BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 339/10

Verkündet am:
13. Juli 2011
Ermel,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AVBFernwärmeV § 24 Abs. 4 (Abs. 3 aF)

a) § 24 Abs. 4 (Abs. 3 aF) AVBFernwärmeV erfordert bei Anpassungsklauseln für den Arbeitspreis, dass zur Wahrung der kostenmäßigen Zusammenhänge als Bemessungsgröße ein Indikator verwendet wird, der an die tatsächliche Entwicklung des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft (Bestätigung von BGH, Urteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, WM 2011, 1048). Eine derartige Kostenorientierung fehlt bei der bloßen Berücksichtigung eines Indexes für den eingesetzten Energieträger, es sei denn, es wäre sichergestellt, dass sich die konkreten Kosten der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelten wie der Index (Bestätigung von BGH, Urteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, zur Veröffentlichung bestimmt).

b) Die Verwendung des Erzeugerpreisindexes des investitionsgüterproduzierenden Gewerbes bei Anpassungsklauseln für den Grundpreis begegnet grundsätzlich keinen Bedenken. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn sich die Wärmepreisentwicklung, also die Entwicklung des dem Kunden in Rechnung gestellten Gesamtpreises, durch die Verwendung eines solchen Indexes oder durch seine Gewichtung von den kostenmäßigen Zusammenhängen löst oder wenn insoweit das von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV (Abs. 3 aF) geforderte angemessene Verhältnis von Markt- und Kostenelementen nicht mehr gewahrt bleibt.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10 - OLG Dresden
LG Zwickau

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 30. November 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist ein Energieversorgungsunternehmen, das Kunden mit Fernwärme beliefert. Die Beklagte, eine Wohnungseigentümergemeinschaft, bezieht von der Klägerin auf der Grundlage eines mit deren Rechtsvorgängerin (E. AG) geschlossenen Vertrages vom 4./15. Februar 1999 Fernwärme. Vereinbart ist eine Höchstlast von 350 kW. Der Vertrag hatte zunächst eine Laufzeit von zehn Jahren und verlängerte sich sodann um weitere fünf Jahre.

2

Ziffer 1 des Vertrages regelt, dass die dem Vertrag als Anlage 2 beigefügte Preisregelung "SG" Vertragsbestandteil ist. Dort wird der von der Beklagten zu entrichtende Wärmepreis wie folgt bestimmt:

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

"**1. Grundpreis (= Nennpreis)**

Der Jahresgrundpreis für jede kW der gemäß Ziffer 3.1 des Vertrages mit der E. AG vorzuhaltenden Höchstlast beträgt
netto 34,50 DM/kW brutto 40,02 DM/kW, mindestens jedoch
netto 690,00 DM/a brutto 800,40 DM/a.

2. Arbeitspreise (= Nennpreise)

Die Arbeitspreise für die sekundärseitig in Form von Warmwasser bezogene Fernwärme betragen für:

die ersten	50.000 kWh/Jahr	netto	6,70 Pf/kWh	brutto	7,78 Pf/kWh
die weiteren	150.000 kWh/Jahr	netto	5,50 Pf/kWh	brutto	6,38 Pf/kWh
alle weiteren		netto	4,60 Pf/kWh	brutto	5,33 Pf/kWh

...

5. Preisanpassung

Der Grundpreis (= Nennpreis) gemäß Ziffer 1 ändert sich nach folgender Formel:

$$GP = GP_0 \times \left(0{,}21 + 0{,}43 \times \frac{L}{L_0} + 0{,}36 \times \frac{I}{I_0}\right)$$

Die Arbeitspreise (= Nennpreise) gemäß Ziffer 2 ändern sich nach folgender Formel:

$$AP = AP_0 \times \left(0{,}3 \times \frac{L}{L_0} + 0{,}5 \times \frac{H}{H_0} + 0{,}2 \times \frac{G}{G_0}\right)$$

Darin bedeuten:

GP = Grundpreis in DM/kW

GP_0 = Grundausgangspreis (=Nennpreis) gemäß Ziffer 1 (Stand 1. Juli 1995)

L = Anfangsvergütung (Stufe 0) der Ecklohngruppe 6 des Tarifvertrages für Beschäftigte des Arbeitgeberverbandes energie- und versorgungswirtschaftlicher Unternehmen e.V. Berlin (AVEU)

L_0 = Basisvergütung (Stand 1. Februar 1995) von 3.121 DM/Monat

I = Investitionsgüterindex gemäß der vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 17, Reihe 2, veröffentlichten Indexziffer für Er-

zeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz); Ziffer 1.3 langfristige Übersicht (1991 = 100) Erzeugnisse des investitionsgüterproduzierenden Gewerbes

I_0 = Basisinvestitionsgüterindex: 1994 = 104,2

AP = Arbeitspreis der jeweiligen Zone in Pf/kWh

AP_0 = Arbeitsausgangspreis (=Nennpreis) der jeweiligen Zone gemäß Ziffer 2 (Stand 1. Juli 1995)

H = Preis in DM/hl für extra leichtes Heizöl gemäß der vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 17, Reihe 2, veröffentlichten Erzeugerpreise bei Lieferung in Tankkraftwagen von 40 – 52 hl pro Auftrag frei Verbraucher in Düsseldorf, Frankfurt/Main und Mannheim/Ludwigshafen. Maßgebend ist das arithmetische Mittel der Preise der drei vorgenannten Berichtsorte.

H_0 = Basiswert für extra leichtes Heizöl : 35,14 DM/hl

G = Gaspreisindex gemäß der vom Statistischen Bundesamt in der Fachserie 17, Reihe 2, veröffentlichten Indexziffer für Erzeugerpreise gewerblicher Produkte (Inlandsabsatz); Ziffer 1.1 Aktuelle Ergebnisse (1991 = 100), laufende Nummer 83 Erdgas (Abgabe an private Haushalte)

G_0 = Basisgaspreisindex: Jahresdurchschnitt 1994 = 96,1

Sollten einzelne Preise bzw. Preisindizes vom Statistischen Bundesamt nicht mehr ermittelt und veröffentlicht werden, wird die E. AG [= Rechtsvorgängerin der Bekl.] eine der bisherigen Preisgleitung nach Möglichkeit gleichkommende Regelung einführen.

Die Faktoren I und G verändern sich mit Wirkung zum 1. Juli eines jeden Jahres. Dabei wird der Vorjahres-Durchschnittswert zugrunde gelegt.

Die Faktoren L und H verändern sich mit Wirkung zum 1. Januar, 1. April, 1. Juli und 1. Oktober eines jeden Jahres. Beim Faktor L kommt die jeweils aktuelle Anfangsvergütung zur Anwendung.

Bei der Bestimmung des Faktors H zum 1. Januar wird das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate April bis September des vorhergehenden Kalenderjahrs zugrunde gelegt.

Bei der Bestimmung des Faktors H zum 1. April wird das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Juli bis Dezember des vorhergehenden Kalenderjahrs zugrunde gelegt.

Bei der Bestimmung des Faktors H zum 1. Juli wird das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Oktober bis Dezember des vorhergehenden Kalenderjahrs und Januar bis März des laufenden Kalenderjahrs zugrunde gelegt.

Bei der Bestimmung des Faktors H zum 1. Oktober wird das arithmetische Mittel der Preise für extra leichtes Heizöl der Monate Januar bis Juni des laufenden Kalenderjahrs zugrunde gelegt.

...

Macht die E. AG von der Möglichkeit der Anhebung der Preise nicht, nur teilweise oder zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch, so werden ihre Rechte dadurch nicht beeinträchtigt, zu einem späteren Zeitpunkt – dann jedoch nicht rückwirkend – die Preisänderungsformel entsprechend der Änderung der Basisfaktoren anzuwenden.

6. Abrechnung

Das Entgelt für die Lieferung bzw. den Bezug von Fernwärme wird aus dem Arbeitspreis, dem Wärmepreis, dem Meßpreis und ggf. dem Wasserpreis ermittelt:

Der Arbeitspreis ist der Preis für die gelieferte bzw. bezogene Fernwärme.

Der Grundpreis wird auf die vereinbarte Höchstlast bezogen. ...

... "

3 Die Klägerin nahm in der Folgezeit sowohl beim Arbeitspreis als auch beim Grundpreis mehrfach Preisanpassungen vor. Der zum 1. Januar 2006 vorgenommenen Preisanpassung widersprach die Beklagte mit Schreiben vom 26. Januar 2006 und erbrachte in der Folgezeit Zahlungen nur auf der Basis der zum Ende des Jahres 2005 gültigen Preise. Mit der Klage verlangt die Klägerin für den Zeitraum März 2006 bis Dezember 2008 Zahlung eines restlichen Betrages von 18.735,08 € nebst Zinsen.

4 Das Landgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

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

7 Der Klägerin stehe nach dem unter Einbeziehung der Preisregelung "SG" am 4./15. Februar 1999 zwischen den Parteien zustande gekommenen Wärmeversorgungsvertrag ein Anspruch auf restliche Zahlung von 18.735,08 € zu. Bei der Preisanpassungsklausel in Ziffer 5 der Preisregelung "SG" (Anlage 2 zum Versorgungsvertrag) handele es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die als Preisnebenabrede der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB unterliege. Die - im Rahmen der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB zu beachtende - Vorschrift des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV [aF] stehe einer solchen Kontrolle nicht entgegen, da nicht ersichtlich sei, dass Fernwärmekunden ein geringerer Schutz zukommen solle als den Abnehmern anderer Energieträger. Die Beklagte sei auch nicht durch § 30 AVBFernwärmeV daran gehindert, die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel geltend zu machen, denn insoweit gehe es nicht um Fehler der Abrechnung, sondern um die Feststellung der vertraglichen Grundlagen. Die Zahlungsklage habe aber gleichwohl Erfolg, weil die Preisanpassungsklausel weder gegen § 307 Abs. 1 BGB noch gegen § 24 Abs. 3 Satz 2 und 3 AVBFernwärmeV [aF] verstoße.

8 Die Klausel werde den Transparenzanforderungen in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und in § 24 Abs. 3 Satz 2 und 3 AVBFernwärmeV [aF] gerecht, denn es seien sowohl die Berechnungsformeln für den Grund- und den Arbeitspreis mathematisch nachvollziehbar dargestellt als auch die maßgebenden Faktoren ausreichend erläutert. Bei sorgfältiger Lektüre erschließe sich auch der prozentuale Anteil des die Brennstoffkosten abdeckenden Preisfaktors an der jeweiligen Berechnung.

9 Auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB halte die Preisanpassungsklausel stand, denn sie benachteilige die Beklagte nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Sie sei so ausgestaltet, dass sie - wie durch § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV [aF] vorgegeben - sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt aufgreife. Außerdem werde sie den Anforderungen gerecht, die der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit Preisänderungsklauseln in Normsonderkundenverträgen mit Gaskunden aufgestellt habe. Danach müsse eine Preisanpassungsklausel das vertragliche Äquivalenzprinzip wahren und dürfe dem Verwender nicht die Möglichkeit geben, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen.

10 Die Parameter Lohn, leichtes Heizöl und Gas (beim Arbeitspreis) sowie Lohn und Investitionsgüterindex (beim Grundpreis - das Berufungsgericht spricht versehentlich von Gaspreis) trügen den Änderungen bei den Kostenfaktoren Rechnung. Die hieran anknüpfenden Berechnungsformeln seien geeignet, Kostensteigerungen und -senkungen am Markt zu erfassen und wiederzugeben. Der anstelle eines konkreten Gaspreises verwendete Gaspreisindex gebe die Erzeugerpreise wieder. Zudem habe sich ein Markt für Gas noch nicht herausgebildet, der Gaspreis entwickle sich vielmehr parallel zum Preis für leichtes Heizöl. Dass die maßgeblichen Berechnungsfaktoren - insbesondere bei Gas und Heizöl - nicht auf die tatsächlichen Einkaufspreise und Kosten der Klägerin, sondern auf die Preisentwicklung abstellten, sei unschädlich, weil es sich um nachvollziehbare und objektive Kriterien handele. Die ständigen Veränderungen unterworfenen tatsächlichen Kosten der Klägerin ließen sich dagegen nur schwer in eine verständliche Formel fassen.

11 Die Preisanpassungsklausel räume der Klägerin auch nicht die Befugnis ein zu bestimmen, wann sie von einer Preisänderung Gebrauch mache. Die Zeitpunkte, zu denen Veränderungen bei den einzelnen Berechnungsfaktoren wirksam würden, seien ausdrücklich festgelegt. Gleiches gelte für Preissenkungen. Aus der im letzten Absatz in Ziffer 5 der Preisregelung "SG" verwendeten Formulierung ("Anhebung der Preise") lasse sich nur ableiten, dass Preisanhebungen (auch) zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen könnten; die Klausel eröffne hingegen nicht die Möglichkeit, Preissenkungen ebenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt an die Kunden weiterzugeben.

12 Ohne Erfolg berufe sich die Beklagte ferner darauf, die Preisanpassungsklausel berücksichtige entgegen § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV [aF] nicht die Verhältnisse auf dem örtlichen Wärmemarkt. Dieser Einwand sei schon deswegen unbeachtlich, weil es - insbesondere wegen der marktbeherrschenden Stellung der Klägerin - keinen Wettbewerb auf dem örtlichen Wärmemarkt gebe. Wenn ein solcher - aus welchen Gründen auch immer - nicht existiere, könne er auch nicht in die Preisgestaltung einfließen.

13 Ebenso wenig sei zu beanstanden, dass die sonstigen Kosten der Klägerin (wie z.B. Netz- und Vertriebskosten, staatliche Ausgaben oder Investitionskosten) in der Preisanpassungsklausel keinen unmittelbaren Niederschlag gefunden hätten. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich sei, ob sich hieraus eine günstigere Preisentwicklung ergebe, sei es nicht verfehlt, auf die Kostenfaktoren abzustellen, die den Kernbereich der preisbestimmenden Merkmale bildeten. Außerdem würden die sonstigen Kosten über den Investitionsgüterindex, der die Erzeugerpreise für gewerbliche Produkte wiedergebe, bei der Berechnung des Grundpreises angemessen berücksichtigt. Dieser Index stelle einen geeigneten Indikator für die Entwicklung der sonstigen Aufwendungen der Klägerin dar.

14 Der Umstand, dass das Heizkraftwerk, in dem die im Streitfall gelieferte Fernwärme erzeugt worden sei, ab dem Jahr 2001 als Kraft-Wärme-Kopplungsanlage betrieben werde, bleibe für das im Jahr 1999 begründete Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ohne Einfluss. Da die Wirksamkeit einer Formularklausel grundsätzlich bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu beurteilen sei, sei es unschädlich, dass wirtschaftliche Vorteile, die dadurch erzielt würden, dass neben der Fernwärme auch elektrische Energie erzeugt und in das Stromnetz eingespeist werde, in der Preisregelung "SG" nicht berücksichtigt worden seien.

II.

15 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Zahlung des restlichen Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB) in Höhe von 18.735,08 € für Wärmelieferungen im Zeitraum von März 2006 bis Dezember 2008 nicht bejaht werden.

16 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass § 30 der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742) die Beklagte nicht daran hindert, die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel im vorliegenden Prozess geltend zu machen. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, schneidet § 30 AVBFernwärmeV dem Kunden nicht die Möglichkeit ab, bereits im Abrechnungsprozess die vertraglichen Grundlagen seiner Leistungspflicht zu klären, wozu auch die Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel gehört (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, WM 2011, 1048

Rn. 49 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen, und VIII ZR 66/09, WM 2011, 1042 Rn. 15 ff.).

17 2. Anders als das Berufungsgericht meint, unterliegt die Preisanpassungsklausel in Ziffer 5 der Preisregelung "SG" jedoch nicht der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB oder nach §§ 9 ff. des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz; AGBG) vom 9. Dezember 1976 (BGBl. I 3317).

18 Zwar handelt es sich hierbei nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Jedoch richten sich bei der Versorgung mit Fernwärme die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien eines Wärmelieferungsvertrages grundsätzlich nach der gemäß § 27 AGBG als Rechtsverordnung erlassenen AVBFernwärmeV (vgl. im Einzelnen Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 66/09, aaO Rn. 23 ff.; VIII ZR 273/09, aaO Rn. 22 ff., jeweils mwN; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10 Rn. 28, zur Veröffentlichung bestimmt). Allgemeine Geschäftsbedingungen in Verträgen zwischen Lieferanten und Abnehmern von Fernwärme unterliegen daher regelmäßig nicht der Überprüfung nach §§ 307 ff. BGB oder §§ 9 ff. AGBG (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO, und VIII ZR 66/09, aaO; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO; vgl. ferner Senatsurteil vom 28. Januar 1987 - VIII ZR 37/86, BGHZ 100, 1, 4, 6 f.). Eine solche Inhaltskontrolle findet bei derartigen Verträgen nur dann statt, wenn entweder die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV vorliegen oder wenn es sich um Wärmelieferungsverträge mit Industriekunden handelt (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV; vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO 23 f., und VIII ZR 66/09, aaO Rn. 24 f.; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO). Dass einer dieser Ausnahmefälle vorliegt, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; Entsprechendes wird auch nicht in der Revisionsinstanz geltend gemacht.

19 Preisanpassungsregelungen wie die von der Klägerin verwendete sind daher - wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat - ausschließlich an den Vorgaben der - hier einschlägigen - Spezialregelung des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF zu messen (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 24 ff.; VIII ZR 66/09, aaO Rn. 25 ff.; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 38 f.; in der Neufassung vom 4. November 2010 [BGBl. I S. 1483] ist die genannte Bestimmung in Abs. 4 enthalten). Ob die Preisanpassungsbestimmung in Ziffer 5 der Preisregelung "SG" diesen Anforderungen entspricht und damit der Klägerin ein Recht zur Vornahme entsprechender Preiserhöhungen gibt, kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilt werden. Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend erkannt, dass die Preisregelung "SG" den Transparenzanforderungen des § 24 Abs. 3 Satz 2 und 3 AVBFernwärmeV aF genügt (vgl. hierzu Senatsurteile vom 11. Oktober 2006 - VIII ZR 270/05, NJW 2007, 210 Rn. 10 f.; vom 6. April 2011 - VIII ZR 66/09, aaO Rn. 35 ff.). Es hat jedoch den Regelungsgehalt des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht ausreichend erfasst.

20 3. Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF müssen Preisanpassungsklauseln so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von 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, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 255 f.; Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 33; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 40). Der Verordnungs-

geber wollte damit den wirtschaftlichen Bedürfnissen in der Fernwärmeversorgung Rechnung tragen und zugleich die gegenläufigen Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden in einen angemessenen Ausgleich bringen. Vor diesem Hintergrund hat er sich für eine Kombination von Kosten- und Marktelement (Kosten der Erzeugung einerseits und Bereitstellung von Fernwärme und Marktverhältnisse andererseits) entschieden (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO). Diesen zwei Bemessungsfaktoren weist § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF an sich den gleichen Rang zu und lässt Abstufungen nur im Rahmen der Angemessenheit zu (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 44 mwN).

21 Es ist daher hinsichtlich der Preisanpassungsklausel für den Arbeitspreis nicht nur zu ermitteln, ob die dabei verwendeten Faktoren die Kosten der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme hinreichend abbilden, sondern auch zu prüfen, ob hierdurch den jeweiligen Verhältnissen auf dem Wärmemarkt Rechnung getragen worden ist. Das Berufungsgericht hat den Faktoren Heizöl, Gas und Lohn nur Bedeutung für die Abbildung der Kostenentwicklung beigemessen. Es hat dagegen nicht erörtert, ob einer (oder mehrere) dieser Parameter auch zur Darstellung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt geeignet ist (oder sind). Vielmehr hat es angenommen, das Marktelement müsse im Streitfall unberücksichtigt bleiben, weil in Anbetracht der monopolartigen Stellung der Klägerin kein örtlicher Wärmemarkt existiere, der in die Preisbildung einfließen könne. Hierbei hat es - wie die Revision zutreffend rügt - seine Sichtweise rechtsfehlerhaft zu sehr auf den lokalen Fernwärmemarkt verengt. Weder der weit gefasste Wortlaut des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF noch die Materialien zur AVBFernwärmeV lassen eine entsprechende Beschränkung des Marktelements erkennen. Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV sollen die "jeweiligen Verhältnisse" auf dem "Wärmemarkt" maßgebend sein, also nicht

nur das Marktsegment Fernwärme (vgl. hierzu OLG Brandenburg, ZNER 2006, 269, 270; Witzel in Witzel/Topp, aaO, S. 181; Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand Februar 1991, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 7; Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1984, § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV Rn. 22; Fricke N&R 2010, 71, 74; Wollschläger/Beermann, CuR 2010, 62, 64) und auch nicht stets die rein lokalen Gegebenheiten. Dies wird bestätigt durch die mit § 24 Abs. 3 Satz 3 AVBFernwärmeV aF vom Verordnungsgeber verfolgten Zielsetzungen. Diesem war daran gelegen, die Wärmepreisentwicklung (auch) an die Entwicklung eines funktionierenden Marktes anzuknüpfen. Dabei war ihm bewusst, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen häufig eine monopolartige Stellung einnehmen (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 237) und sich daher ein funktionierender Fernwärmemarkt nicht oder nur schwer herausbilden kann. Mit dem in § 24 Abs. 3 Satz 3 AVBFernwärmeV aF vorausgesetzten funktionierenden Wärmemarkt (BR-Drucks. 90/80, aaO S. 256), ist daher der allgemeine - das heißt der sich auch auf andere Energieträger erstreckende - Wärmemarkt gemeint, der sich außerhalb der Einflusssphäre des marktbeherrschenden Fernversorgungsunternehmers entwickelt hat.

22 a) Die sich damit stellende Frage, ob der in der Preisanpassungsklausel für den Arbeitspreis von der Klägerin verwendete Faktor "H" für leichtes Heizöl (berechnet nach dem für die Rheinschiene geltenden Preisniveau) entweder allein (vgl. hierzu Witzel, aaO S. 180, 182; Hermann, aaO; Hempel/Franke, aaO Rn. 22 ff.) oder zusammen mit dem gewählten bundesweiten Gaspreisindex ("G") eine hinreichende Abbildung der Verhältnisse am Wärmemarkt gewährleistet, kann jedoch letztlich offen bleiben. Denn die Preisanpassungsklausel lässt jedenfalls auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht erkennen, dass ein Bezug zu den konkreten Kosten der Er-

zeugung und Bereitstellung von Fernwärme besteht und sie damit die neben den Marktverhältnissen erforderliche Kostenorientierung aufweist.

23 § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF verlangt, dass neben den Marktverhältnissen die Kosten für die Erzeugung und die Bereitstellung von Fernwärme (zu letzteren zählen Transport, Verteilung u.ä.; vgl. hierzu etwa Hermann, aaO Rn. 13 f.) zur Gewährleistung einer kostenorientierten Preisbemessung in der Preisanpassungsklausel 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. Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 39 mwN).

24 aa) Da Kostenorientierung nicht Kostenechtheit bedeutet, zwingt § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF das Versorgungsunternehmen zwar nicht dazu, seine Preise spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur auszugestalten (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 38; vgl. auch BR-Drucks. 459/79, S. 11). Daher ist es entgegen der Auffassung der Revision nicht erforderlich, dass sämtliche Kosten der Klägerin ihren Niederschlag in der Preisregelung "SG" finden. Der Grundsatz der Kostenorientierung ist jedoch dann nicht mehr gewahrt, wenn sich die verwendete Preisanpassungsklausel nicht hinreichend an den kostenmäßigen Zusammenhängen ausrichtet (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 41; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 43; vgl. ferner BR-Drucks. 459/79, aaO). Dies erfordert, dass als Bemessungsgröße ein Indikator gewählt wird, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO).

25 bb) Eine derartige Kostenorientierung fehlt aber bei der bloßen Berücksichtigung eines Indexes für den eingesetzten Energieträger, es sei denn, es wäre sichergestellt, dass sich die konkreten Kosten der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelten wie der Index (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO). Hierzu hat das Berufungsgericht, das eine Anknüpfung an die tatsächlichen Einkaufspreise und Kosten der Klägerin für entbehrlich gehalten hat, jedoch keine Feststellungen getroffen. Es fehlen bereits Feststellungen dazu, welcher Brennstoff zur Wärmeerzeugung eingesetzt wird. Das Berufungsgericht hat lediglich festgestellt, dass das Heizkraftwerk, in dem die Wärme produziert wird, sowohl mit Gas als auch mit Öl betrieben werden kann. Diese Frage kann nicht offen bleiben. 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 solchen Preisanbindung die Anknüpfung von Preisanpassungen an einen Parameter für leichtes Heizöl nicht ohne weiteres mit der Kostenentwicklung bei Erdgasbezugskosten gleichzusetzen (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 40). Ist geklärt, welcher Brennstoff überwiegend zur Wärmeerzeugung eingesetzt wird, ist weiter zu klären, ob die Entwicklung der tatsächlichen Energiebezugskosten und des gewählten Bemessungsfaktors im Wesentlichen gleich verläuft.

26 Auf dieses Erfordernis kann auch nicht im Hinblick darauf verzichtet werden, dass bei der Erzeugung der von der Klägerin gelieferten Fernwärme verschiedene Brennstoffe mit wechselnden Anteilen eingesetzt werden. Zwar mag die Ausgestaltung einer Preisanpassungsklausel - worauf die Revisionserwiderung hinweist - in diesen Fällen auf gewisse Schwierigkeiten stoßen. Diese sind aber nicht unüberwindlich, zumal es bei Einsatz unterschiedlicher Brennstoffe

regelmäßig ausreicht, wenn sich die Preisanpassungsklausel an der Kostenentwicklung des überwiegend eingesetzten Brennstoffs ausrichtet.

27 cc) Der fehlende Bezug zu den konkreten Kosten der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme kann im Streitfall nicht durch den Faktor Lohn kompensiert werden. Abgesehen davon, dass es auch insoweit an Feststellungen dazu fehlt, inwieweit der Lohnfaktor der konkreten Kostensituation der Klägerin entspricht, erfordert § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF eine Berücksichtigung der Brennstoffkosten, denn bei der Wärmeerzeugung fallen nicht nur Lohnkosten, sondern vor allem auch Kosten für die hierzu verwendeten Energieträger an (vgl. Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 39, 41).

28 dd) Ebenso wenig können die Brennstoffkosten im Streitfall bei der Anpassung des Wärmearbeitspreises im Hinblick darauf, dass das Heizkraftwerk, in dem die gelieferte Fernwärme erzeugt wird, seit dem Jahre 2001 als Kraft-Wärme-Kopplungsanlage betrieben worden ist, vernachlässigt werden. 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). Wie der Senat zwischenzeitlich entschieden hat (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 46), begegnet diese Ansicht aber schon im Ansatz Bedenken, denn bei der Gewinnung zweier Endprodukte (Elektrizität und Abwärme) durch den Einsatz eines Brennstoffes bei der Kraft-Wärme-Kopplung können die Kosten der eingesetzten Brennstoffe nicht allein der Elektrizitätserzeugung zugeordnet werden. Vielmehr sind die Kosten des eingesetzten Brennstoffes regelmäßig aufzuteilen auf die der Strom- und der Wärmeerzeugung zuzuordnenden Anteile (vgl. hierzu auch Hermann, aaO Rn. 13). Dass im Streitfall eine hiervon

abweichende Kostenstruktur gegeben wäre und die Brennstoffkosten ausschließlich der Stromerzeugung zugewiesen wären, ist weder vorgetragen noch festgestellt.

29 Die beschriebene anteilige Zuordnung der Brennstoffkosten zum jeweiligen Endprodukt (elektrische Energie oder Wärme) hat allerdings (umgekehrt) auch zur Folge, dass die aus der Gewinnung und Einspeisung von elektrischer Energie in das allgemeine Stromnetz erzielten Erlöse - anders als die Revision meint - nicht bei der Preisregelung "SG" zu berücksichtigen sind.

30 b) Auch hinsichtlich der Preisanpassungsklausel für den Grundpreis kann auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilt werden, ob diese den Anforderungen des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF entspricht.

31 aa) Allerdings begegnet die Verwendung des im Vertrag sprachlich etwas unscharf als Investitionsgüterindex bezeichneten Erzeugerpreisindexes des investitionsgüterproduzierenden Gewerbes in der Preisanpassungsklausel für den Grundpreis im Grundsatz keinen Bedenken. Zwar handelt es sich dabei um einen Faktor, der weder die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt noch die konkreten Kosten der Klägerin widerspiegelt. Bei der Ausgestaltung von Preisanpassungsklauseln im Bereich der AVBFernwärmeV hat der Verordnungsgeber den Fernwärmeversorgern jedoch einen gewissen Spielraum eingeräumt (BR-Drucks. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO S. 256). Sie haben zwar sicherzustellen, dass Änderungen des Wärmepreises in der von § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF geforderten Weise erfolgen. Sie können aber - sofern hierfür verschiedene Wege zur Verfügung stehen - zwischen mehreren geeigneten Parametern wählen (vgl. auch Hermann, aaO Rn. 27). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Wärmepreis aus mehreren Komponen-

ten zusammensetzt (u. a. Arbeitspreis und Grundpreis), die unterschiedliche Leistungen vergüten sollen.

32 (1) Während mit dem Arbeitspreis die konkret abgenommene Wärmemenge vergütet wird, werden mit dem - nicht vom Verbrauch, sondern von der vorzuhaltenden Höchstlast abhängigen (Ziffer 6 der Preisregelung "SG") - Grundpreis regelmäßig die Investitions- und Vorhaltekosten des Energieversorgers abgegolten (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10 Rn. 36). Bei diesen langfristig beim Energieversorgungsunternehmen entstehenden Kosten handelt es sich vor allem um Material- und Lohnkosten, die sich unabhängig von den Marktverhältnissen am Wärmemarkt entwickeln. Wenn - wie hier - bei der Anpassung des Grundpreises auf einen Index abgestellt wird, der die Preisentwicklung des investitionsgüterproduzierenden Gewerbes abbildet, wird damit ein Bemessungsfaktor gewählt, der an die für den Grundpreis relevante Entwicklung der Investitionskosten anknüpft und diese in pauschalierter Form erfasst (ebenso Witzel/Topp, aaO S. 180; Hermann, aaO Rn. 16 f.; Wollschläger/Beermann, CuR 2010, 62, 63).

33 (2) § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF verlangt nicht, dass sich die Tarife spiegelbildlich zu der Kostenstruktur des Unternehmens entwickeln (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 38; vgl. auch BR-Drucks. 459/79, S. 11). Daher kann sich die Verwendung eines solchen Indexes - trotz der damit verbundenen Pauschalierung - im Rahmen der erforderlichen Kostenorientierung der Preisanpassungsklausel halten. Etwas anderes gilt aber dann, wenn sich die Wärmepreisentwicklung, also die Entwicklung des dem Kunden in Rechnung gestellten Gesamtpreises, durch die Verwendung dieses Indexes oder durch seine Gewichtung von den kostenmäßigen Zusammenhängen löst oder wenn insoweit das von § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF geforder-

te angemessene Verhältnis von Markt- und Kostenelementen nicht mehr gewahrt bleibt.

34 bb) Ob dies hier der Fall ist, kann auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts schon deshalb nicht abschließend beurteilt werden, weil bezüglich des zweiten für den Grundpreis relevanten Faktors (Lohn) nicht festgestellt ist, ob es sich hierbei um einen von der Klägerin gezahlten Lohn, also um ein konkretes Kostenelement handelt oder die Beklagte damit lediglich die allgemeine Lohnentwicklung bei der Preisanpassung berücksichtigen wollte. Auch fehlen Feststellungen zum Verhältnis des Grundpreises zum Arbeitspreis und damit zu den Auswirkungen des verwendeten "Investitionsgüterindexes" auf die Entwicklung des Gesamtpreises.

35 c) Die vom Berufungsgericht bislang nicht getroffenen Feststellungen zum Arbeitspreis und zum Grundpreis sind auch nicht deswegen entbehrlich, weil die verwendeten Preisanpassungsklauseln - unabhängig davon, ob sie den Anforderungen des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF genügen - schon wegen der in Ziffer 5 der Preisregelung "SG" der Klägerin eingeräumten Befugnis, eine zunächst unterlassene Preisanhebung später nachzuholen, unwirksam wären.

36 aa) Zwar gilt auch für den Fernwärmebezug, dass der Energieversorger verpflichtet ist, bei einer Tarifanpassung Kostensenkungen ebenso zu berücksichtigen wie Kostenerhöhungen und den Zeitpunkt einer Tarifänderung so zu wählen, dass Kostensenkungen nicht nach für den Kunden ungünstigeren Maßstäben Rechnung getragen wird als Kostenerhöhungen (vgl. für den Gaspreis BGH, Urteil vom 29. April 2008 - KZR 2/07, BGHZ 176, 244 Rn. 26; Senatsurteil vom 15. Juli 2009 - VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 Rn. 28). Diesen Anforderungen wird die Preisanpassungsklausel der Klägerin aber gerecht.

37 bb) Die Auslegung dieser Allgemeinen Versorgungsbedingung unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung (vgl. Senatsurteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 30 mwN) und hat nach den in §§ 305 ff. BGB niedergelegten Maßstäben zu erfolgen. Mit der AVBFernwärmeV wollte der Verordnungsgeber lediglich den Besonderheiten der Energielieferung Rechnung tragen (BR-Drs. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, aaO, S. 237 f.). Soweit die Auslegungsfrage aber nicht auf diesen Besonderheiten beruht, ist ein Rückgriff auf die zu §§ 305 ff. BGB entwickelten Grundsätze möglich, die ohnehin weitgehend bereits bei Erlass der Vorgängerreglung (§§ 1 ff. AGBG) durch die Rechtsprechung entwickelt waren und daher zunächst unabhängig von einer Kodifizierung auf derartige Verträge Anwendung fanden (Senatsurteil vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 29; vgl. auch 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 AVB-FernwärmeV aufgeben wollte, sind nicht ersichtlich.

38 Gemessen an diesen Maßstäben ist der Klausel nicht der von der Revision gewollte Inhalt beizumessen. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Bestimmung im letzten Absatz der Ziffer 5 der Preisregelung "SG" - auch bei kundenfeindlichster Auslegung - nicht entnommen werden, der Klägerin sei bezüglich der Weitergabe von Preissenkungen ein Ermessensspielraum eingeräumt. Der Regelungsgehalt der betreffenden Klausel beschränkt sich eindeutig auf unterlassene Preisanhebungen. Ziffer 5 der Preisregelung "SG" bestimmt im Einzelnen die Voraussetzungen und die genauen Zeitpunkte der jeweiligen Preisanpassung; ein Spielraum, Preissenkungen nicht weiterzugeben, verbleibt der Klägerin nicht. Die in Frage stehende Klausel trägt nur dem Umstand Rechnung, dass für die Klägerin nach allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen keine Verpflichtung besteht, einen ihr zustehenden Anspruch auf Zahlung erhöhter

Fernwärmepreise in vollem Umfang und zum jeweils vorgesehenen Termin geltend zu machen. Für den Fall, dass sich die Klägerin nachträglich entschließen sollte, einen zunächst nicht erhobenen Anspruch doch noch zu verfolgen, bestimmt der letzte Absatz in Ziffer 5 der Preisregelung "SG", dass die unterbliebene Geltendmachung des Anspruchs nicht mit einem endgültigen Verzicht gleichzusetzen ist, sondern die Preiserhöhung zu einem späteren Zeitpunkt für die Zukunft, also nicht rückwirkend, nachgeholt werden kann. Hierin erschöpft sich der Regelungsgehalt dieses von der Revision beanstandeten Passus. Ein Recht der Beklagten, auch Preissenkungen zeitlich hinauszuzögern, kann dieser Klausel damit nicht entnommen werden.

III.

39 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Frage der Wirksamkeit der von der Kläge-

rin verwendeten Preisanpassungsklauseln getroffen werden können (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Ball Dr. Milger Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
LG Zwickau, Entscheidung vom 17.11.2009 - 5 O 66/09 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 30.11.2010 - 9 U 64/10 -