BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 273/09

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 307 A, 308, 309; AVBFernwärmeV §§ 24 Abs. 4 (Abs. 3 aF), 30

a) Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen zwischen Lieferanten und Abnehmern von Fernwärme unterliegen - von den Fällen des § 1 Abs. 2 und 3 Satz 1 AVBFernwärmeV abgesehen - nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB (im Anschluss an BGH, Urteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, BGHZ 100, 1 ff.). Sofern nicht eine von § 1 Abs. 2 und 3 Satz 1 AVBFernwärmeV erfasste Fallgestaltung vorliegt, sind daher Preisanpassungsklauseln in Verträgen mit Fernwärmekunden nicht an §§ 307 ff. BGB, sondern an der Regelung des § 24 Abs. 4 AVBFernwärme V (bzw. des gleich lautenden § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF) zu messen.

b) Durch § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (Abs. 3 Satz 1 aF) soll eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet und zugleich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise nicht losgelöst von den Marktverhältnissen vollziehen kann. § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (Abs. 3 Satz 1 aF) weist beiden aufgeführten Bemessungsfaktoren an sich den gleichen Rang zu und ermöglicht Abstufungen nur, soweit dies der Angemessenheit entspricht.

c) Auch bei einer bloßen Kostenorientierung muss ein Indikator als Bemessungsgröße gewählt werden, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft.

d) Eine von einem Versorgungsunternehmen, das zur Erzeugung von Fernwärme ausschließlich Erdgas einsetzt, in Fernwärmelieferungsverträgen verwendete Preisanpassungsklausel ist mit den Vorgaben des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (Abs. 3 Satz 1 aF) nicht zu vereinbaren und daher unwirksam, wenn die Veränderung des verbrauchsabhängigen Arbeitspreises allein an die Preisentwicklung für leichtes Heizöl gekoppelt ist.

e) Ein Fernwärmekunde ist mit seinen Einwendungen gegen die Wirksamkeit einer vom Versorgungsunternehmen verwendeten Preisanpassungsklausel im Zahlungsprozess nicht gemäß § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen (im Anschluss an Senatsurteile vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667; vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131; vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, WM 1990, 608; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, WM 1983, 341).

BGH, Urteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09 - OLG Naumburg
LG Dessau-Roßlau

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger, Dr. Hessel und Dr. Fetzer sowie den Richter Dr. Bünger

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 17. September 2009 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen, das Kunden mit Fernwärme beliefert. Die Fernwärme wird in einem Blockheizwerk der Klägerin erzeugt, das mit Erdgas betrieben wird. Bei der Beklagten handelt es sich um eine Wohnungsbaugenossenschaft, die für ihre Wohnblöcke aufgrund eines am 18. Oktober/6. November 2003 von den Parteien unterzeichneten Energielieferungsvertrages Fernwärme von der Klägerin bezieht. Der Vertrag hat eine Laufzeit bis zum 30. September 2013.

2 In § 5 des Vertrages ist der von der Beklagten zu entrichtende Wärmepreis wie folgt bestimmt:

"1. Der Kunde zahlt S. [= Klägerin] für die gelieferte Wärmemenge einen Wärmepreis. Der Wärmepreis setzt sich zusammen aus

a) einem Wärmegrundpreis
b) einem Wärmearbeitspreis
c) einem Verrechnungspreis und
d) einem Mietpreis für Hausübergabestationen.

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

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

Die jeweils gültigen Preise sowie die Preisänderungsbestimmungen ergeben sich aus dem als Anlage 1 beigefügten Preisblatt. Zu dem Wärmepreis wird die gesetzliche Umsatzsteuer in der jeweils gültigen Höhe (...) hinzugerechnet.

2. S. ist berechtigt, die Preise nach der in Anlage 1 angegebenen Preisänderungsklausel anzupassen. Preisänderungen werden nach Übersendung eines neuen Preisblattes an die Kunden und Angabe des Zeitpunktes der Preisänderung wirksam.

3. ..."

3 Bis einschließlich 31. Dezember 2005 hat die Beklagte die Preise der Klägerin akzeptiert (zuletzt bei einem Wärmearbeitspreis von 52,13 €/MWh). Für das Jahr 2006 hat die Klägerin der Beklagten vier Preisanpassungsmitteilungen übermittelt, mit denen sie den Wärmearbeitspreis angepasst hat:

am 23. November 2005	zum 1. Januar 2006	Wärmearbeitspreis: 59,76 €/MWh
am 21. Februar 2006	zum 1. April 2006	Wärmearbeitspreis: 64,32 €/MWh
am 22. Mai 2006	zum 1. Juli 2006	Wärmearbeitspreis: 63,66 €/MWh
am 8. August 2006	zum 1. Oktober 2006	Wärmearbeitspreis: 65,32 €/MWh

4 Die Parteien streiten vorrangig um die Frage, ob die von der Klägerin vorgenommenen Änderungen des Wärmearbeitspreises wirksam sind. Zur Anpassung des Wärmearbeitspreises heißt es unter Nr. 3 der Anlage 1 zum Fernwärmeliefervertrag:

"3. Der Arbeitspreis für die zu verrechnenden Mengen ändert sich entsprechend nachstehender Formel:

$WAP = WAP_o + 1{,}26 \times (HEL - 31{,}24)$ €/MWh

Es bedeuten:

WAP	=	Wärmearbeitspreis	in €/MWh
WAP_o	=	41,33	in €/MWh

HEL	=	Veröffentlichter Heizölpreis (extra leichtes Heizöl gemäß Ziffer 4)	in €/MWh
31,24	=	veröffentlichter Heizölpreis für das IV. Quartal 2003	in €/MWh

Die Anpassung erfolgt vierteljährlich. Preise zuzüglich Mehrwertsteuer.

4. Der Preis für extra leichtes Heizöl (ohne Umsatzsteuer) in €/hl ist den monatlichen Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes Wiesbaden, unter Fachserie 17 – Preise, Reihe 2, "Preise und Preisindizes für gewerbliche Produkte (Erzeugerpreise)" – zu entnehmen, und zwar der Preis für Verbraucher in Düsseldorf, Frankfurt und Mannheim/Ludwigshafen bei Tankkraftwagen-Lieferung, 40 bis 50 hl pro Auftrag, einschließlich Verbrauchssteuer. Maßgebend ist das arithmetische Mittel der Preise der drei vorgenannten Berichtsorte.

5. Der Arbeitspreis gemäß Ziffer 3 ändert sich entsprechend der Preisformel mit Wirkung zum 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober eines jeden Jahres. Dabei wird jeweils zugrunde gelegt ..."

5 Der in § 5 des Wärmelieferungsvertrages weiter aufgeführte Wärmegrundpreis wird nicht verbrauchsabhängig bestimmt, sondern richtet sich nach dem Anschlusswert der jeweiligen Wohnung. Er belief sich bis zum 1. Oktober 2006 auf 31,25 €/kW und ab diesem Zeitpunkt auf 31,48 €/kW. Seine Anpassung ist in Nr. 1 und 2 der Anlage 1 zum Fernwärmelieferungsvertrag geregelt. Die maßgeblichen Bestimmungen lauten wie folgt:

1. Der monatliche Leistungspreisanteil des Jahresgrundpreises ändert sich entsprechend nachstehender Formel:

$$WGP = WGP_o + 0{,}00315 \times (Lohn - 2.360{,}71)\ €/kW/a$$

Es bedeuten:

WGP	=	Wärmegrundpreis	in €/kW/a
WGP_o	=	31,15	in €/kW/a

Lohn	=	an die Entwicklung angepasster Lohn entsprechend der Tarifverhandlungen
2.360,7	=	angepasster Lohn - gültig seit 1. Februar 2003

2. Für den Lohn ist maßgebend der Monatstabellenlohn eines verheirateten Lohnempfängers mit mehr als 40 Lebensjahren und einem Kind in Lohngruppe V, Stufe 5, des Tarifvertrages des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Nordrhein-Westfalen.

   Der Jahresgrundpreis ändert sich mit Wirkung vom ersten Tag des der Lohnänderung folgenden Monats.

6 Der weiter in § 5 des Fernwärmelieferungsvertrages genannte Verrechnungspreis wird durch einen - vom Anschlusswert der Verbrauchsstelle abhängigen - Festbetrag bestimmt (Nr. 7 der Anlage 1 zum Fernwärmeliefervertrag). Er belief sich im streitgegenständlichen Zeitraum bei einem Anschlusswert bis 120 kW auf 7,77 €/Monat, bei einem Anschlusswert von 121 bis 150 kW auf 8,18 €/Monat, bei einem Anschlusswert von 151 bis 200 kW auf 9,20 €/Monat und ab einem Anschlusswert von über 200 kW auf 10,74 €/Monat.

7 In den Schreiben vom 23. November 2005, vom 21. Februar 2006, vom 22. Mai 2006 und vom 8. August 2006, in welchen die jeweiligen Anpassungen des Wärmearbeitspreises (und im letztgenannten Schreiben auch des Wärmegrundpreises) der Beklagten mitgeteilt wurden, waren neben den neuen Preisen unter anderem die für die Berechnung von Wärmearbeits- und -grundpreis maßgeblichen Formeln sowie der aktuelle Wert für "HEL" und "L" (Lohn) angegeben.

8 Die Beklagte beanstandete mit Anwaltsschreiben vom 2. März 2006 die von der Klägerin für das Jahr 2006 vorgenommenen Preisanpassungen. Zugleich kündigte sie an, in der Folgezeit Zahlungen nur auf der Basis eines Wärmearbeitspreises von 52,13 €/MWh (= Stand 31. Dezember 2005) und unter Ansatz geringerer Anschlusswerte zu leisten. Mit Schreiben vom 20. März

2006 kündigte die Beklagte den Fernwärmeliefervertrag außerordentlich, hilfsweise ordentlich zum 30. September 2013. Dem widersprach die Klägerin.

9 Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin den Differenzbetrag zwischen den von der Beklagten entsprechend ihrer Ankündigung im Anwaltsschreiben vom 2. März 2006 erbrachten Zahlungen und den von der Klägerin im Jahr 2006 stufenweise erhöhten Preisen in Höhe von - rechnerisch unstreitigen - 75.256,36 € (nebst Zinsen) geltend. Die Beklagte hat hilfsweise in Höhe von 3.013,25 € die Aufrechnung gegen die Klageforderung unter Hinweis darauf erklärt, dass die Klägerin abredewidrig keine Herabsetzung der Anschlusswerte für die Wohnblöcke der Beklagten vorgenommen habe.

10 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

12 Das Berufungsgericht (OLG Naumburg, CuR 2009, 144 = ZNER 2009, 400) hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

13 Bei § 5 des Fernwärmeliefervertrages und der Anlage 1 zum Vertrag handele es sich um von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen. Die Klägerin habe nicht ernsthaft bestritten, dass der Vertragstext auch gegenüber anderen Kunden verwandt worden sei. Dies habe auch die Beweisaufnahme bestätigt. Ein Aushandeln im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB sei nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ebenfalls nicht erfolgt.

14 Die Preisanpassungsklausel in Anlage 1 zum Fernwärmeliefervertrag unterliege als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB. Einer solchen Kontrolle stehe § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV [aF] nicht entgegen, da diese Vorschrift die §§ 305 ff. BGB nicht verdränge. Vielmehr seien die in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV [aF] gemachten Vorgaben für die Angemessenheit und Nachvollziehbarkeit von Preisanpassungsklauseln im Rahmen der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen. Dabei sei davon auszugehen, dass durch § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV [aF] Kunden von Fernwärmelieferanten kein geringerer Verbraucherschutz zuteil werden solle als den Abnehmern anderer Energieträger. Ob für die Klausel auch eine Billigkeitskontrolle gemäß § 315 BGB in Betracht komme, bedürfe keiner Entscheidung, weil sie bereits nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei.

15 Nach der Rechtsprechung seien nur solche Preisanpassungsklauseln zulässig, durch die lediglich reale Kostensteigerungen des Lieferanten an die Kunden mit dem Ziel weitergegeben würden, auch bei langfristigen Lieferverträgen das vor Vertragsbeginn kalkulierte Gewinnniveau beibehalten zu können. Vor diesem Hintergrund sei die Kopplung der Preisanpassung an den Preis für die Lieferung leichten Heizöls im Bereich der so genannten Rheinschiene vorliegend ein ungeeigneter Maßstab. Die Klägerin betreibe das Blockheizwerk, in dem die Fernwärme erzeugt werde, nicht mit Öl, sondern ausschließlich mit Erdgas. Der Berechnungsfaktor "HEL" (leichtes Heizöl) knüpfe nicht an die konkreten Bezugspreise der Klägerin an. Es stehe nicht fest, dass sich die Bezugspreise der Klägerin entsprechend der Entwicklung des "HEL"-Preises veränderten. Offen sei insbesondere, ob und in welchem Umfang die Vorlieferanten der Klägerin Preisänderungen an diese weitergäben. Die bloße Möglichkeit, dass der Erdgaspreis mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung dem Ölpreis folge (so genannte Ölpreisbindung), reiche im konkreten Einzelfall nicht für die Feststellung aus, dass dies stets auch für die Preise der Vorlieferanten der Klägerin gelte.

16 Da die Klägerin somit eine Preisanpassung nicht von einer Preiserhöhung oder -senkung ihrer Vorlieferanten abhängig mache, sondern diese unab-

hängig davon, ob Veränderungen des "HEL"-Preises tatsächlich zu Kostensteigerungen bei der Klägerin geführt hätten, an der Entwicklung des "HEL"-Preises im Referenzzeitraum ausrichte, benachteilige die Klausel die Beklagte unangemessen und sei daher unwirksam. Ob aus § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV [aF] folge, dass eine Preisänderungsklausel nicht "kostenecht" sein müsse, bedürfe dabei keiner Entscheidung; jedenfalls müsse geprüft werden können, ob sich dieser Gesichtspunkt in der verwendeten Klausel überhaupt hinreichend deutlich widerspiegele. Davon könne bei einem Index, der - wie hier - mit den Bezugskosten der Klägerin (für Erdgas) zumindest unmittelbar in keinem Zusammenhang stehe, nicht ausgegangen werden. Zudem sei bei dem Index willkürlich auf die Bezugskosten in der so genannten Rheinschiene abgestellt worden. Das Statistische Bundesamt erhebe die Preise für leichtes Heizöl beispielsweise auch für Magdeburg. Die dort geltenden "HEL"-Preise dürften in den Fällen, in denen - wie hier - sowohl Lieferant als auch Abnehmer ihren Sitz in Z. haben, eher geeignet sein, die Kosten realistisch abzubilden.

17 Neben der genannten Preisanpassungsklausel seien auch die in § 5 Nr. 2 des Fernwärmeliefervertrages getroffenen Preisbestimmungen nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Der dort verwendeten Formulierung, wonach die Klägerin berechtigt sei, die Preise gemäß der Anlage 1 anzupassen, sei nicht hinreichend deutlich zu entnehmen, dass die Klägerin im Falle einer Absenkung ihrer Bezugskosten nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei, nach gleichmäßigen Maßstäben zu bestimmten Zeitpunkten eine Preisanpassung vorzunehmen. Zudem habe es die Klägerin in der Hand, den Anpassungszeitraum willkürlich zu bestimmen, weil Preisänderungen nach § 5 Nr. 2 Satz 2 des Fernwärmeliefervertrages erst dann wirksam würden, wenn die Klägerin das neue Preisblatt an die Beklagte übersandt habe.

18 Da die Preisanpassungsklausel nach § 5 Nr. 2 des Fernwärmeliefervertrages in Verbindung mit dessen Anlage 1 nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei, fehle es an einer Rechtsgrundlage, auf die die Klägerin die streitgegenständlichen Preisanpassungen stützen könne. Die Klage sei daher schon aus

diesem Grunde abzuweisen; einer Entscheidung über die weiteren zwischen den Parteien streitigen Fragen bedürfe es nicht.

II.

19 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand; die Revision ist daher zurückzuweisen.

20 Der Klägerin steht kein weiterer Anspruch auf Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2 BGB) für die im Jahr 2006 an die Beklagte gelieferte Fernwärme zu. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin kein Recht zur einseitigen Preiserhöhung hat, weil die von ihr verwendete Preisänderungsklausel in Nummer 3 der Anlage 1 des Wärmelieferungsvertrages unwirksam ist. Die Unwirksamkeit dieser Klausel ergibt sich allerdings - anders als das Berufungsgericht meint - nicht aus der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB. Vielmehr gibt die speziellere Regelung in § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV in der vorliegend anwendbaren Fassung (im Folgenden: aF; in der Neufassung vom 4. November 2010 [BGBl. I S. 1483] ist die genannte Bestimmung in Abs. 4 enthalten) die Maßstäbe für eine inhaltliche Kontrolle von Preisanpassungsklauseln in der Fernwärmeversorgung vor. Da die von der Klägerin verwendete Klausel den dort genannten Vorgaben widerspricht, ist sie nach § 134 BGB unwirksam.

21 1. Bei der von der Beklagten beanstandeten Preisanpassungsklausel handelt es sich - was keine Seite mehr in Zweifel zieht - um eine von der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB. Solche vorformulierten Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen, die zwischen einem Versorgungsunternehmen und einem Normsonderkunden über die Belieferung mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme oder Wasser abgeschlossen werden, unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, 2 BGB, auch wenn sie - unter den in § 310 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen - von den Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB ausgenommen sind

(vgl. für die Gasversorgung etwa Senatsurteile vom 17. Dezember 2008 - VIII ZR 274/06, BGHZ 179, 186 Rn. 13, und vom 24. März 2010 - VIII ZR 304/08, NJW 2010, 2793 Rn. 21 ff., 24 ff.).

22 2. Um einen solchen Normsonderkundenvertrag handelt es sich jedoch vorliegend nicht. Anders als bei der Versorgung mit Gas oder Strom, bei der Haushalte vom Energieversorger nicht nur im Rahmen seiner Grundversorgungspflicht als Tarifkunden, sondern daneben - in weit verbreitetem Maße - aufgrund von Sondervereinbarungen mit Energie beliefert werden (für die Gasversorgung vgl. etwa Senatsurteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08, BGHZ 182, 41 Rn. 14), besteht bei der Bereitstellung von Fernwärme im Rahmen der Wohnraumnutzung regelmäßig nicht die Möglichkeit, die Lieferbedingungen weitgehend auf der Grundlage der allgemeinen Vertragsfreiheit auszugestalten. Vielmehr richten sich bei der Versorgung von Wohnobjekten mit Fernwärme die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien des Wärmelieferungsvertrages nach den gemäß § 27 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz, AGBG) vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3317) als Rechtsverordnung erlassenen Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742; vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, BGHZ 100, 1, 4, 6 f.).

23 Eine Differenzierung zwischen Tarifabnehmer- und Sonderkundenverträgen soll dabei nach dem Willen des Verordnungsgebers - abgesehen von den Fällen des § 1 Abs. 2, 3 AVBFernwärmeV - nicht erfolgen, weil es im Gegensatz zum Strom- und Gassektor bei der Fernwärme keine gesetzlichen Regelungen über unterschiedliche Tarifgestaltungen gibt (vgl. BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 238; vgl. ferner Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 67). In Umsetzung dieses Ziels sieht § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV vor, dass bei sämtlichen Verträgen, in denen vom Versorgungsunternehmen vorformulierte Allgemeine Versorgungsbedingungen verwendet werden, automatisch und unterschiedslos die

in §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV getroffenen Regelungen Bestandteil der mit Wärmekunden abgeschlossenen Versorgungsverträge werden, sofern nicht die in § 1 Abs. 2, 3, § 35 AVBFernwärmeV genannten Ausnahmen eingreifen. Der Abschluss von Sondervereinbarungen, die nicht den Vorgaben der §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV genügen, ist daher nur bei den nach § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommenen Industriekunden (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, aaO; vgl. ferner für die gleich lautende Vorschrift in § 1 Abs. 2 AVBWasserV Senatsurteil vom 6. Februar 1985 - VIII ZR 61/84, BGHZ 93, 358, 359 f.) und daneben - also auch bei der Versorgung von Wohnobjekten mit Fernwärme - nur dann möglich, wenn der Energieversorger einen Vertragsabschluss zu abweichenden Bedingungen anbietet und der Kunde ausdrücklich mit diesen abweichenden Bedingungen einverstanden ist (§ 1 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV).

24 3. Konsequenz des beschriebenen Regelungskonzepts der AVBFernwärmeV ist, dass eine Inhaltskontrolle nach der Generalklausel des § 307 BGB nur in der Fallkonstellation des § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV und darüber hinaus bei Wärmelieferungsverträgen mit Industriekunden (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV) erfolgen kann (zu Industriekunden vgl. für die insoweit gleich lautende AVBWasserV Senatsurteil vom 6. Februar 1985 - VIII ZR 61/84, aaO [noch zur Vorgängerregelung in § 9 AGBG]; zu Sonderkunden allgemein Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1984, Band II, § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV Rn. 40). Dagegen schließt § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF als Spezialregelung für das Preisanpassungsrecht in allen anderen Fällen eine Prüfung am Maßstab des § 307 BGB aus (Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 179; Topp in Zenke/ Wollschläger, § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, 2. Aufl., S. 201; Fricke, N&R 2010, 71, 72 f.; ders., CuR 2009, 29; Baumgart, CuR 2009, 148 f.; Topp, RdE 2009, 133, 138; Legier, ZNER 2010, 20, 21; Recknagel, CuR 2010, 43; Lippert, CuR 2010, 56, 59; Wollschläger/Beermann, CuR 2010, 62, 66). Dass einer der beschriebenen Ausnahmefälle vorliegt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auch die Revision macht dies nicht geltend. Die im Streitfall ver-

wendete Preisanpassungsklausel ist damit ausschließlich an den Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF zu messen.

25 a) Dies lässt sich zunächst im Wege des Umkehrschlusses aus § 1 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV aF ableiten, der bestimmt, dass abweichende Allgemeine Versorgungsbedingungen, die vom Kunden unter den in § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV genannten Voraussetzungen akzeptiert worden sind, einer Überprüfung nach §§ 3 bis 11 AGBG (heute § 305c bis § 309 BGB) unterworfen sind. Wenn der Verordnungsgeber diese Ausnahmefälle ausdrücklich einer AGB-rechtlichen Kontrolle unterstellt, bringt er damit zugleich zum Ausdruck, dass in allen anderen Fällen die Sonderregelungen in §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV die Maßstäbe vorgeben, an denen Allgemeine Versorgungsbedingungen zu messen sind.

26 b) Das ist jedoch nicht der einzige Grund dafür, Allgemeine Versorgungsbedingungen in Fernwärmelieferungsverträgen anhand der speziellen Vorgaben der AVBFernwärmeV auf ihre Angemessenheit zu überprüfen. Denn ein Verordnungsgeber hat nicht die originäre Befugnis, eine Rechtsmaterie vom Anwendungsbereich eines an sich einschlägigen Gesetzes - hier der §§ 3 bis 11 AGBG beziehungsweise der Nachfolgeregelungen in §§ 305c ff. BGB - auszunehmen. Hier kommt jedoch die gesetzliche Ermächtigung in § 27 AGBG (neuerdings Art. 243 Satz 1 EGBGB) zum Tragen. Der Gesetzgeber hat bereits frühzeitig erkannt, dass das Kontrollsystem der §§ 3 bis 11 AGBG nicht geeignet ist, die im Bereich der Fernwärme zu regelnden Problemstellungen angemessen zu lösen. Er hat ausdrücklich betont, das seinerzeit geplante Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen werde auf die Wasser- und Fernwärmeversorgung keine Anwendung finden; vielmehr werde sich der Bezug von Fernwärme und Wasser im Rahmen von vorgesehenen Rechtsverordnungen vollziehen (vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 45). Zur Umsetzung dieses Regelungskonzepts hat der Gesetzgeber in § 27 AGBG das Bundesministerium für Wirtschaft ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung die Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme bundeseinheitlich zu regeln. Um dem Bundesministerium für Wirtschaft ausrei-

chend Gelegenheit für den Erlass einer solchen Verordnung zu verschaffen, hat er zudem in § 28 Abs. 3 AGBG bestimmt, dass das am 1. April 1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für eine Zeitspanne von drei Jahren nicht auf die Fernwärmeversorgung anzuwenden ist (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, aaO).

27 Dieses Anliegen des Gesetzgebers, die Rechtsbeziehungen zwischen den Lieferanten und Abnehmern von Fernwärme nicht der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz zu unterstellen (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, aaO; BT-Drucks. 7/3919, aaO), hat der Verordnungsgeber aufgegriffen. Das Bundesministerium für Wirtschaft hat in seiner "Begründung zum Regierungsentwurf der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme" ausgeführt, die geplante Regelung solle in ihrem Anwendungsbereich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Fernwärmelieferung ausgewogen gestalten und hierbei einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Energieversorgungsunternehmen und ihren Kunden herstellen (vgl. BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 237).

28 Dabei sah er in Übereinstimmung mit dem Regierungsentwurf zum AGB-Gesetz ein besonderes Regelungsbedürfnis für diese Sachverhalte vor allem deswegen, weil das AGB-Gesetz den Eigenheiten, die sich einerseits aus der monopolartigen Stellung der Fernwärmeversorgungsunternehmen und der dadurch bedingten Abhängigkeit der Verbraucher und andererseits aus den wirtschaftlich-technischen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung ergeben, nicht hinreichend Rechnung trage (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO; BT-Drucks. 7/3919, aaO; vgl. auch Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, aaO S. 9). Um dieses Ziel zu erreichen, sah sich der Verordnungsgeber in der Folgezeit veranlasst, die sich abzeichnende Verzögerung der Verkündung der AVBFernwärmeV - diese erfolgte erst am 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742) und damit nach Ablauf der in § 28 Abs. 3 AGBG vorgesehenen Frist - durch eine rückwirkende Inkraftsetzung der Bestimmungen der AVBFernwärmeV zu dem in § 28 Abs. 3 AGBG genannten

Zeitpunkt (1. April 1980) auszugleichen (vgl. § 37 AVBFernwärmeV; vgl. ferner Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, aaO S. 5 - 8).

29 c) Auch in der Folgezeit hat sich an der Verdrängung der AGB-rechtlichen Kontrollinstrumentarien durch die Bestimmungen der AVBFernwärmeV nichts geändert. Zwar sieht nun § 310 Abs. 2 BGB vor, dass Verträge mit Sonderabnehmern nicht nur - wie bisher - im Bereich der Gas- und Stromversorgung, sondern auch auf dem Fernwärme- und Wassersektor neben der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unter bestimmten Voraussetzungen auch einer richterlichen Überprüfung nach §§ 308, 309 BGB unterliegen. Jedoch wollte der Gesetzgeber mit der Einbeziehung von Fernwärmeverträgen in § 310 Abs. 2 BGB lediglich eine vom Schrifttum bemängelte "planwidrige Lücke" für die auch auf dem Fernwärme- und Wassersektor in Ausnahmefällen anzutreffenden Sonderverträge ausfüllen (BT-Drucks. 14/6040, S. 160). Wie das von ihm zur Begründung angeführte Zitat (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 23 Rn. 39) belegt, ging es dem Gesetzgeber nicht um eine Erweiterung der AGB-rechtlichen Kontrolle (§§ 307 ff. BGB) auf sämtliche auf dem Fernwärme- und Wassersektor abgeschlossenen Lieferverträge.

30 Vielmehr wollte er durch die in § 310 Abs. 2 BGB vorgesehenen Beschränkungen einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle lediglich klarstellen, dass Sonderabnehmer in keinem Bereich der Energieversorgung eines stärkeren Schutzes bedürfen als Tarifkunden und sich daher bei der Wasser- und Fernwärmeversorgung - ebenso wenig wie bei der Gas- oder Stromlieferung - uneingeschränkt auf eine Klauselkontrolle nach §§ 308, 309 BGB berufen können (Ulmer, aaO Rn. 38, 39). Da der Gesetzgeber den Begriff des Sonderabnehmers im Fernwärme- und Gassektor nicht neu definieren wollte, trifft die Regelung des § 310 Abs. 2 BGB keine Aussage darüber, an welchen Maßstäben die Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Fernwärme- oder Wasserbezugsverträgen, die nicht gegenüber Sonderabnehmern verwendet werden, zu messen ist. Es verbleibt daher bei Preisanpassungsklauseln, die im

Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV Verwendung finden, beim Vorrang der speziellen Vorgaben des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF.

31 Bestätigt wird dies auch durch das am 14. September 2007 in Kraft getretene Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden (Preisklauselgesetz; BGBl. I S. 2246 - PrKG), das die Vorschriften über die Zulässigkeit von Preisklauseln in Wärmelieferungsverträgen nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme unberührt lässt (§ 1 Abs. 3 PrKG). Der Gesetzgeber wollte durch diese Regelung sicherstellen, dass die Rechtmäßigkeit solcher Klauseln allein nach den Vorgaben des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Wärmelieferungsverträgen beurteilt wird, das "eine spezielle Regelung in § 24 Abs. 3 AVBFernwärme [aF] enthält" (BR-Drucks. 68/07, S. 69).

32 4. Den Anforderungen des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF wird die in Nummer 3 der Anlage 1 des Wärmelieferungsvertrages enthaltene Preisänderungsklausel indessen nicht gerecht. Denn sie bildet die in § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aufgestellten Kriterien, die bei Preisänderungsklauseln zu beachten sind, nicht hinreichend ab.

33 a) 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 Verordnungsgeber 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). Aus diesen Gründen waren in der Praxis in Versorgungsverträgen schon vor dem Inkrafttreten der AVBFernwärmeV Preisänderungsklauseln vorgesehen, die in der Regel auf Kostenelemente oder Marktpreise anderer Energieträger abstellten (Witzel, aaO). Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf den von ihm angestrebten Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden hat sich der Verordnungsgeber für eine Kombination von Kosten- und Marktelement entschieden.

34 b) Die von der Klägerin verwendete Klausel erfüllt die beschriebenen Anforderungen des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht. Allerdings folgt dies - anders als dies im Berufungsurteil anklingt - nicht schon daraus, dass sich die Preisanpassungsklausel nicht allein an der Entwicklung der beim Lieferanten entstehenden Kosten orientiert. Denn im Hinblick auf die in § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF verlangte Anknüpfung an zwei unterschiedliche Bemessungsfaktoren (Kosten des Versorgers und Verhältnisse auf dem Wärmemarkt) können die zur Inhaltskontrolle von Preisanpassungsbestimmungen in Gaslieferungsverträgen nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelten Grundsätze, wonach sich die Preisanpassung ausschließlich an der Entwicklung der Kosten zu orientieren hat, nicht uneingeschränkt auf Preisänderungsklauseln in der Fernwärmeversorgung übertragen werden.

35 aa) Bei Gasversorgungsverträgen mit Normsonderkunden gibt es keine normativen Vorgaben für den Inhalt von Preisanpassungsklauseln. Für deren Ausgestaltung besteht vielmehr Vertragsfreiheit, der durch die Bestimmungen der §§ 307 ff. BGB inhaltliche Grenzen gesetzt sind. Dabei ist zu beachten, dass der Verordnungsgeber bei Erlass der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVBGasV) in der Erläuterung zu § 4 AVBGasV zum Ausdruck gebracht hat, dass Gasversorgungsunternehmen angesichts der langfristigen Vertragsbindung die "Möglichkeit haben (müssen), Kostensteigerungen während der Vertragslaufzeit in den Preisen an die

Kunden weiterzugeben" (BR-Drucks. 77/79, S. 38; vgl. ferner Senatsurteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08, aaO Rn. 19). Ein entsprechendes Interesse an der Weitergabe von Kostensteigerungen ist auch bei Gasversorgungsverträgen mit Sonderkunden anzuerkennen (vgl. Senatsurteile vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 22, und VIII ZR 56/08, aaO Rn. 24).

36 Dies hat zur Folge, dass im Gassektor durch die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB und bei Sonderkunden darüber hinaus durch eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB sicherzustellen ist, dass die Preisanpassung das vertragliche Äquivalenzverhältnis wahrt, also das Versorgungsunternehmen Preisanpassungen nicht dazu nutzen kann, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben, um nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 19. November 2008 - VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 25, und vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 56/08, aaO Rn. 26 [für Tarifkunden]; vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08, BGHZ NJW 2010, 2789 Rn. 35, zur Veröffentlichung vorgesehen in BGHZ 185, 96; VIII ZR 304/08, aaO Rn. 43 [für Sonderkunden]).

37 bb) Diese Grundsätze können in Anbetracht der unterschiedlichen Vorgaben für die Zulässigkeit von Preisanpassungsklauseln in Gas- und Fernwärmelieferungsverträgen (einerseits Kostenentwicklung; andererseits angemessene Berücksichtigung von Kosten und Marktverhältnissen) bei Fernwärmeverträgen nur in eingeschränktem Maße Geltung beanspruchen. Da § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF dem Versorgungsunternehmen aufgibt, bei einer Preisanpassung nicht allein die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen, sondern auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen zu berücksichtigen, ist eine Preisanpassungsklausel in Fernwärmeverträgen - anders als dies offenbar das Berufungsgericht meint - nicht bereits deswegen zu beanstanden, weil sie nicht ausschließlich an der Entwicklung der Erzeugungs- und Lieferkosten ausgerichtet ist (vgl. hierzu auch Legler, aaO S. 22). Dem Berufungsgericht ist aber darin beizupflichten, dass ein Fernwärmeversorger, der - wie hier - Fernwärme allein

mit Erdgas erzeugt, den Vorgaben in § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht gerecht wird, wenn er die Preisanpassung unabhängig von den eigenen Bezugskosten ausschließlich von der Preisentwicklung für leichtes Heizöl ("HEL") abhängig macht. Denn auch bei Preisanpassungsklauseln in Fernwärmeverträgen ist - allerdings nur hinsichtlich des Kostenelements - eine unmittelbare Anknüpfung an die beim Fernwärmeversorger anfallenden Kosten der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme geboten.

38 (1) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob der in der Preisanpassungsklausel der Klägerin verwendete "HEL"-Faktor zur Abbildung der Verhältnisse am Wärmemarkt geeignet ist (vgl. hierzu Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 180, 182; Hermann, aaO Rn. 22; Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand Dezember 2010, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 8). Denn die Preisanpassungsklausel der Klägerin ist schon deswegen mit § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht zu vereinbaren, weil der Bemessungsfaktor "HEL" die neben den Marktverhältnissen zu berücksichtigende Kostenorientierung nicht wie erforderlich widerspiegelt. Kostenorientierung bedeutet zwar nicht Kostenechtheit, weswegen sie nicht dazu zwingt, Preise spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur auszugestalten (vgl. BR-Drucks. 459/79, S. 11). Der Grundsatz der Kostenorientierung ist jedoch dann tangiert, wenn die Preise oder einzelne ihrer Bestandteile kostenmäßige Zusammenhänge nicht mehr hinreichend erkennen lassen (vgl. BR-Drucks. 459/79, aaO). So liegen die Dinge hier.

39 (2) § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF verlangt, dass neben den Marktverhältnissen die Erzeugungskosten und die Kosten für die Bereitstellung von Fernwärme (etwa Transport, Verteilung u.ä.; vgl. hierzu etwa Hermann, aaO Rn. 13 f.) angemessen berücksichtigt werden. Die Erzeugungskosten hängen in der Regel überwiegend von den Brennstoffkosten ab, während die Bereitstellungskosten vor allem durch die Lohnkosten und in geringem Maße durch die Materialkosten bestimmt werden (vgl. OLG Brandenburg, ZNER 2006, 269; Hempel/Franke, aaO Rn. 6). Da die Klägerin für die Wärmeerzeugung kein leichtes Heizöl, sondern ausschließlich Erdgas als Brennstoff ein-

setzt, sind die Gasbezugskosten der maßgebende Faktor bei den Wärmeerzeugungskosten. Dem wird die Preisanpassungsklausel der Klägerin nicht gerecht.

40 (a) Die Klägerin hat Preisanpassungen beim verbrauchsabhängigen Wärmearbeitspreis an die Entwicklung der in Anlage 1 zum Fernwärmevertrag vom 18. Oktober/6. November 2003 genannten "HEL"-Notierungen gekoppelt. Die Revision hält es für zulässig, bei den Brennstoffkosten auf die Entwicklung "mittelbarer Preisrepräsentanten" abzustellen; mit der Bezugnahme auf die Heizölpreise werde der tatsächliche Erzeugerpreis abgebildet. Diese Annahme ist jedoch nicht allgemein gerechtfertigt. Auch wenn der Preis für leichtes Heizöl die Preise der anderen Energieträger weitgehend mitbestimmt, ist angesichts der gerichtsbekannten (§ 291 ZPO) Vielfältigkeit der in der Praxis anzutreffenden Ausgestaltungen einer "HEL"-Preisbindung (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2010 - VIII ZR 304/08 und VIII ZR 178/08, aaO Rn. 46 bzw. Rn. 37) die Anknüpfung von Preisanpassungen an einen "HEL"-Parameter nicht ohne weiteres mit der Kostenentwicklung bei den Erdgasbezugskosten gleichzusetzen. Die gewählte Bemessungsgröße genügt daher ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht der in § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF geforderten Orientierung an der Kostenentwicklung der Fernwärmeerzeugung (so auch Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 180; wohl auch Topp in Zenke/Wollschläger, aaO S. 189; Hempel/Franke, aaO; offen gelassen bei Fricke, aaO S. 74; aA Hermann, aaO Rn. 16; Legler, aaO S. 22 f.; Wollschläger/Beermann, aaO S. 63).

41 (b) Auf dieses Erfordernis kann auch nicht im Hinblick darauf, dass nach der Begründung zur AVBFernwärmeV eine Kostenorientierung ausreicht und keine Kostenechtheit verlangt wird, verzichtet werden (so aber Wollschläger/Beermann, aaO S. 66). Denn auch bei einer Kostenorientierung muss sich der das Kostenelement repräsentierende Preisänderungsparameter im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - an den kostenmäßigen Zusammenhängen ausrichten (vgl. BR-Drucks. 459/79, aaO). Dies erfordert aber, dass ein Indikator als Bemessungsgröße gewählt wird, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft.

Der von der Klägerin gewählte "HEL"-Faktor wäre nur dann geeignet, die Gasbezugskosten der Klägerin ausreichend abzubilden, wenn feststünde, dass sie ihrerseits gegenüber ihren Vorlieferanten einer Ölpreisbindung unterliegt, die ihrer Art und ihrem Umfang nach im Wesentlichen der von der Klägerin gegenüber ihren Endkunden praktizierten "HEL"-Bindung entspricht (vgl. hierzu Senatsurteile vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08 und VIII ZR 304/08, aaO Rn. 37 bzw. Rn. 45, 46, jeweils zu Gaspreisklauseln; ähnlich Lippert, aaO S. 59). Davon ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszugehen.

42 Das Berufungsgericht hat zu Recht Sachvortrag dazu vermisst, ob und in welchem Umfang die Vorlieferanten der Klägerin Preisänderungen an diese weitergeben. Es steht bereits nicht fest, dass die Vorlieferanten der Klägerin bei ihrer Preisbestimmung als Referenzgröße vergleichbare örtliche Notierungen des Produkts "leichtes Heizöl" (einschließlich der Verbrauchssteuern) heranziehen. Weiter bleibt offen, ob die Vorlieferanten der Klägerin neben einem "HEL"-Parameter zusätzliche Bemessungsfaktoren vorsehen, ob sie einen ähnlichen Äquivalenzfaktor wie die Klägerin verwenden und ob sie vergleichbare Berechnungszeiträume zugrunde legen (vgl. zu diesen Gesichtspunkten Senatsurteile vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08 und VIII ZR 304/08, aaO). Übergangenen Sachvortrag in den Tatsacheninstanzen zu den Einzelheiten der Preisbildung der Vorlieferanten zeigt die Revision nicht auf. Sie verweist lediglich darauf, der Faktor "1,26" diene nach dem Vortrag der Klägerin dazu, eine kostenneutrale Umrechnung eines alternativen Brennstoffpreises (üblicherweise leichtes Heizöl als marktbeherrschender Energieträger) in einen erdgasabhängigen Wärmepreis zu gewährleisten. Damit ist aber nur der von der Klägerin verwendete Äquivalenzfaktor erläutert worden, der nach deren Vorbringen zum einen den Unterschieden bei den Brennwerten von leichtem Heizöl und Erdgas und zum anderen dem Jahresnutzungsgrad einer durchschnittlichen Wärmeerzeugungsanlage Rechnung tragen soll. Da durch die verwendete Bezugsgröße "HEL" nicht gesichert ist, dass sich der den Endkunden berechnete Wärmearbeitspreis an den tatsächlichen Gasbezugskosten der Klägerin orientiert, wird die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsklausel den Vorgaben in § 24 Abs. 3

Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht gerecht, wonach bei Preisänderungen die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme angemessen zu berücksichtigen ist.

43 (3) Ohne Erfolg hält die Revision dem entgegen, die Kosten des Brennstoffs Erdgas müssten nicht zwingend in die von der Klägerin verwendete Anpassungsklausel für den Wärmearbeitspreis einbezogen werden.

44 (a) Sie macht zunächst geltend, eine Berücksichtigung von Brennstoffkosten sei dann nicht zwingend erforderlich, wenn andere Kostenfaktoren so stark ausgeschöpft würden, dass die Kostenorientierung der Klausel nicht völlig verdrängt werde (ähnlich Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 180, 184; vgl. ferner Fricke, aaO). Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob sich eine solche Sichtweise mit dem Umstand vereinbaren lässt, dass § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF den beiden dort genannten Bemessungsfaktoren (Marktverhältnisse und Kosten der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme) an sich den gleichen Rang zuweist und Abstufungen nur im Rahmen der Angemessenheit zulässt (vgl. hierzu Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 184). Die Frage, ob sich eine solche Gestaltung noch im Rahmen der den Fernwärmeversorgern eingeräumten Spielräume bewegt (vgl. BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, S. 256), bedarf jedoch vorliegend keiner abschließenden Klärung, denn die von der Revision zum Ausgangspunkt ihrer Überlegungen gemachte Fallgestaltung ist vorliegend nicht gegeben.

45 Die Revision meint, im Streitfall könne eine Berücksichtigung der Brennstoffkosten deswegen unterbleiben, weil die Klägerin bei der Anpassung des Wärmegrundpreises auf die Entwicklung der Lohnkosten abstelle, denen sowohl für die Erzeugung als auch für die Bereitstellung der Fernwärme erhöhte Bedeutung zukomme. Dieser Einwand ist schon deswegen unbeachtlich, weil ausweislich der streitgegenständlichen Abrechnungen der Wärmearbeitspreis in der Regel einen weitaus höheren Anteil an dem Gesamtwärmepreis ausmacht als der Wärmegrundpreis und zudem bei der Anpassung des Wärmegrundpreises die Entwicklung der Lohnkosten ohnehin nur mit einem Faktor von 0,00315

berücksichtigt wird, der multipliziert mit dem Differenzbetrag zwischen aktuellem Lohn und Basislohn zum Ausgangspreis von 31,15 €/kW/a addiert wird (Nr. 1 der Anlage 1 zum Fernwärmelieferungsvertrag). Dementsprechend hat sich der Wärmegrundpreis in der Zeit nach Vertragsschluss nur unwesentlich erhöht. Bis Oktober 2006 belief er sich auf 31,25 €/kW/a, danach auf 31,48 €/kW/a. In Anbetracht dieser Umstände werden die Preisanpassungsbestimmungen der Klägerin den Anforderungen an eine angemessene Kostenorientierung nicht schon dadurch gerecht, dass die Preisentwicklung bei dem Wärmegrundpreis an die Änderung der Löhne anknüpft.

46 (b) Ebenfalls ohne Erfolg bleibt der Einwand der Revision, die Brennstoffkosten könnten im Streitfall bei der Anpassung des Wärmearbeitspreises deswegen außer Acht gelassen werden, weil ihnen nur eine untergeordnete Bedeutung für die Kostenstruktur der Klägerin zukomme. Zwar wird im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, dass Brennstoffkosten bei einer Preisänderungsklausel dann unberücksichtigt bleiben könnten, wenn der Brennstoff für die Erzeugung der Fernwärme keinen Preis habe, was insbesondere bei der Erzeugung von Fernwärme in KWK-Anlagen oder der Verbrennung von Müll und Abgasen der Fall sei (Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 180). Dies begegnet schon im Ansatz Bedenken, denn bei der Gewinnung zweier Endprodukte (Elektrizität und Abwärme) durch den Einsatz eines Brennstoffes (so genannte Kraft-Wärme-Kopplung) können die Kosten des Brennstoffes (hier Erdgas) nicht allein der Elektrizitätserzeugung zugeordnet werden. Entgegen der von der Revision aufgegriffenen Behauptung der Beklagten sind für die Erzeugung von Wärme in aller Regel nicht die Kosten des mit Erdgas produzierten Stroms maßgebend, denn die Wärme wird nicht in einem zweiten Arbeitsschritt durch den Einsatz der zuvor gewonnenen Elektrizität erzeugt, sondern entsteht - als weiteres Produkt zu dem gleichzeitig erzeugten Strom - durch die Verbrennung von Erdgas. Daher sind die Kosten des eingesetzten Brennstoffes regelmäßig aufzuteilen auf die der Strom- und der Wärmeerzeugung zuzuordnenden Anteile (vgl. hierzu auch Hermann, aaO Rn. 13).

47 Dass bei der Klägerin hiervon abweichend eine andere Kostenstruktur gegeben ist, zeigt die Revision nicht auf. Sie verweist lediglich auf eine von der Beklagten aufgestellte Behauptung, wonach die von der Klägerin vertriebene Fernwärme "lediglich das Abfallprodukt eines mit dem Energieträger Gas betriebenen Blockheizkraftwerks ist", so dass ein Anstieg der Bereitstellungs- und Erzeugungskosten für den Betrieb des Blockheizkraftwerkes "allenfalls eine Erhöhung des Preises für den Strom, der mit dem Blockheizkraftwerk produziert (werde), rechtfertigen (könne), jedoch nicht die Preiserhöhung des Abfallprodukts Fernwärme." Entgegen der Darstellung der Revision hat die Klägerin diese Behauptung nicht unstreitig gestellt, sondern unter Beanstandung des Begriffs "Abfallprodukt" im Gegenteil ausgeführt, dass beim Betrieb des Blockheizkraftwerkes Wärme und Strom immer zeitgleich anfallen. Damit fehlt hinreichender Vortrag dazu, dass die Klägerin die Gasbezugskosten in ihrer Kostenkalkulation ausschließlich der Erzeugung von Elektrizität zuweist und daher bei der Wärmeerzeugung nur die (erhöhten) Stromkosten in Ansatz bringt. Davon abgesehen liefe die Argumentation der Revision darauf hinaus, dass zwar nicht die Kosten des Brennstoffes Erdgas, wohl aber Stromkosten als Bemessungsfaktoren für die Änderung des Wärmearbeitspreises zu berücksichtigen wären. Auch dem würde die von der Klägerin verwendete Klausel nicht gerecht, da sie allein auf den Faktor "HEL" abstellt.

48 c) Da bereits die in Anlage 1 Nr. 3 des Fernwärmevertrages vom 18. Oktober/6. November 2003 vorgesehene und in § 5 Nr. 2 dieses Vertrags in Bezug genommene Preisanpassungsklausel wegen Verstoßes gegen § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärrmeV aF nach § 134 BGB nichtig ist und folglich nicht als Grundlage für Preisänderungen dienen kann, bedarf es keiner Entscheidung, ob - wie vom Berufungsgericht angenommen - zusätzlich auch der Passus in § 5 Nr. 2 des Vertrags unwirksam ist, nach dem die Klägerin berechtigt sein soll, ihre Preise nach der in Anlage 1 angegebenen Preisänderungsklausel anzupassen, und nach dem Preisänderungen erst nach Übersenden eines neuen Preisblatts an den Kunden und Angabe des Zeitpunkts der Preisänderung wirksam werden sollen. Die aus der Unvereinbarkeit der Klausel mit § 24 Abs. 3 Satz 1 AVB-

FernwärmeV folgende Nichtigkeit (§ 134 BGB) erfasst allerdings nicht den gesamten Wärmelieferungsvertrag, sondern nur die für den Kunden nachteilige Preisanpassungsklausel (vgl. hierzu auch Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., § 134 Rn. 13 i.V.m. § 139 Rn. 18 mwN).

49 5. Die Beklagte ist mit ihren Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel auch nicht gemäß § 30 Nr. 1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen, wonach Einwände gegen Rechnungen und Abschlagszahlungen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur berechtigen, soweit sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen.

50 a) Ausgehend von ihrem Wortlaut deckt diese Bestimmung zwar sämtliche tatsächlichen oder rechtlichen Gründe ab, die der Kunde der Entgeltforderung des Versorgungsunternehmens entgegensetzen kann (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667 Rn. 28), so dass ihr Geltungsbereich an sich nicht auf die in den Gesetzesmaterialien (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 258) ausdrücklich genannten Rechen- und Ablesefehler beschränkt ist. Sinn und Zweck dieser Vorschrift rechtfertigen es jedoch nicht, dem Wärmekunden die Möglichkeit abzuschneiden, bereits im Abrechnungsprozess die vertraglichen Grundlagen seiner Leistungspflicht zu klären.

51 b) Durch § 30 AVBFernwärmeV soll im Interesse einer möglichst kostengünstigen Fernwärmeversorgung vermieden werden, dass die grundsätzlich zur Vorleistung verpflichteten Unternehmen unvertretbare Verzögerungen bei der Realisierung ihrer Preisforderungen in den Fällen hinnehmen müssen, in denen Kunden Einwände geltend machen, die sich letztlich als unberechtigt erweisen (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO; vgl. ferner Senatsurteile vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO, und vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, WM 1990, 608 unter B I 2 a). Da der Einwendungsausschluss in § 30 AVBFernwärmeV nach der Zielsetzung des Verordnungsgebers letztlich den Interessen beider Seiten dienen soll ("kostengünstige Fernwärmeversorgung" einerseits und Unterbindung von "unvertretbaren Verzögerungen" ande-

rerseits), lässt sich die inhaltliche Reichweite dieser Vorschrift nicht allein unter Berücksichtigung der Interessen der Versorgungsunternehmen bestimmen; vielmehr ist hierbei auch den schutzwürdigen Belangen der Wärmekunden ausreichend Rechnung zu tragen. In bestimmten Fällen kommt den Interessen der Wärmekunden an der Geltendmachung von Einwendungen ein solches Gewicht zu, dass es unangemessen wäre, ihre Einwände im Zahlungsprozess unberücksichtigt zu lassen und die Kunden stattdessen auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen. Nach der Rechtsprechung des Senats sind daher Einwendungen des Kunden, die sich nicht auf bloße Abrechnungs- und Rechenfehler beziehen, sondern die vertraglichen Grundlagen für die Art und den Umfang seiner Leistungspflicht betreffen, vom Anwendungsbereich des § 30 AVBFernwärmeV oder gleich lautender Bestimmungen ausgenommen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO; vgl. ferner Senatsurteile vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, NJW 2003, 3131 unter II 2 a [zu § 30 AVBWasserV]; vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, aaO unter B I 3 a [zu § 30 AVBFernwärmeV]; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, WM 1983, 341 unter II 2 a, b).

52 aa) Zu den durch § 30 AVBFernwärmeV nicht abgeschnittenen Einwänden zählt zunächst das Vorbringen des Abnehmers, die ihm in Rechnung gestellten Preise entsprächen nicht den für gleichartige Versorgungsverhältnisse (§ 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV) geltenden Preisen (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO Rn. 27 ff.). Ebenso wenig wird durch die genannte Bestimmung die Möglichkeit ausgeschlossen, die Billigkeit einer einseitigen Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens (§§ 315, 316 BGB) zu bestreiten (vgl. Senatsurteile vom 11. Oktober 2006 - VIII ZR 270/05, NJW 2007, 210 Rn. 18; vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO Rn. 28, 29; vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, aaO [zu § 30 AVBWasserV]; vom 6. Dezember 1989 - VIII ZR 8/89, aaO; vom 19. Januar 1983 - VIII ZR 81/82, aaO; aA Berkner/Topp/Kuhn/Tomala, ET 2005, 952, 953 f.; ferner BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 - X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 unter II 2 b bb, insoweit in BGHZ 163, 321 nicht abgedruckt; KG, GE 2004, 887 f. [jeweils für den Fall von

vertraglichen Leistungsbedingungen in einem Abfallentsorgungsvertrag]). In beiden Fällen entfällt die bei einem Vertrag normalerweise bestehende Gewissheit über Inhalt und Umfang der Leistung, welche aus der Einigung der Parteien hierüber folgt (vgl. Senatsurteile vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO Rn. 28; vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, aaO; vom 19. Januar 1989 - VIII ZR 81/82, aaO unter II 2 b). Es geht hier nicht um Fehler der konkreten Abrechnung, sondern um die Feststellung der vertraglichen Grundlagen für Art und Umfang der Leistungspflicht des Abnehmers (vgl. Senatsurteile vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO, und vom 30. April 2003 - VIII ZR 279/02, aaO). Der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der vertraglichen Grundlagen für die Entgeltpflicht des Kunden hat der Normgeber aber besondere Bedeutung beigemessen, wie insbesondere die in § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV (§ 2 Abs. 3 AVBWasserV) geregelte Verpflichtung der Versorgungsunternehmen zeigt, jedem Neukunden die maßgeblichen Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen (Senatsurteil vom 15. Februar 2006 - VIII ZR 138/05, aaO). Dem sonach berechtigten Interesse des Abnehmers daran, kein überhöhtes Entgelt zahlen zu müssen, kann nur dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass es ihm gestattet wird, die beschriebenen Einwände schon im Rahmen einer gegen ihn gerichteten Leistungsklage zu erheben.

53 bb) Eine vergleichbare Interessenlage besteht, wenn ein Kunde - wie hier - Einwände gegen die Wirksamkeit einer vom Versorgungsunternehmen eingeführten vorformulierten Preisanpassungsklausel erhebt. Auch hier sind nicht Fehler der konkreten Abrechnung betroffen, sondern der Abnehmer stellt die vertraglichen Grundlagen für Art und Umfang seiner Leistungspflicht in Frage. Ist die beanstandete Preisanpassungsklausel unwirksam, kann sie nicht als Berechnungsgrundlage für den verlangten Wärmepreis dienen, so dass - sofern das Versorgungsunternehmen Preiserhöhungen nicht auf eine andere Rechtsgrundlage stützen kann - allein der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Preis maßgebend bleibt. Folglich besteht - ebenso wie in den oben unter II 5 b aa beschriebenen Fallgestaltungen - eine Ungewissheit über den Umfang der tatsächlich geschuldeten Vergütung. Der einzige Unterschied zu dem ein-

gangs genannten Fall einer einseitigen Leistungsbestimmung nach §§ 315, 316 BGB besteht darin, dass im Falle der Unangemessenheit des festgesetzten Preises das geschuldete Entgelt vom Gericht im Wege rechtlicher Gestaltung bestimmt wird (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB), während bei einer Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel grundsätzlich keine gerichtliche Leistungsbestimmung erfolgt, sondern regelmäßig der von den Parteien ursprünglich vereinbarte Preis gültig bleibt. Diese Unterschiede führen jedoch nicht dazu, dass ein Kunde, der sich auf die Unwirksamkeit einer vorformulierten Preisanpassungsklausel beruft, weniger schutzwürdig wäre als ein Abnehmer, der eine einseitige Preisbestimmung des Versorgungsunternehmens als unbillig beanstandet (aA OLG Brandenburg, NJW-RR 2007, 270, 272; Steenbuck, MDR 2010, 357, 359). Die Überprüfung der Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel dient - ebenso wie die Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB - dazu, privatautonomer Gestaltungsmacht bestimmte Grenzen zu setzen und zu klären, welcher Preis tatsächlich geschuldet ist (vgl. hierzu auch Büdenbender, aaO S. 73).

54 cc) Schon die beschriebene Vergleichbarkeit der Interessenlagen macht deutlich, dass den berechtigten Belangen eines Fernwärmekunden dadurch Rechnung zu tragen ist, dass diesem gestattet wird, sich bereits in dem vom Wärmelieferanten angestrengten Zahlungsprozess auf die Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel des Versorgungsunternehmens zu berufen. Hinzu kommt, dass der Normgeber ein erhöhtes Schutzbedürfnis des Abnehmers bei der Verwendung von Preisanpassungsklauseln in der Fernwärmeversorgung anerkannt und aus diesem Grunde dem Wärmelieferanten in § 24 Abs. 3 AVB-FernwärmeV aF dezidierte Vorgaben hinsichtlich der Preisbemessungsfaktoren sowie der Transparenz und Verständlichkeit von Preisanpassungsklauseln gemacht hat. Mit dem vom Normgeber anerkannten besonderen Schutzbedürfnis eines Wärmekunden wäre es nicht zu vereinbaren, diesen mit der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Preisanpassungsklausel auf einen Rückforderungsprozess zu verweisen. Soweit demgegenüber in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum die Auffassung vertreten wird, die "Fehlerhaftigkeit"

von Preisanpassungsklauseln stelle in der Regel keinen offensichtlichen Fehler dar, der zur Zahlungsverweigerung nach § 30 AVBFernwärmeV berechtige (vgl. etwa OLG Hamm, NJW-RR 1989, 1455; LG Frankfurt am Main, CuR 2007, 76 f.; Witzel in Witzel/Topp, aaO S. 207; Hempel/Franke, aaO § 30 AVBFernwärmeV Rn. 6 mwN; Morell, Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser, Stand April 2004, E § 30 Anm. d; Fricke, aaO S. 74 f.), wird nicht hinreichend berücksichtigt, dass bei einer solch eingeschränkten Sichtweise der mit § 24 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV bezweckte Schutz des Kunden vor unangemessenen Preisanpassungen nicht erreicht wird. Durch die gebotene einschränkende Auslegung des § 30 AVBFernwärmeV wird diese Bestimmung auch nicht jeglichen Anwendungsbereichs beraubt (vgl. hierzu Büdenbender, aaO S. 90). Denn von dieser Vorschrift werden neben den vom Normgeber besonders hervorgehobenen Ablese- und Rechenfehlern auch sonstige Berechnungsmängel erfasst wie beispielsweise der Ansatz unzutreffender Bemessungsgrößen für die Tarifbestandteile (etwa Anzahl der Räume,

Preis pro Mengeneinheit u.ä.) oder die Anlegung unrichtiger Verteilungsmaßstäbe (vgl. hierzu Hermann, aaO, § 30 AVBFernwärmeV Rn.17).

Ball Dr. Milger Dr. Hessel

Dr. Fetzer Dr. Bünger

Vorinstanzen:
LG Dessau-Roßlau, Entscheidung vom 29.12.2008 - 2 O 633/06 -
OLG Naumburg, Entscheidung vom 17.09.2009 - 1 U 23/09 -