Berechnung des Grundpreises zu Grunde, mit welchem die Investitions- und Vorhaltekosten des Energieversorgers abgegolten werden. Es liegt auf der Hand, dass diese Kosten überwiegend zu Beginn des Vertrages - hier vor allem durch die in § 2 vereinbarte Errichtung eines Heizkraftwerks - anfallen und durch eine erst im Laufe des Vertrages eintretende Veränderung des Wärmebedarfs nicht mehr beeinflusst werden können, so dass eine bindende Festlegung des Wärmeanschlusswertes für die Vertragslaufzeit aus der Sicht eines redlichen Vertragspartners erforderlich ist. Auch auf Seiten der Klägerin besteht ein Interesse daran, dass das von der Beklagten errichtete Heizkraftwerk in seiner Dimensionierung der zu erbringenden Leistung entspricht und von der Beklagten wirtschaftlich betrieben werden kann, damit der fortlaufende Bezug einer ausreichenden Menge Fernwärme gesichert ist. Ein wirtschaftlicher Betrieb der Anlage ist aber nur sichergestellt, wenn die Beklagte mit Rücksicht auf die zu Beginn des Vertragsverhältnisses angefallene

nen Investitionskosten ihre Kalkulationsgrundlage langfristig erhält und überschaubar gestalten kann (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1975 - VIII ZR 210/73, BGHZ 64, 288, 292; BGH, Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WM 1985, 490 unter [II] 2 a).

37           3. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ebenso ein Anspruch der Klägerin auf die von ihr gewünschte Berechnung des Arbeitspreises nicht bejaht werden. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann den Klageanträgen zu 2 und 3 nicht stattgegeben werden.

38           a) Das Landgericht hat offen gelassen, ob es sich bei der in der Anlage B7 zum Vertrag aus dem Jahre 1978 enthaltenen Preisanpassungsklausel um eine Individualabrede handelt. Auch das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Es ist daher revisionsrechtlich der Vortrag der Beklagten zu Grunde zu legen, wonach es sich bei der Preisanpassungsklausel um eine von ihr vorformulierte Allgemeine Versorgungsbedingung handelt.

39           Demnach sind auf den Vertrag gemäß § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV die §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV anzuwenden, mit der Folge, dass die Preisanpassungsklausel - anders als eine individualvertragliche Preisanpassungsregelung - den Anforderungen des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV in der vorliegend anwendbaren Fassung (im Folgenden aF; in der Neufassung vom 4. November 2010 [BGBl. I S. 1483] ist diese Bestimmung in Abs. 4 enthalten) genügen muss. Falls die ursprünglich vereinbarte Preisanpassungsklausel gegen § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF verstößt, war sie nach Ablauf der Übergangsfrist des § 37 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF mit Beginn der auf den 31. August 1980 folgenden Abrechnungsperiode gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 48; VIII ZR 66/09, aaO Rn. 37).

40           aa) Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF müssen Preisanpassungsklauseln so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen. Hierdurch soll zum einen eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet werden, zum anderen soll aber auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise "nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann" (vgl. BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 255 f.). Der Ordnungsgeber wollte damit den wirtschaftlichen Bedürfnissen in der Fernwärmeversorgung Rechnung tragen. Eine wirtschaftliche und kostengünstige Versorgung mit Fernwärme setzt den Abschluss langfristiger Verträge voraus, weswegen sich notwendige Preisanpassungen nur im Rahmen von Preisänderungsklauseln vollziehen können (vgl. BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO; Witzel, Die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme, 1980, § 24 AVBFernwärmeV, S. 105). Dabei hat sich der Ordnungsgeber für eine Kombination aus beiden Varianten entschieden (Kosten- und Marktelelement, vgl. Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 33).

41           bb) Ob die allein auf Preisindizes abstellende Preisanpassungsklausel in der Anlage B 7 zum Vertrag diesen - nicht nur für Preisgleitklauseln (vgl. hierzu Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 66/09, aaO Rn. 33 ff.; VIII ZR 273/09, aaO Rn. 32 ff.) geltenden - Anforderungen entspricht und damit auch die von der Klägerin gewünschte modifizierte Fassung nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF zulässig ist, kann auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilt werden. Dies gilt auch für die von der Klägerin gewünschte modifizierte Fassung.

42 Die Klausel berücksichtigt zwar sowohl in der ursprünglichen als auch in der von der Klägerin gewünschten modifizierten Fassung beim verwendeten Brennstoff und beim Strom den Marktpreis; sie lässt aber auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht erkennen, ob ein Bezug zu den konkreten Kosten der Erzeugung und der Bereitstellung der Fernwärme besteht.

43 Ein solcher Kostenbezug ist aber erforderlich, denn § 24 Abs. 3 AVB-FernwärmeV aF verlangt, dass sich der Preisänderungsparameter auch an den tatsächlichen Kosten ausrichtet. Das Kriterium der Kostenorientierung ist nicht gewahrt, wenn die Klausel einen kostenmäßigen Zusammenhang nicht mehr hinreichend erkennen lässt (vgl. zu den Anforderungen an die Kostenorientierung bei der Tarifgestaltung im Energierecht BR-Drucks. 459/79, S. 11). Eine derartige Kostenorientierung fehlt bei der bloßen Berücksichtigung eines Index für den eingesetzten Energieträger, es sei denn, es wäre sichergestellt, dass sich die konkreten Energiebezugskosten des Versorgers im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelten wie der Index (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 41). Hierzu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

### III.

44 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Hinsichtlich des Antrags zu 1 der Zwischenfeststellungsklage ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, da insoweit weitere Feststellungen nicht zu treffen sind. Der Senat entscheidet daher hinsichtlich dieses Antrags in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da die Zwischenfeststellungsklage insoweit unbegründet ist, ist die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Hinsichtlich der Anträge zu 2

und 3 ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif und daher insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Fetzer

Dr. Bünger

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 20.03.2008 - 418 O 1/07 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 22.12.2009 - 9 U 90/08 -