BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 344/13

Verkündet am:
25. Juni 2014
Vorusso,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 134; AVBFernwärmeV § 24

a) Für die Wirksamkeit einer an § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF (jetzt: § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV) zu messenden Preisanpassungsklausel ist grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.

b) Es ist nicht erforderlich, dass eine solche Preisanpassungsklausel bereits bei Vertragsschluss alle während der Vertragslaufzeit möglicherweise eintretenden Änderungen in den kostenmäßigen Zusammenhängen mit einbezieht. Sie wird deshalb erst mit Wirkung für die Zukunft nichtig, wenn sich zu einem späteren Zeitpunkt Umstände einstellen, die zu einer Änderung der Kosten- und/oder Marktverhältnisse führen und nach denen die von § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF geforderte Kosten- und Marktorientierung der vom Wärmeversorger geforderten Preise fortan nicht mehr gewahrt ist (Fortführung der Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131, und vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, WM 2011, 1906).

BGH, Urteil vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13 - LG Potsdam
AG Potsdam

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2014 durch den Richter Dr. Frellesen als Vorsitzenden, die Richterin Dr. Milger, die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 24. Oktober 2013 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger bezieht seit Anfang 2004 für sein in G. gelegenes Wohnhaus von der Beklagten Fernwärme. In der Anlage 1 des auf Grundlage der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVBFernwärmeV, BGBl. I S. 742) mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten für die Dauer von zunächst zehn Jahren geschlossenen Wärmeversorgungsvertrags heißt es zu dem zwischen den Parteien streitigen Arbeitspreis:

"1. Preis
[…]
1.2 Arbeitspreis
Der Arbeitspreis beträgt
41,50 €/MWh
Der vg. Arbeitspreis beinhaltet einen Nachlass von derzeit 2,32 €/MWh, welchen das WVU [Beklagte] aufgrund der Rückerstattung eines Teiles der gesetzlichen Ökosteuer gewährt. Sollte die Rückerstattung eines Teiles der Ökosteuer entfallen oder vermindert werden, so entfällt bzw. vermindert sich der Nachlass entsprechend.
[…]
3. Preisänderung
Bei Lohn- und/oder Brennstoffpreisänderungen ändern sich die unter Punkt 1.1 bis 1.5 genannten Preise nach folgenden Preisanpassungsformeln:
[…]
3.2 Arbeitspreis $P = P_o (0{,}10\ L/L_o + 0{,}90\ (HEL/HEL_o)$
[…]
Die für die jeweilige Preisanpassung verwendeten Bezeichnungen bedeuten:
P: neuer Grund-, Arbeits-, Brauchwarmwasser-, Abwasser- bzw. Verrechnungspreis
P_O: Grund-, Arbeits-, Brauchwarmwasser-, Abwasser- bzw. Verrechnungspreis gemäß Pkt. 1.1 - 1.5
L: Tarifliche Stundenvergütung z. Z. der Wärmelieferung. Als tarifliche Stundenvergütung gilt Eckvergütung (Gruppe 6/Stufe 0) der Vergütungstabelle für gewerbliche Arbeitnehmer und Angestellte der Mitgliedsunternehmen des Arbeitgeberverbandes von Gas-, Wasser- und Elektrizitätsunternehmen e.V., dividiert durch die jeweils festgesetzte tarifliche Arbeitsstundenzahl je Monat.
L_O: Eckvergütung ab 01.01.2004; Basislohn nach der Tarifvergütung ist der 165. Teil der monatlichen Vergütung von 2.286,91 € und beträgt 13,86 € /h.
HEL: Arithmetischer Mittelwert von 6 Monaten des Preises für leichtes Heizöl (ohne Umsatzsteuer) z. Z. der Wärmelieferung. Dieser Mittelwert ist aus den monatlichen Preisen für extra leichtes Heizöl pro hl frei Verbraucher bei Lieferung in Tankwagen 40-50 hl pro Auftrag einschl. Verbrauchssteuer, Marktort Rheinschiene, ohne Umsatzsteuer, der monatlichen Veröffentlichungen des statistischen Bundesamtes Wiesbaden, Fachserie 17, Reihe 2, Preise und Preisindices für gewerbliche Produkte (Erzeugerpreise) zu errechnen.
Für das I. Quartal des laufenden Jahres gilt das arithmetische Mittel der Preise des II. und III. Quartals des Vorjahres, für das II. Quartal gilt das arithmetische Mittel der Preise des III. und IV. Quartals des Vorjahres, für das III. Quartal gilt das arithmetische Mittel der Preise des IV. Quartals des Vorjahres und des I. Quartals des laufenden Jahres sowie für das IV. Quartal gilt das arithmetische Mittel der Preise des I. Quartals und II. Quartals des laufenden Jahres.
HEL_O: Heizölbasis 28,30 €/hl ausschließlich MwSt. (Basiswert für I. Quartal 2004)
[…]
Anwendung der Preisänderungsformel
Preisänderungen gelten von dem Tage an, ab dem sich einer oder mehrere der folgenden Berechnungsfaktoren
- die Stundenvergütung (L)
- Der Heizölpreis (HEL/HEL_J)

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

[...]
geändert haben.
[...]"

2 Die Beklagte erzeugt die von ihr gelieferte Fernwärme ausschließlich mit Erdgas. Dieses bezog sie bis 2009 von der EMB E. M. B. GmbH (im Folgenden: EMB) zu einem Preis, der sich nach einer mit dem Wärmeversorgungsvertrag im Wesentlichen inhaltsgleichen Preisänderungsformel bestimmte. Seit 2010 bezieht sie das benötigte Erdgas von der Stadtwerke H. AG (im Folgenden: Stadtwerke). Der aus diesem Anlass mit den Stadtwerken geschlossene Vertrag enthält für Änderungen des vereinbarten Anfangspreises jedoch keine "HEL"-Bindung mehr; Änderungen des von der Beklagten zu zahlenden Gasbezugspreises sind darin vielmehr an die Rotterdamer Notierungen für "Gasoil" und "Fueloil" gekoppelt.

3 Die Beklagte berechnete die dem Kläger gelieferte Fernwärme unter quartalsweiser Anpassung des Arbeitspreises für das Jahr 2008 mit insgesamt 1.573,45 €, für das Jahr 2009 mit insgesamt 1.630,45 € und für das Jahr 2010 mit insgesamt 1.700,46 €. Der dabei unter Anwendung der Preisanpassungsbestimmungen des Wärmeversorgungsvertrags ermittelte Arbeitspreis (P) lag in den jeweiligen Quartalen immer über dem Ausgangsarbeitspreis (P_o) gemäß Ziffer 1.2 der Anlage 1 zum Wärmeversorgungsvertrag von 41,50 €/kWh. Der Kläger zahlte die sich aus den Fernwärmejahresabrechnungen ergebenden Beträge vollständig. Erstmals am 21. Dezember 2010 äußerte er gegenüber der Beklagten hinsichtlich der Wirksamkeit der vertraglichen Preisanpassungsregelung Bedenken.

4 Mit seiner Klage verlangt der Kläger, der die Preisanpassungsklausel als unwirksam ansieht, für die Abrechnungszeiträume von 2008 bis 2010 die Rückzahlung von insgesamt 1.472 €, wovon 501,62 € auf das Jahr 2008, 527,91 €

auf das Jahr 2009 und 442,47 € auf das Jahr 2010 entfallen. Diese Beträge errechnen sich jeweils aus der Differenz zwischen den von der Beklagten unter Anwendung der Preisanpassungsklausel in Rechnung gestellten Beträgen und den Beträgen, die sich bei Ansatz des Anfangsarbeitspreises (P_o) von 41,50 €/kWh ergeben.

5 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers teilweise abgeändert und die Beklagte zur Rückzahlung von 134,99 € nebst Zinsen für den Abrechnungszeitraum 2010 verurteilt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Rückzahlungsbegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die im Wärmeversorgungsvertrag vereinbarte Preisanpassungsklausel sei nur im Jahr 2010, nicht dagegen in den vorangegangenen Jahren gemäß § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam gewesen. Der Beklagten habe deshalb bis einschließlich 2009 die nach Maßgabe dieser Preisanpassungsklausel berechnete Vergütung zugestanden. Lediglich für das Jahr 2010 sei sie auf eine Vergütung beschränkt, deren Höhe sich nach dem Arbeitspreis des letzten Quartals 2009 berechne. Dem Kläger stehe danach nur für das Jahr 2010 ein Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB in Höhe

von 134,99 € zu, der sich aus dem von ihm über den Arbeitspreis des letzten Quartals 2009 hinaus gezahlten Betrag ergebe.

9 Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferverträgen müssten nach § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF so beschaffen sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Fernwärmemarkt angemessen berücksichtigten. Das erfordere zwar keine Kostenechtheit in dem Sinne, dass die Preise spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur ausgestaltet sein und sämtliche Kosten in der Preisregelung Niederschlag finden müssten. Der Grundsatz der Kostenorientierung sei aber nicht mehr gewahrt, wenn die Preisanpassungsklausel sich nicht hinreichend an den kostenmäßigen Zusammenhängen ausrichte. Eine Kostenorientierung erfordere deshalb, dass als Bemessungsgröße ein Indikator gewählt werde, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten Brennstoffes anknüpfe.

10 Dieser von § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF geforderten Kostenorientierung habe die auf leichtes Heizöl abstellende Bemessungsgröße in der Preisanpassungsklausel allerdings nur insoweit genügen können, als die Beklagte, die die Fernwärme ausschließlich mit Erdgas produziere, auch gegenüber ihrer Gaslieferantin einer Ölpreisbindung unterlegen habe, welche nach Art und Umfang im Wesentlichen der von ihr gegenüber ihren Endkunden praktizierten "HEL"-Bindung entsprochen habe. Das sei, wie die Gegenüberstellung der jeweiligen Preissteigerungen bei den Gasbezugskosten mit den sich auf Grundlage der Preisanpassungsklausel ergebenden Arbeitspreisen für die Wärmeversorgung ergebe, nur bis einschließlich 2009 der Fall gewesen.

11 Im Jahr 2010 sei die von § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF geforderte Kostenorientierung dagegen nicht mehr gewahrt gewesen, weil sich die Preisanpassungsklausel in dem mit der neuen Gaslieferantin geschlossenen Vertrag nicht mehr am Preis für leichtes Heizöl orientiert habe. Denn die hier vorgesehene Bindung des Gasbezugspreises an die Entwicklung der Rotterdam-Notierungen für "Gasoil" und "Fueloil" habe nicht der Entwicklung der im Fernwärmeliefervertrag beschriebenen "HEL"-Notierungen entsprochen. Insbesondere belege schon ein Vergleich der von der Beklagten selbst dargestellten Entwicklung der Preise für ihren Gasbezug mit der Entwicklung der von ihr für Fernwärmelieferungen berechneten Arbeitspreise, dass sich die betreffenden Preise im Jahr 2010 teilweise komplett unterschiedlich entwickelt hätten.

12 Der mit Beginn des Jahres 2010 wegen der nunmehr abweichenden Gasbezugsbedingungen eingetretene Verstoß der Preisanpassungsklausel des Fernwärmeliefervertrags gegen § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF habe zur Folge, dass die Klausel mit dieser Änderung nichtig geworden sei. Allerdings bestehe nach Sinn und Zweck der Verbotsnorm des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF kein Anlass, die Klausel auch für den davor liegenden Zeitraum als nichtig anzusehen. Das entspreche dem Grundsatz, dass eine Vertragsbestimmung, bei der sich erst nachträglich eine Verbotswidrigkeit einstellt, nur mit Wirkung für die Zukunft (ex nunc) unwirksam werde. Der nach § 134 BGB zu berücksichtigende Zweck der Verbotsnorm des § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF, eine hinreichende Kostenorientierung durchzusetzen, führe deshalb auch hier dazu, dass eine Teilnichtigkeit ab einem bestimmten Zeitraum, nämlich ab 2010, anzunehmen sei. Als Arbeitspreis für die in diesem Jahr getätigten Fernwärmelieferungen sei somit der Arbeitspreis des letzten Quartals 2009 als der zuletzt gültige Preis anzusetzen.

II.

13 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

14 Dem Kläger steht zwar aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt BGB ein Anspruch auf Rückerstattung überzahlter Lieferentgelte (§ 433 Abs. 2 BGB) insoweit zu, als die Preisanpassungsklausel in Ziffer 3.2 der Anlage 1 zum Wärmeversorgungsvertrag zwischen den Parteien gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist und der Kläger deshalb einen höheren Preis als den nach dem Vertrag geschuldeten entrichtet hat.

15 Das ist nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aber nur hinsichtlich der im Jahr 2010 erfolgten Wärmelieferungen der Fall. Denn die im Wärmeversorgungsvertrag vereinbarte Preisanpassungsklausel hat im Zuge des mit Beginn dieses Jahres erfolgten Lieferantenwechsels zu den Stadtwerken die erforderliche Kostenorientierung hinsichtlich des Arbeitspreises eingebüßt, weil der für das bezogene Erdgas zu zahlende Preis sich nunmehr nach einem abweichenden Preisanpassungsmaßstab bestimmt hat.

16 Für die Jahre 2008 und 2009 ist die Preisanpassungsklausel dagegen den Anforderungen der AVBFernwärmeV sowohl hinsichtlich des Kostenelements als auch hinsichtlich des Marktelements gerecht geworden. Die auf ihrer Grundlage berechneten Arbeitspreise sind deshalb nicht nur in den genannten beiden Jahren vertraglich geschuldet. Der für das letzte Quartal 2009 nach der Klausel errechnete Arbeitspreis ist vielmehr auch der vereinbarte Preis für das Jahr 2010, so dass der Kläger lediglich den darüber hinausgehenden, vom Berufungsgericht mit 134,99 € bezifferten Betrag nicht geschuldet hat.

17 1. Zutreffend und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Wärmeversorgungsvertrag der Parteien und damit auch die Preisanpassungsklausel dem Anwendungsbereich der AVB-FernwärmeV unterfallen. Gemäß § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV gelten die §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV in der jeweils gültigen Fassung für den Anschluss an die Fernwärmeversorgung eines Fernwärmeversorgungsunternehmens, wenn dieses - wie hier - Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen verwendet, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind (Allgemeine Versorgungsbedingungen).

18 Dementsprechend sind die als Gleitklausel ausgestaltete Preisanpassungsklausel des Wärmeversorgungsvertrags und die im streitgegenständlichen Zeitraum bis einschließlich 2010 auf ihrer Grundlage jeweils quartalsweise vorgenommenen Preisanpassungen an den Anforderungen des zu diesem Zeitpunkt geltenden § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF zu messen (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10, WM 2011, 1910 Rn. 19). Die Bestimmung gilt nach der Neufassung des § 24 AVBFernwärmeV durch Art. 5 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Energieeffizienz und Energiedienstleistungen vom 4. November 2010 (BGBl. I S. 1483) als § 24 Abs. 4 unverändert fort.

19 2. Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht - auch wenn es an einer Stelle missverständlich von einem "Fernwärmemarkt" gesprochen hat - unter Bezugnahme auf die hierzu ergangene Senatsrechtsprechung angenommen, dass Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF so ausgestaltet sein müssen, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fern-

wärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10, aaO Rn. 20 mwN).

20 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 Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, 1984, S. 1274; Senatsurteile vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10, aaO; vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131 Rn. 33; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, WM 2011, 1906 Rn. 40).

21 Damit wollte der Verordnungsgeber 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 und Bereitstellung von Fernwärme einerseits 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).

22 3. Mit Recht und auch von der Revisionserwiderung unbeanstandet ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klausel hinsichtlich der nach dem Wechsel der Erdgaslieferantin im Jahr 2010 von der Beklagten gegenüber dem Kläger vorgenommenen Preisanpassungen den Anforderungen

des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF nicht mehr gerecht wird, weil im Jahr 2010 die von dieser Vorschrift geforderte Kostenorientierung nicht mehr gewahrt war.

23 a) Gemäß § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF sind bei der Ausgestaltung von Preisänderungsklauseln neben den jeweiligen Verhältnissen auf dem Wärmemarkt die Kosten für die Erzeugung und die Bereitstellung von Fernwärme zur Gewährleistung einer kostenorientierten Preisbemessung in der Preisanpassungsklausel angemessen zu berücksichtigen (Kostenelement). 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 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). 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). 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). Es muss also sichergestellt sein, dass der in der Preisanpassungsklausel eingesetzte Bezugsfaktor sich im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelt wie die konkreten Energiebezugs-

kosten des Versorgers (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO Rn. 43).

25 Daran gemessen kann der vom Wärmeversorger gewählte Preisänderungsparameter - hier der in der Preisanpassungsklausel vorgesehene Bezugsfaktor "HEL" - nur dann als geeignet angesehen werden, seine Brennstoffkosten ausreichend abzubilden, wenn feststeht, dass er gegenüber seinem Vorlieferanten einer Bindung an einen Preisänderungsparameter unterliegt, der seiner Art und seinem Umfang nach im Wesentlichen der von ihm gegenüber seinen Endkunden praktizierten Bindung an diese Bezugsgröße entspricht (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO). Das ist nur dann gegeben, wenn der Vorlieferant des Wärmeversorgers bei seiner Preisbestimmung dieselben oder jedenfalls vergleichbare örtliche Notierungen als Referenzgröße (einschließlich Verbrauchssteuern) heranzieht, neben dieser Referenzgröße keinen weiteren Bemessungsfaktor vorsieht und dieselben Berechnungszeiträume zugrunde legt (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 42; vgl. auch Senatsurteile vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rn. 37, und VIII ZR 304/08, WM 2010, 1050 Rn. 46; jeweils zu Gaspreisklauseln).

26 b) Hieran fehlt es im Streitfall. Denn die Beklagte hat im Jahr 2010 gegenüber ihrer neuen Erdgaslieferantin keiner "HEL"-Bindung mehr unterlegen, wie dieses noch im Belieferungsverhältnis zur EMB der Fall war. Die Preisanpassungsklausel mit den Stadtwerken hat stattdessen eine Bindung an die Rotterdamer Notierungen von "Fueloil" und "Gasoil" vorgesehen.

27 Dieser von der Preisanpassungsklausel des Wärmeversorgungsvertrags abweichende Bezugsfaktor stellt nicht sicher, dass sich der gegenüber dem Kläger berechnete Wärmelieferungspreis im Wesentlichen - wenn auch mit ge-

wissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelt wie die konkreten Energiebezugskosten der Beklagten (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 41; vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO). Insoweit hat das Berufungsgericht vielmehr durch Abgleich der tatsächlichen Entwicklung des neuen Gasbezugspreises der Beklagten und des sich gemäß Ziffer 3 der Anlage 1 zum Wärmeversorgungsvertrag ergebenden Arbeitspreises im Jahr 2010 rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Bezugsgrößen "Fueloil" und "Gasoil" keine mit der Bezugsgröße "HEL" im Wesentlichen gleichlaufende Kostenentwicklung gewährleisten. Das wird von der Beklagten im Revisionsverfahren nicht angegriffen.

28 4. Dagegen genügt die Preisanpassungsklausel für die Jahre 2008 und 2009 den Anforderungen, die § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF an die gebotene Kostenorientierung stellt (dazu vorstehend unter II 3 a). Insoweit wendet sich die Revision vergeblich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach es zur Wirksamkeit der Preisänderungsklausel und der hierauf gestützten Preisänderungen ausreiche, dass die in der Klausel vorgesehene "HEL"-Bindung die geforderte Kostenorientierung jedenfalls im genannten Zeitraum sichergestellt habe und deshalb dem Kostenelement gerecht geworden sei. Ebenso wenig greift die Rüge der Revision durch, dass das Berufungsgericht das Marktelement verkannt und hierzu keine Feststellungen getroffen habe.

29 a) Das Berufungsgericht hat die von der Beklagten gewählte "HEL"-Bindung rechtsfehlerfrei für tauglich erachtet, um bezogen auf die Jahre 2008 und 2009 die von § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF geforderte Kostenorientierung der Preisanpassungsklausel zu wahren. Denn es war aufgrund des in diesen Jahren bestehenden Erdgasbelieferungsvertrags zwischen der Beklagten und der EMB sichergestellt, dass sich der Bezugsfaktor "HEL" der

Preisanpassungsklausel des Wärmeversorgungsvertrags im Wesentlichen so wie die Kosten der Beklagten für das zur Wärmeerzeugung verwendete Erdgas entwickelt. Die Preisanpassungsklausel in diesem Erdgasbelieferungsvertrag enthält hinsichtlich des Arbeitspreises "AP_1" als einzige Variable ebenfalls die Bezugsgröße "HEL". Diese Bezugsgröße ist mit der in Anlage 1 des Wärmeversorgungsvertrags verwendeten Bezugsgröße identisch, insbesondere ziehen beide Verträge dieselbe örtliche Notierung als Referenzgröße (einschließlich Verbrauchssteuern) heran und befinden sich auch hinsichtlich der Berechnungszeiträume im Gleichklang. Dementsprechend hat das Berufungsgericht unangegriffen festgestellt, dass sich die Preise für den Gasbezug im genannten Zeitraum in gleicher Weise entwickelt haben wie die von der Beklagten gegenüber dem Kläger aufgrund der Preisänderungsklausel des Wärmeversorgungvertrags berechneten Arbeitspreise, so dass der für die gebotene Kostenorientierung der Preisanpassungsklausel erforderliche Gleichlauf der Gasbezugspreise der Beklagten mit den von ihren Kunden geforderten Wärmelieferungspreise gewahrt war.

30 b) Anders als die Revision meint, ergibt sich eine Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel des Wärmeversorgungsvertrags und der darauf aufbauenden Erhöhungen des Arbeitspreises auch nicht daraus, dass die Preisanpassungsklausel insoweit nur die (aktuelle) Bezugsgröße "HEL" (und Lohn) zum Maßstab nimmt, ohne etwaige künftige Änderungen der Energiebezugsbedingungen der Beklagten bei dem von ihr zur Wärmeerzeugung benötigten Energieträger und damit einhergehende Änderungen bei den Bezugskosten einschließlich der zu deren Bestimmung maßgeblichen Bezugsgrößen zu berücksichtigen. Zu Unrecht beruft sich die Revision auf die vom Senat geprägte Formel, ein vom Wärmelieferanten als Bezugsgröße für künftige Preisanpassungen gewählter "HEL"-Faktor sei nur dann geeignet, seine Gasbezugskosten ausreichend abzubilden, wenn feststeht, dass der Wärmelieferant seinerseits

gegenüber seinem Vorlieferanten einer Ölpreisbindung unterliegt, die ihrer Art und ihrem Umfang nach im Wesentlichen der vom Wärmelieferanten gegenüber seinem Endkunden praktizierten "HEL"-Bindung entspricht (Senatsurteile vom 6. Juli 2011 - VIII ZR 37/10, aaO; vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO). Die Aussage darf nicht dahin (miss-)verstanden werden, dass eine Preisanpassungsklausel nur dann wirksam wäre, wenn sie bereits bei Vertragsschluss alle während der Vertragslaufzeit möglicherweise eintretenden Änderungen in den kostenmäßigen Zusammenhängen mit einbezieht.

31 aa) Für die Beurteilung, ob eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam ist, ist im Individualprozess auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen; spätere Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse haben dagegen außer Betracht zu bleiben (BGH, Urteile vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 Rn. 30 mwN; vom 13. November 2013 - I ZR 77/12, GRUR 2014, 595 Rn. 13). Nichts anderes gilt für die Frage, ob die im Streit stehende Preisanpassungsklausel, deren Wirksamkeit nicht an § 307 BGB, sondern an § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF zu messen ist (Senatsurteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 20 ff.), gegen das darin liegende gesetzliche Verbot abweichender Regelung im Sinne des § 134 BGB verstößt. Auch in diesem Fall ist grundsätzlich auf die Verhältnisse, hier also die Kostenstruktur des Wärmeversorgers, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen (vgl. BGH, *Urteile* vom 21. Januar 2010 - Xa ZR 175/07, WM 2010, 410 Rn. 18; vom 4. April 1966 - VIII ZR 20/64, BGHZ 45, 322, 326; Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 26; ferner Urteile vom 10. Februar 2012 - V ZR 51/11, WM 2012, 2015 Rn. 13; vom 20. September 1993 - II ZR 104/92, BGHZ 123, 281, 284; jeweils zu § 138 BGB).

32 bb) Zwar besagt diese zeitliche Anknüpfung an den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht, dass etwaige künftige Veränderungen in der Kostenentwicklung des Wärmeversorgers bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme für die Beurteilung der Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel und ihre auf die gesamte Dauer des Wärmeversorgungsvertrags angelegte Handhabung unbeachtlich wären. Entgegen der Auffassung der Revision erfordert § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF aber nicht, dass eine im Vertrag vorgesehene Preisänderungsklausel zu ihrer (anfänglichen) Wirksamkeit schon bei Vertragsschluss sämtliche Änderungen in der Kostenentwicklung erfassen muss, die sich während der Vertragslaufzeit erst nachträglich dadurch ergeben, dass das Unternehmen den von ihm benötigten Energieträger - wie hier - ab einem bestimmten Zeitpunkt zu abweichenden Bedingungen bezieht.

33 (1) Das in § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF zum Ausdruck kommende gesetzliche Gebot, Preisänderungsklauseln so auszugestalten, dass sie die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme angemessen berücksichtigen, kommt mit der bei Nichtbeachtung eintretenden Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB nur insoweit zum Tragen, als sich aus § 24 AVBFernwärmeV nicht ein anderes ergibt. § 134 BGB, der auf den Fall zugeschnitten ist, dass ein gesetzliches Verbot schon bei Abschluss des Rechtsgeschäfts eingreift, stellt deshalb nur eine Auslegungsregel auf. Nach dieser Regel bleibt für jeden Fall zu prüfen, ob das Verbotsgesetz seinem Sinn und Zweck nach auch eine erst nach Vertragsschluss im Verlauf der Vertragsdurchführung nachträglich eintretende Unvereinbarkeit einer Vertragsbestimmung mit der Verbotsnorm überhaupt und, wenn ja, durch eine rückwirkende Nichtigkeit dieser Bestimmung von Anfang an oder, dem Regelfall entsprechend, durch eine erst für die Zukunft eintretende Nichtigkeit ex nunc - unter Umständen auch nur für die Dauer des verbotswidrigen Zustands - sanktionieren will (vgl. BGH, *Urteile* vom 4. April 1966 - VIII ZR 20/64, aaO S. 326 f.; vom 25. März

1991 - II ZR 188/89, BGHZ 114, 127, 133 f., 136; vom 21. Januar 2010 - Xa ZR 175/07, aaO Rn. 19 f.; vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, GRUR 2011, 641 Rn. 57; Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01, aaO S. 26 f.).

34 (2) Der Wortlaut des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF, nach dem die "Kostenentwicklung" angemessen zu berücksichtigten ist, lässt es angesichts seiner Zukunftsgerichtetheit zwar offen, ob eine hieran zu messende Preisänderungsklausel nur diejenigen Entwicklungen zu berücksichtigen hat, die in der bei Vertragsschluss bestehenden Kostenstruktur des Wärmeversorgers angelegt sind, oder ob die Klausel darüber hinaus schon zu diesem Zeitpunkt noch ungewisse künftige Veränderungen in den Bezugsbedingungen erfassen muss. Der Sinn und Zweck des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF erfordert es jedoch nicht, eine Preisanpassungsklausel allein deshalb als von Anfang an verbotswidrig und damit nichtig anzusehen, weil sie möglicherweise später eintretende - ungewisse - Veränderungen bei der Kosten- oder Marktstruktur der Beklagten nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt.

35 Die Vorgaben des § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF beruhen darauf, dass die Langfristigkeit der Versorgungsverträge es erforderlich macht, notwendige Preisanpassungen im Rahmen von Preisänderungsklauseln, das heißt ohne Kündigung der Vertragsverhältnisse, vollziehen zu können. Dementsprechend ist die Vorschrift darauf angelegt, eine kosten- und marktorientierte Preisbemessung unter Verhinderung unangemessener Preisgestaltungsspielräume der Versorgungsunternehmen zu sichern und über das so zu wahrende Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der gesamten Dauer des Versorgungsvertrages die gegenläufigen Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden angemessen auszugleichen (vgl. BR-Drucks. 90/80, aaO; Hermann in Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, aaO, § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV Rn. 10).

36 Dieser an einem Interessenausgleich über die gesamte Vertragsdauer hinweg orientierte Zweck verlangt indessen nicht, einer Preisanpassungsklausel schon deshalb die Wirksamkeit von Anfang zu versagen, weil sich zu einem späteren Zeitpunkt im Zuge der Vertragsdurchführung Umstände einstellen können, die zu einer Änderung der Kosten- und/oder Marktverhältnisse führen und nach denen die geforderte und bis dahin auch gegebene Kosten- und Marktorientierung der vom Wärmeversorger geforderten Preise nicht mehr gewahrt ist. Im Gegenteil würde das mit der Vorschrift erstrebte Ziel, unter Beachtung eines angemessenen Ausgleichs der gegenläufigen Interessen die geforderte Kosten- und Wärmemarktorientierung der Fernwärmepreise möglichst über die gesamte Vertragsdauer zu sichern, verfehlt, wenn ein zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise eintretender Verlust dieser Orientierung zur Folge hätte, dass eine bis dahin bei Preisanpassungen verordnungskonform gegebene Kosten- und Marktorientierung nachträglich unbeachtlich würde und der Wärmepreis insgesamt auf den ursprünglich vereinbarten Anfangspreis zurückfiele. Denn dadurch würde § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV aF ein über die genannte Zielsetzung weit hinausgehender Sanktionscharakter zu Lasten des bis dahin verordnungskonform handelnden Wärmeversorgers beigelegt, der dieser Vorschrift nicht zu entnehmen ist.

37 cc) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die vom Berufungsgericht angenommene Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel erst ab dem Zeitpunkt, ab dem die Beklagte bei ihrem Gasbezug eine Koppelung an den "HEL"-Faktor aufgegeben hatte, bedeute auch für den Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV eine unzulässige geltungserhaltende Reduktion der Klausel in zeitlicher Hinsicht. Denn diese Frage stellt sich hier nicht.

38 Schon für eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB, für die die Unzulässigkeit einer geltungserhaltenden Reduktion bedeutsam ist, verhält es sich

- wie bereits vorstehend unter II 4 b aa ausgeführt - jedenfalls im Individualprozess so, dass auf die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen ist und spätere Änderungen dieser Verhältnisse auf die zunächst gegebene Wirksamkeit einer Klausel ohne Einfluss sind (BGH, Urteil vom 30. März 2010 - XI ZR 200/09, aaO mwN). Bei dem - wie hier - nachträglichen Eingreifen eines gesetzlichen Verbots verhält es sich ähnlich. Denn in diesem auch hier gegebenen Fall stellt sich regelmäßig nur die Frage, ob und in welchem Umfang die in § 134 BGB vorgesehene Nichtigkeit des Vertrages oder der betroffenen Vertragsbestimmung bei Eintritt des verbotswidrigen Zustands mit Wirkung ex nunc einsetzt (BGH, Urteile vom 7. Dezember 2010 - KZR 71/08, aaO; vom 25. März 1991 - II ZR 188/89, aaO; vom 4. April 1966 - VIII ZR 20/64, aaO; Beschluss vom 18. Februar 2003 - KVR 24/01, aaO). Die Wirksamkeit des Vertrags oder der betroffenen Vertragsbestimmung für die Zeit vor Eingreifen des gesetzlichen Verbots steht dagegen nicht in Zweifel.

39 c) Ohne Erfolg rügt die Revision weiter, das Berufungsgericht habe sich für den Zeitraum der Jahre 2008 und 2009 nicht mit der für die Wirksamkeit der Preisanpassungsklausel gleichermaßen entscheidenden Frage befasst, ob die im Streit stehende Preisänderungsklausel auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt und damit das Marktelement angemessen berücksichtige. Das trifft nicht zu.

40 Das Berufungsgericht hat, soweit es keine eigenen Feststellungen getroffen hat, gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen. Das Amtsgericht hat auf der Grundlage des unstreitigen Parteivortrags festgestellt, dass die Preisgleitklausel mit ihrer Anbindung an den "HEL"-Faktor auch die Kostenentwicklung auf dem Wärmemarkt ausreichend berücksichtige, weil leichtes Heizöl ein nach wie vor bestimmender Faktor für die Wärmekostenentwicklung sei und deshalb - so die

Schlussfolgerung des Amtsgerichts - gleichzeitig als Kosten- und Marktelement fungieren könne.

41 Diese im Berufungsrechtszug nicht angegriffenen Feststellungen des Amtsgerichts, zu deren Änderung oder Ergänzung das Berufungsgericht keine Veranlassung gesehen hat, sind gemäß § 559 Abs. 2 ZPO für den Senat bindend. Soweit das Berufungsgericht ohne konkreten Bezug hierzu an anderer Stelle der Urteilsgründe von den Verhältnissen auf dem "Fernwärmemarkt" spricht, handelt es sich, wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt, um ein bloßes Versehen; eine Distanzierung von den genannten Feststellungen des Amtsgerichts kommt hierin nicht zum Ausdruck.

42 Danach ist festgestellt, dass der von der Beklagten verwendete "HEL"-Faktor - was möglich ist - die Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt (dazu Senatsurteil vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10, aaO Rn. 21) aufgrund seiner Ausstrahlungswirkung auf andere Energieträger repräsentativ widerspiegelt und hierdurch die geforderte Marktorientierung wahrt. Soweit die Revision demgegenüber meint, die Verhältnisse auf dem maßgeblichen Wärmemarkt als dem allgemeinen, durch sämtliche Energieträger gebildeten Markt könnten nicht durch eine ausschließliche Anbindung an den Preis eines einzelnen Energieträgers bestimmt werden, setzt sie lediglich ihre eigene Würdigung an die Stelle der tatrichterlichen Würdigung des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Amtsgerichts.

43 5. Der danach für das letzte Quartal 2009 aufgrund der Preisanpassungsklausel zulässig gebildete Arbeitspreis ist zugleich der vereinbarte Preis für den Wärmebezug des Jahres 2010. Anders als die Revision meint, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB nicht so weit reicht, dass der Kläger für den Zeitraum der Unwirksamkeit

nur den bei Vertragsschluss vereinbarten Anfangsarbeitspreis P_o in Höhe von 41,50 €/MWh geschuldet hat, sondern dass die Beklagte vom Kläger die im letzten Quartal vor dem Unwirksamwerden der Klausel zulässigerweise berechneten Preise beanspruchen kann.

44 Die Nichtigkeit der in Ziffer 3.2 der Anlage 1 zum Wärmeversorgungsvertrag enthaltenen Formel zur Anpassung des Arbeitspreises ist - wie vorstehend unter II 4 b ausgeführt - erst ab Beginn des Jahres 2010 mit Wirkung ex nunc dadurch eingetreten, dass die Beklagte ihren Gaslieferanten gewechselt und von diesem das zur Wärmeerzeugung benötigte Gas zu Bedingungen bezogen hat, durch die die erforderliche Kostenorientierung der Preisanpassungsklausel des Wärmelieferungsvertrags nicht mehr gewahrt war. Das hat jedoch nicht zur Folge, dass der bis dahin aufgrund der Preisanpassungsklausel geschuldete Arbeitspreis insgesamt seine Wirksamkeit verloren hätte und auf den Jahre zuvor vereinbarten Anfangspreis zurückgefallen wäre. Die Nichtigkeitsfolge geht vielmehr nur dahin, dass die in der genannten Vertragsbestimmung enthaltene Regelung, nach der Preisänderungen von dem Tage an gelten, ab dem sich einer oder mehrere der in der Klausel aufgeführten Berechnungsfaktoren, darunter der Heizölpreis (HEL/HEL_J), geändert haben, nicht mehr zur Anwendung kommen kann und der Arbeitspreis zumindest für die Dauer seiner fehlenden Kostenorientierung bei dem zuletzt verordnungskonform gebildeten Preis stehenbleibt. Dem hat das Berufungsgericht Rechnung getragen, indem es lediglich auf Rückerstattung des über den Arbeitspreis des letzten Quartals 2009 hinaus gezahlten Betrags erkannt hat. Ob etwas anderes in Fällen zu gelten hat, in denen die Gasbezugskosten des Wärmelieferanten später unter den Be-

trag fallen, der dem zuletzt wirksam zustande gekommenen Arbeitspreis des Wärmelieferungsvertrags zugrunde gelegen hat, ist hier nicht zu entscheiden.

Dr. Frellesen Dr. Milger Dr. Achilles

Dr. Schneider Dr. Fetzer

Vorinstanzen:
AG Potsdam, Entscheidung vom 06.11.2012 - 21 C 32/12 -
LG Potsdam, Entscheidung vom 24.10.2013 - 3 S 86/12 -