

ckerherstellung Kohle als Heizstoff verwendet wird und das durch die Verbrennung dieses Energieerzeugnisses entstehende Kohlendioxid seinerseits für diesen Produktionsprozess und/oder zur Herstellung von Mineraldünger verwendet wird.

23 Die Wendung „für andere Zwecke als als Heiz- oder Kraftstoff“ findet sich sowohl im ersten als auch im zweiten Gedankenstrich von Art. 2 IV Buchst. b der Richtlinie 2003/96, so dass sie in beiden Bestimmungen gleich auszulegen ist. Aus einer Zusammenschau der ersten beiden Gedankenstriche von Art. 2 IV Buchst. b der Richtlinie in Verbindung mit dem einleitenden Teil dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Verwendung eines Energieerzeugnisses nur dann nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, wenn dieses Erzeugnis – in seiner Funktion als Energiequelle – selbst anders als als Heiz- oder Kraftstoff verwendet wird.

24 Ein Energieerzeugnis, das im Rahmen eines Herstellungsprozesses verbrannt wird, kann daher zweierlei Verwendungszweck haben, wenn dieser Prozess – wie es unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens der Fall ist – nicht ohne Einsatz eines Stoffes durchgeführt werden kann, von dem feststeht, dass er nur durch die Verbrennung des betreffenden Energieerzeugnisses erzeugt werden kann.

25 Da das fragliche Energieerzeugnis in diesem Herstellungsprozess somit als Energiequelle eingesetzt wird, um das Gas zu gewinnen, das ausschließlich bei der Verbrennung dieses Energieerzeugnisses entsteht, ist anzunehmen, dass bei diesem Einsatz als Energiequelle zweierlei Verwendungszweck vorliegt.

26 Ist dagegen – unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens – ein bei der Verbrennung entstehendes Gas nicht das zur Durchführung des Produktionsprozesses erforderliche Erzeugnis, sondern ein Rückstand dieses Prozesses, der lediglich verwertet wird, hat das Energieerzeugnis selbst nicht zweierlei Verwendungszweck. Daher lässt sich allein daraus, dass das entstehende Gas einen Rohstoff in einem gesonderten Herstellungsprozess wie dem der Herstellung eines landwirtschaftlichen Düngemittels darstellt, nicht schließen, dass das als Heizstoff dienende Energieerzeugnis zweierlei Verwendungszweck hat.

27 Würde die bloße Verwertung eines Rückstands aus der Verbrennung eines Energieerzeugnisses nämlich bedeuten, dass „zweierlei Verwendungszweck“ i.S.v. Art. 2 IV Buchst. b der Richtlinie 2003/96 vorliegt, hinge die Frage, ob ein solches Energieerzeugnis in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, davon ab, ob ein bestimmter Hersteller Verfahren zur Verwertung des Rückstands aus der Verbrennung des betreffenden Energieerzeugnisses einsetzt.

28 Demnach ist auf die erste und die zweite Frage zu antworten, dass Art. 2 IV Buchst. b der Richtlinie 2003/96 dahin auszulegen ist, dass die Verwendung zum einen von Kohle als Heizstoff im Produktionsprozess von Zucker und zum anderen das bei der Verbrennung dieses Energieerzeugnisses entstehenden Kohlendioxids zur Erzeugung von Mineraldünger nicht dazu führt, dass dieses Energieerzeugnis „zweierlei Verwendungszweck“ im Sinne dieser Bestimmung hat. Dagegen liegt „zweierlei Verwendungszweck“ vor, wenn im Produktionsprozess von Zucker zum einen Kohle als Heizstoff und zum anderen das bei der Verbrennung dieses Energieerzeugnisses entstehende Kohlendioxid verwendet wird, sofern feststeht, dass der Produktionsprozess des Zuckers ohne den Einsatz des bei der Kohleverbrennung entstehenden Kohlendioxids nicht zu Ende geführt werden kann.

Zur dritten und zur vierten Frage

29 Mit seiner dritten und seiner vierten Frage, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Mitgliedstaat dem Begriff „zweierlei Verwendungszweck“ in seinem innerstaatlichen Recht eine engere als die ihm nach Art. 2 IV Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2003/96 zukommende Bedeutung beimessen darf, um Energieerzeugnisse zu besteuern, die dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen sind.

30 Schon nach dem Wortlaut von Art. 2 IV Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2003/96 „gilt [sie] nicht“ für Energieerzeugnisse mit zweierlei Verwendungszweck. Wie der *Gerichtshof* jedoch bereits zum ersten Gedankenstrich dieser Bestimmung ausgeführt hat, bedeutet der Ausschluss dieser Erzeugnisse vom Anwendungsbereich der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten nunmehr befugt sind, die fraglichen Energieerzeugnisse unter Wahrung des Unionsrechts zu besteuern (vgl. in diesem Sinne Urteil *Fendt Italiana*, C-145/06 und C-146/06, ECLI:EU:C:2007:411, Rn. 38 und 41).

33 Nach alledem ist auf die dritte und die vierte Frage zu antworten, dass ein Mitgliedstaat dem Begriff „zweierlei Verwendungszweck“ in seinem innerstaatlichen Recht eine engere als die ihm nach Art. 2 IV Buchst. b zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 2003/96 zukommende Bedeutung beimessen darf, um Energieerzeugnisse zu besteuern, die dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen sind.

[...]

BGH: Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen Fernwärme-Preis- änderungsklauseln

§§ 133, 134, 157 BGB; § 24 IV AVBFernwärmeV

LEITSATZ:

Eine infolge der Unwirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Preisänderungsklausel nach § 24 III AVBFernwärmeV a.F. (= § 24 IV AVBFernwärmeV), § 134 BGB entstehende planwidrige Regelungslücke kann auch in einem Fernwärmeliefervertrag im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) dahingehend geschlossen werden, dass der Kunde die Unwirksamkeit derjenigen Preiserhöhungen, die zu einem den vereinbarten Anfangspreis übersteigenden Preis führen, nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat (Fortführung Senatsurteil v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11; BGHZ 192, 372).

BGH, Urt. v. 24.9.2014 – VIII ZR 350/13 (LG Lübeck, Urt. v. 7.11.2013 – 14 S 178/12; AG Lübeck, Urt. v. 31.8.2012 – 26 C 3891/11)

ZUM SACHVERHALT:

1 Der Kläger (Kl.) bezieht seit 1995 für sein in R. gelegenes Wohnhaus von der Beklagten (Bekl.) Fernwärme. In dem [...] mit der Rechtsvorgängerin der Bekl. formularmäßig geschlossenen

Wärmelieferungsvertrag heißt es zu dem zwischen den Parteien streitigen Arbeitspreis unter anderem:

„[...]“

4. Preisänderungsklausel

[...]

4.2 Für die Änderung des Arbeitspreises gilt:

100 % des Arbeitspreises ändern sich, wie sich der Preis für leichtes Heizöl ändert. Der Preis für leichtes Heizöl richtet sich nach den Verbraucherpreisen bei Lieferung von mindestens 40–50 hl auf einmal, wie sie monatlich für den Berichtsort H. in der Fachserie 17; Reihe 2; Preise und Preisindizes für gewerbliche Produkte (Erzeugerpreise) für Gruppe Mineralölerzeugnisse, extra leichtes Heizöl des Statistischen Bundesamtes in DM/100l veröffentlicht werden. Ausgangswert: 36,33 DM/hl.

4.3 Die zu berechnenden Änderungen des [...] Arbeitspreises werden in nachstehenden Formeln ausgedrückt: [...]

Arbeitspreis: $AP_x = 60,00 \text{ DM/MWh}$ (HEL: 36,33)

[...]

In den Formeln bedeuten: [...]

AP_x = der zu zahlende neue Arbeitspreis in DM/MWh

[...]

HEL = Folgewert für leichtes Heizöl in DM/hl

Folgewerte:

Der Preisanpassung zum 1.4. eines jeden Jahres liegt das Mittel der Notierungen der Monate Juli bis Dezember des vergangenen Jahres zu Grunde, während der Preisanpassung zum 1.10. eines jeden Jahres das Mittel der Monate Januar bis Juni des gleichen Jahres zu Grunde liegt.

[...]“

2 Die Bekl., die die von ihr gelieferte Fernwärme ausschließlich mit Erdgas erzeugt, nahm seit Vertragsbeginn eine Vielzahl von Wärmepreisanpassungen vor, über die sie den Kl. jeweils schriftlich informierte. Im Februar 2008 rechnete sie gegenüber dem Kl. die im vorangegangenen Jahreszeitraum gelieferte Wärme unter Ansatz von Arbeitspreisen zwischen 83,71 EUR/MWh und 75,82 EUR/MWh mit einem Arbeitspreisanteil von 1.186,22 EUR netto ab. Im Oktober 2011 widersprach der Kl. gegenüber der Bekl. allen seit Aufnahme der Belieferung erfolgten Preisanpassungen und forderte kurz darauf hinsichtlich der im Februar 2008 vorgenommenen Jahresabrechnung die nach seiner Auffassung im darin abgerechneten Lieferzeitraum überzahlten Beträge zurück, die er unter Zugrundelegung des bei Vertragsschluss vereinbarten Arbeitspreises von 6 Pf/kWh auf zuletzt insgesamt 858,39 EUR bezifferte.

3 Die auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen gerichtete Klage hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. sein Rückzahlungsbegehren in vollem Umfang weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

6 Dem Kl. stehe kein Rückforderungsanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB zu. Insoweit könne dahinstehen, ob die von der Bekl. verwendete Preisanpassungsklausel den Anforderungen des auf den Wärmelieferungsvertrag anwendbaren § 24 IV AVBFernwärmeV, der § 24 III AVBFernwärmeV in der bis zum 12.11. 2010 geltenden Fassung entspreche, standhalte oder gemäß dem anstelle des § 307 BGB anwendbaren § 134 BGB nichtig

sei. Bei Nichtigkeit der Preisänderungsklausel sei nämlich im Regelungsplan der Parteien eine Regelungslücke eingetreten, die nach Maßgabe der auch auf Fernwärmeversorgungsverhältnisse übertragbaren Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 14.3. 2012 – VIII ZR 93/11 und VIII ZR 113/11; v. 31.7.2013 – VIII ZR 162/09) in der Weise zu schließen sei, dass der Kunde die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel nicht geltend machen könne, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden sei, beanstandet habe. Auch der Sinn und Zweck des § 24 IV AVBFernwärmeV und die hieran gem. § 134 BGB anknüpfende, auf die Preisanpassungsklausel beschränkte Nichtigkeitsfolge schlossen es nicht aus, die Nichtigkeitswirkungen zeitlich zu begrenzen. Die Überprüfung der Wirksamkeit einer Preisanpassungsklausel anhand des § 24 IV AVBFernwärmeV diene vielmehr dazu, privatautonomer Gestaltungsmacht Grenzen zu setzen und zu klären, welcher Preis tatsächlich geschuldet sei. Daraus folge, dass die Klärung des geschuldeten Preises nicht zwangsläufig zu dem bei Vertragsschluss vereinbarten Anfangspreis führe, sondern unter Berücksichtigung der privatautonomen Regelungen zu erfolgen habe.

7 Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag enthalte verschiedene Bestimmungen über ein von den Parteien angestrebtes ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Die dadurch erstrebte Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung könne jedoch nicht erreicht werden, wenn Folge der Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel die Geltung des ursprünglich vereinbarten Arbeitspreises sei. Denn es sei gerichtsbekannt, dass seit Vertragsbeginn eine explosionsartige Steigerung der Energiekosten eingetreten sei. Insoweit ziele § 24 IV AVBFernwärmeV gerade darauf ab, dem Energieversorger die Möglichkeit zu schaffen, für die Leistung eine ausgewogene Gegenleistung zu erhalten, indem einem geänderten Energiebeschaffungsaufwand durch Veränderung des Verbrauchspreises Rechnung getragen werde. Der Ordnungsgeber habe hierbei also selbst eine Preisanpassung grundsätzlich für zulässig erachtet und diese lediglich an strenge formelle Vorgaben geknüpft.

8 Vor diesem Hintergrund bestehe keine Veranlassung, Fernwärmekunden und Gaskunden in den Rechtsfolgen einer unwirksamen Preisanpassung unterschiedlich zu behandeln. Es bestehe in allen Fällen vielmehr ein aner kennenswertes Bedürfnis, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten. Diesem Bedürfnis liefe es zuwider, wenn bei einem Energielieferungsvertrag mit langer Laufzeit die Unwirksamkeit der Preiserhöhung rückwirkend ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden könnte mit der Folge, dass für die gesamte Vertragslaufzeit nur der ursprünglich vereinbarte Preis beansprucht werden könne, der – wie hier – weit unter den heutigen Preisen liege. Denn ein derart gravierendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung wäre unbillig und würde dem Kunden einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn verschaffen. [...]

9 Da im vorliegenden Fall die Möglichkeit einer Klärung des geltenden Preises durch eine Leistungsbestimmung nach § 315 BGB nicht bestehe, verbleibe nur die Möglichkeit einer Begrenzung der Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB auf einen beschränkten Zeitraum. Insoweit sei es auch bei Fernwärmelieferungsverträgen interessengerecht, die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen auf den in der Rechtsprechung des BGH bei Gaslieferungsverträgen für angemessen erachteten Zeitraum von drei Jahren nach Zugang der die Preisänderung enthalten-

den Rechnung zu befristen. Dieser Zeitraum sei hier jedoch überschritten, so dass der geltend gemachte Rückforderungsanspruch entfalle.

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

11 Dem Kl. steht hinsichtlich der im Februar 2008 erteilten und von ihm beglichenen Jahresabrechnung aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB kein Anspruch auf Rückerstattung überzahlter Lieferentgelte (§ 433 II BGB) zu, weil er die erbrachten Zahlungen mit Rechtsgrund geleistet hat. Er schuldet die von der Bekl. nach Maßgabe der Preisänderungsklausel in Ziffer 4 des Wärmelieferungsvertrages für die gelieferte Fernwärme abgerechneten Arbeitspreise in dieser Höhe. Denn er kann sich – wie eine ergänzende Auslegung des Fernwärmelieferungsvertrages ergibt – für den im Streit stehenden Zeitraum auf eine Nichtigkeit des ursprünglich vereinbarten Anfangspreises nicht berufen, weil er die in der Abrechnung ausgewiesenen Preisanpassungen nicht innerhalb von drei Jahren nach Zugang der Abrechnung beanstandet hat.

12 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 AVBFernwärmeV unterfallen. Gem. § 1 I AVBFernwärmeV gelten die §§ 2 bis 32 [sic! gemeint sind §§ 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). Dementsprechend sind die als Gleitklausel ausgestaltete Preisänderungsklausel in Ziffer 4 des Wärmeversorgungsvertrags und die im streitgegenständlichen Zeitraum von Februar 2007 bis Februar 2008 auf ihrer Grundlage jeweils halbjährlich vorgenommenen Preisänderungen an den Anforderungen des zu diesem Zeitpunkt geltenden § 24 III AVBFernwärmeV a.F. zu messen (vgl. Senatsurt. v. 13.7.2011 – VIII ZR 339/10, WM 2011, 1910 Rn. 19). [...]

13 2. Ebenfalls zutreffend hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die hierzu ergangene Senatsrechtsprechung angenommen, dass Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen nach § 24 III 1 AVBFernwärmeV a.F. so ausgestaltet sein müssen, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme durch das Unternehmen (Kostenelement) als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement) angemessen berücksichtigen (vgl. hierzu zuletzt Senatsurt. v. 25.6.2014 – VIII ZR 344/13, WM 2014, 1828 Rn. 19 ff., 23 ff. m.w.N.; zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Ob die Preisänderungsklausel in Ziffer 4 des Wärmeversorgungsvertrags diesen Vorgaben gerecht wird, hat das Berufungsgericht mit Recht dahinstehen lassen. Denn selbst wenn die Preisänderungsklausel – wie die Revision geltend macht – hinsichtlich des Marktelements den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen und deshalb nach der Auslegungsregel des § 134 BGB nichtig sein sollte, wäre der Kl. vorliegend jedenfalls wegen Zeitablaufs mit seinen dagegen erhobenen Einwendungen ausgeschlossen.

14 Dieses Ergebnis hat das Berufungsgericht zutreffend und im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Wärmelieferungsvertrags hergeleitet. Entgegen der Auffassung der Revision sind die vom Senat für langjährige Gasversorgungsverhältnisse entwickelten Grundsätze auf den vor-

liegenden Fernwärmeliefervertrag zu übertragen. Wie der Senat nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, kommt die bei Nichtbeachtung des in § 24 III 1 AVBFernwärmeV a.F. zum Ausdruck gebrachten gesetzlichen Gebots eintretende Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB nur insoweit zum Tragen, als sich aus § 24 AVBFernwärmeV nicht ein anderes ergibt. Denn auch bei der Auslegungsregel des § 134 BGB bleibt für jeden Fall zu prüfen, ob das Verbotsgesetz seinem Sinn und Zweck nach jedweden Verstoß ausnahmslos durch eine rückwirkende Nichtigkeit der betreffenden Vertragsbestimmung sanktionieren will oder einen weniger einschneidenden, dem Zweck des Verbotsgesetzes aber gleichwohl angemessenen Interessenausgleich und eine damit einhergehende Begrenzung der Nichtigkeitsfolge zulässt (vgl. Senatsurt. v. 25.6.2014 – VIII ZR 344/13, a.a.O., Rn. 33).

15 Das ist hier der Fall. Insbesondere schließt § 134 BGB – genauso wie etwa § 306 BGB im Falle einer Unwirksamkeit unangemessen benachteiligender Allgemeiner Geschäftsbedingungen – auch eine ergänzende Vertragsauslegung nicht aus, durch die eine durch die Nichtigkeitsfolge entstandene Vertragslücke unter Berücksichtigung der an den Besonderheiten des Fernwärmemarktes ausgerichteten Zielsetzungen des § 24 III 1 AVBFernwärmeV a.F. in einer den beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien gerecht werdenden Weise ausgefüllt wird (vgl. BGH, Urt. v. 7.12.2010 – KZR 71/08, GRUR 2011, 641 Rn. 50 f.; v. 29.6.2010 – KZR 9/08, CR 2010, 640 Rn. 27).

16 a) Wie der Senat zu unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Gaslieferungsverträgen entschieden hat, ist die in derartigen Verträgen durch die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel eingetretene Lücke im Regelungsplan der Parteien im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gem. §§ 157, 133 BGB zu schließen, wenn es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und er nunmehr auch für länger zurück liegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht. In diesen Fällen führt eine ergänzende Vertragsauslegung dazu, dass der Kunde die Unwirksamkeit derjenigen Preiserhöhungen, die zu einem den vereinbarten Anfangspreis übersteigenden Preis führen, nicht geltend machen kann, wenn er sie nicht innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat (Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rn. 19 ff. und VIII ZR 93/11, ZNER 2012, 265 Rn. 26 ff.).

17 b) Diese Lösung ist auch auf den Fall einer unwirksamen Preisgleitklausel in einem Fernwärmevertrag zu übertragen, so dass der Kl. sich nicht darauf berufen kann, nur zur Zahlung des ursprünglich vereinbarten Anfangspreises verpflichtet zu sein. Denn auch hier waren sich die Vertragsparteien bei Vertragsschluss einig, dass der vereinbarte Anfangspreis nur zu Beginn des Versorgungsverhältnisses gelten sollte. Notwendige Preisanpassungen sollten sich hingegen – wie in § 24 III AVBFernwärmeV a.F./§ 24 IV AVBFernwärmeV vorgesehen – im Rahmen von Preisänderungsklauseln ohne eine Kündigung des Vertrages vollziehen können (BR-Drs. 90/80, abgedruckt bei Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., S. 255). Durch die Nichtigkeit der von den Parteien vereinbarten Preisanpassungsklausel ist daher auch hier im Regelungsplan der Parteien eine Lücke entstanden (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 20 und VIII ZR 93/11, a.a.O., Rn. 25).

18 Diese führt zu einer nicht mehr hinnehmbaren Störung des Vertragsgefüges des Fernwärmeversorgungsvertrages, wenn es sich wie im vorliegenden Fall um ein langjähriges Versorgungs-verhältnis handelt, der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und er nunmehr auch für länger zurück liegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 23 und VIII ZR 93/11, a.a.O., Rn. 28). Denn in einem solchen Fall hat auch der Fernwärmeversorger im Nachhinein nicht mehr die Möglichkeit, einer unbefriedigenden Erlössituation in zumutbarer Weise zu begegnen.

19 c) Es ist daher zu ermitteln, was die Parteien bei einer angemessenen, objektiv-generalisierenden Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bei Vertragsabschluss bedacht hätten, dass die Wirksamkeit der verwendeten Preisänderungsklausel jedenfalls unsicher war.

20 Die vom Senat für die Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln in Gaslieferungsverträgen entwickelte Lösung (s. o. II 2 a) stellt auch für Fernwärmelieferungsverträge einen in diesem Sinne angemessenen Interessenausgleich dar.

21 aa) Bei Fernwärmelieferungsverträgen handelt es sich ebenfalls um langfristige Vertragsverhältnisse, bei denen ein anerkennenswertes Bedürfnis besteht, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten, und dem es zuwiderliefe, wenn die Nichtigkeit der Preiserhöhungen rückwirkend ohne zeitliche Begrenzung geltend gemacht werden könnte. Denn dies hätte zur Folge, dass der Fernwärmeversorger ohne Rücksicht auf Schwankungen seiner eigenen Bezugspreise für die gesamte Vertragslaufzeit nur den ursprünglich vereinbarten Preis beanspruchen könnte. Angesichts des kontinuierlichen Anstiegs der Energiepreise entstünde dadurch bei langfristigen Versorgungsverträgen regelmäßig ein gravierendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung. Dies wäre unbillig und würde dem Kunden einen unverhofften und ungerechtfertigten Gewinn verschaffen. Derartige entspräche auch nicht dem objektiv zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 26). Zudem wäre dann die durch die AVBFernwärmeV betonte Marktorientierung der Fernwärmepreise nicht gewährleistet.

22 bb) Ebenso wie das Energiewirtschaftsrecht (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 27) verfolgt die AVBFernwärmeV den Zweck einer möglichst kostengünstigen Versorgung des Verbrauchers und berücksichtigt dabei in besonderer Weise den mit der Leitungsgebundenheit der Versorgung verbundenen Zwang zu hohen Investitionen (BR-Drs. 90/80, a.a.O., 237 (258 f.)). Daher wurde es ebenso wie bei anderen Energieversorgungsverträgen vom Ordnungsgeber als erforderlich angesehen, dass sich notwendige Preisanpassungen im Rahmen von Preisänderungsklauseln ohne eine Kündigung des langfristig angelegten Vertragsverhältnisses vollziehen können (BR-Drs. 90/80, a.a.O., 255 (258 f.)).

23 Dieses Ziel würde verfehlt, wenn dem Versorger jede Möglichkeit genommen würde, Kostensteigerungen an den Kunden weiterzugeben, so dass er zeitlich unbeschränkt an den alten Ausgangspreis gebunden bliebe (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 26). Die Parteien hätten daher auch hier, wenn sie erkannt hätten, dass die Wirksamkeit der vereinbarten Preisanpassungsklausel unsicher war, jedenfalls eine Regelung vereinbart, nach der es ausgeschlossen ist, nach einem

längeren Zeitraum die Unwirksamkeit von Preisanpassungen geltend zu machen, die zuvor nicht in Frage gestellt worden sind (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 30 und VIII ZR 93/11, a.a.O., Rn. 29 f.).

24 cc) Auch bei Fernwärmelieferverträgen trägt die Bestimmung einer Frist, innerhalb derer der Kunde die Preiserhöhung beanstanden muss, um sich auf ihre Unwirksamkeit berufen zu können, den Interessen beider Parteien Rechnung. Denn auch ein solcher Vertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, bei dem ein besonderes Bedürfnis danach besteht, dass gegenseitige Ansprüche zeitnah geltend gemacht werden und sich nicht durch verspätete Geltendmachung aufsummieren. Zudem handelt es sich ebenfalls um ein Schuldverhältnis mit einer Vielzahl von Kunden und damit auch einer Vielzahl von Abrechnungsvorgängen, die Jahr für Jahr aufeinander aufbauen. Die in diesen Jahresabrechnungen enthaltenen Preiserhöhungen dürfen daher nicht unvertretbar lange mit Unsicherheiten behaftet sein. Es ist vielmehr erforderlich, dass die sich für beide Seiten stellende Frage, ob eine bestimmte Preiserhöhung Bestand hat oder nicht, ohne größere praktische Schwierigkeiten beantwortet werden kann. Damit wird dem Versorger eine verlässliche Basis für seine (Kosten-)Kalkulationen geschaffen, während der Verbraucher weiß, mit welchen Kosten er zu rechnen hat (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 31).

25 dd) In der AVBFernwärmeV ist – ebenso wie sonst im Energierecht (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 32 ff.) – ein Interessenausgleich, der die Geltendmachung von Rechten von der Reaktion einer Partei innerhalb gewisser Fristen abhängig macht, verschiedentlich vorgesehen, so dass es auch hier nahe liegt, sich an diesen Vorbildern für die im Wege ergänzender Vertragsauslegung vorzunehmende Lückenschließung zu orientieren.

26 So ist ebenso wie in § 21 AVBGasV auch in § 21 AVBFernwärmeV geregelt, dass Ansprüche wegen Fehlern bei der Ermittlung des Rechnungsbetrages auf einen Zeitraum von längstens zwei Jahren beschränkt sind. Auch in § 30 AVBFernwärmeV findet sich genauso wie in § 30 AVBGasV eine weitere zeitliche Begrenzung. Einwände gegen Rechnungen und Abschlagsberechnungen berechtigen zum Zahlungsaufschub oder zur Zahlungsverweigerung nur, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass offensichtliche Fehler vorliegen, und der Zahlungsaufschub oder die Zahlungsverweigerung innerhalb von zwei Jahren nach Zugang der fehlerhaften Rechnung oder Abschlagsberechnung geltend gemacht werden. Im Einklang mit den inhaltsgleichen Zielsetzungen der GasGVV, in deren § 18 die im Interesse einer reibungslosen Durchführung des Vertragsverhältnisses und des Rechtsfriedens liegende zeitliche Anspruchsbeschränkung des § 21 AVBGasV zwischenzeitlich von zwei auf drei Jahre erweitert worden ist (vgl. Senatsurt. v. 14.3.2012 – VIII ZR 113/11, a.a.O., Rn. 33), ist deshalb auch für den Bereich der Fernwärmeversorgung von einer Frist von drei Jahren auszugehen.

[...]

ANMERKUNG:

I. Überblick

Verstößt eine Klausel eines vorformulierten Fernwärmeversorgungsvertrags gegen §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV, führt dies in Anwendung der Auslegungsregel des § 134 BGB zur Unwirksamkeit der Klausel unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen. Auf das Rechtsfolgeregime des § 306 BGB kommt es deshalb nicht an (Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFern-

wärmeV Rn. 162; ähnlich *Witzel/Topp*, AVBFernwärmeV, 2. Aufl. 1997, S. 189f.). Dies hat der BGH bereits mehrfach im Kontext von nach Maßgabe des § 24 IV AVBFernwärmeV zu gestalten- den Preisänderungsklauseln entschieden (grundlegend BGH, NJW 2011, 2501 (2506) Rn. 48; zuletzt BGH, NJW 2014, 3016 (3017) Rn. 14). Mit dem vorliegenden Urteil hat der BGH zum ersten Male geurteilt, dass sich ein Kunde wegen Zeitablaufs nicht auf die Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel berufen darf (Rn. 13). Diese Entscheidung ist zu begrüßen. Sie sorgt dafür, dass die Frage der Unwirksamkeit der Preisänderungs- klausel nicht für eine überlange Zeit (hier: 15 Jahre) rückwirkend aufzurollen ist. Anderenfalls kommt es zu einer nicht mehr hinnehmbaren Störung des Vertragsgefüges (dazu Rn. 18).

Darüber hinaus sind die Rechtsfolgen innerhalb des Beanstan- dungszeitraums zu beleuchten. In Auslegung des § 134 BGB i.V.m. § 24 IV AVBFernwärmeV ist die unwirksame Preisände- rungsklausel durch eine wirksame zu ersetzen. Zum Für und Wider dieser Methode hat der BGH bislang noch keine Stellung genommen – womöglich, weil die Prozessparteien in den bisher vom BGH entschiedenen Verfahren noch nicht dazu vorgetra- gen haben. Einige Instanzgerichte befassen sich bereits mit dieser Methode.

II. Zur Funktion automatischer Preisgleitklauseln

Preisänderungsklauseln in Fernwärmeversorgungsverträgen werden in aller Regel in eine mathematische Formel gegossen (sog. automatische Preisgleitklauseln). Ihre Anwendung führt zu einem exakten und von Dritten nachvollziehbaren Ergebnis (*Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 73). Die Preise werden zu einem vertraglich vereinbarten Turnus – hier: halb- jährlich jeweils zum 1.4. und zum 1.10. – angepasst. Das hat zur Folge, dass sich der Preis nach objektiven Umständen ent- wickelt, auf die der Fernwärmeversorger keinen Einfluss hat (*Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 132). Ins- besondere muss der Versorger daraus resultierende Preis- senkungen automatisch und ohne Ermessensspielraum an den Kunden weitergeben; auf Preiserhöhungen kann er selbstver- ständlich verzichten (*Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFern- wärmeV Rn. 133 bzw. 137).

Fernwärme-Preisänderungsklauseln müssen gem. § 24 IV 1 AVBFernwärmeV die Kostenentwicklung und die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt abbilden. Das führt in der praktischen Umsetzung in aller Regel dazu, dass der verbrauchsabhängige Arbeitspreis in Abhängigkeit von der Entwicklung der Brenn- stoffbeschaffungs- bzw. Wärmebezugskosten und ggf. einem weiteren, die Marktverhältnisse abbildenden Element gleitet. Je nach Entwicklung dieser Parameter fällt oder steigt der Arbeits- preis. Wegen der mitunter starken Volatilität der Rohstoffpreise schwankt der Arbeitspreis. Darüber hinaus bewirkt die Ankop- pelung an die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt einen regula- tiven Effekt (*Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 53). Der Fernwärmeversorger kann eigene Kostensteigerun- gen nicht an den Kunden weiterreichen, wenn dies die Markt- verhältnisse nicht hergeben. Die aus dem Jahre 1980 stammende Vorschrift ist damit ein Musterfall einer guten Gesetz- gebung: Der verständliche Gesetzestext – so knapp wie mög- lich, so präzise wie nötig (zur Qualität der Energiegesetzgebung *Danner*, EnWZ 2012, 66ff.) – bewirkt eine „kleine Anreizregu- lierung“ (*Topp*, in: Danner/Theobald, Fernwärmerecht Rn. 4) und ist damit heute moderner denn je. Es verwundert deshalb nicht, dass dem Gesetzgeber § 24 IV AVBFernwärmeV als Rege- lungsvorbild für das Strom- und Gasrecht empfohlen wird (*Mar- kert*, ZNER 2011, 437 (438); *Säcker/Mengering*, BB 2013, 1859 (1868)).

Die Feststellung, dass Fernwärmepreise auch sinken, ist trivial. Sie wird in der Rechtspraxis gleichwohl nicht ausreichend ge- würdigt. Häufig gilt eine Preisänderungsklausel als ein verpöntes Instrument, mit dem der Verwender seine Preise bzw. seine Gewinnmarge erhöhen kann. Bei automatischen Preisgleitklaus- eln ist dies nicht der Fall. Denn mit diesem Mechanismus wird sichergestellt, dass der Fernwärmeversorger Preisänderungen nicht nur dann vornimmt, wenn es ihm günstig erscheint (*Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 135). Insbesonde- re sorgt eine Preisgleitklausel für sinkende Preise, wenn sich die Beschaffungssituation des Versorgers verbessert oder sich die gesamte Marktlage entspannt. Vor diesem Hintergrund wären starre Preise auf lange Sicht unbefriedigend, weil damit die zu Vertragsbeginn zufällig bestehende Marktsituation auf Dauer eingefroren wäre.

Besonders deutlich werden diese Verhältnisse am Beispiel einer ölpreisgebundenen Preisgleitformel, wie sie dem hier entschie- denen Fall zugrunde liegt. Unabhängig von der Frage, ob sie im Einzelfall den Vorgaben des § 24 IV AVBFernwärmeV gerecht wird, führt sie bei einer schlicht ökonomischen Betrachtung zu einem Steigen und Fallen des Preises. Das wirkt sich einmal zugunsten des Kunden, einmal zulasten des Kunden aus. Das Phänomen sinkender Ölpreise konnte in der jüngeren Vergan- genheit gleich mehrfach beobachtet werden. Ein eindrucksvol- les Beispiel ist die Halbierung des Ölpreises im Zuge der Finanz- krise von 79,85 EUR/hl (Juli 2008) auf 37,31 EUR/hl (März 2009) innerhalb von nur acht Monaten. Zuletzt ist der Ölpreis von einem Zwischenhoch von 77,30 EUR/hl im Oktober 2013 auf 59,00 EUR/hl im Oktober 2014 gefallen (Quelle: *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 17 Reihe 2, Leichtes Heizöl bei Lieferung in TKW an Verbraucher, 40–50 hl pro Auftrag, Durchschnitts- preise Deutschland).

III. Ersetzung der unwirksamen Preisgleitklausel durch eine wirksame gem. § 134 BGB i.V.m. § 24 IV 4 AVBFernwärmeV

Angesichts der von beiden Partnern eines auf lange Sicht einge- gangenen Fernwärmeversorgungsvertrags (§ 32 I AVBFern- wärmeV) entspricht es ihrem beiderseitigen Willen, dass sich Preise im Wege einer automatischen Preisgleitklausel an sich wandelnde Umstände anpassen können. Diesem gleichgerich- teten Interesse trägt der Gesetzgeber mit § 24 IV AVBFernwär- meV Rechnung (BR-Drs. 90/80, S. 56). Mit der Ankoppelung der Preisgleitklausel an die Entwicklung der Kosten und der Markt- verhältnisse sorgt er dafür, dass sich die Preise nach objektiven Kriterien ändern. Es entspricht deshalb dem Interesse beider Vertragspartner, wenn eine unwirksame Preisgleitklausel durch eine wirksame Klausel ersetzt wird (*Thomale*, CuR 2012, 4 (10); *ders.*, CuR 2014, 87 (88f.); *Fricke*, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 161).

Diese Rechtsfolge ergibt sich aus § 134 BGB i.V.m. § 24 IV AVBFernwärmeV. Gem. § 134 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Norm führt also nicht zwingend zur Nichtigkeit des Vertrags bzw. zur Teilnichtigkeit der gegen ein gesetzliches Gebot verstoßenden Vertragsklausel. Sie bringt vielmehr ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Aus- druck, nach der die Nichtigkeit vermutet wird (*Canaris*, Gesetzli- ches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 15). Es ist daher im Einzelfall zu ermitteln, ob diese Vermutung durch einen beson- deren Regelungswillen des Gesetzgebers widerlegt wird. Von diesen Erwägungen geht auch der BGH im vorliegenden Urteil aus: Er erinnert zu Recht daran, dass für jeden Fall des § 134 BGB zu prüfen ist, ob das Verbotsgesetz seinem Sinn und Zweck nach jedweden Verstoß ausnahmslos durch eine rückwirkende

Nichtigkeit der Klausel sanktionieren will oder einen weniger einschneidenden Interessenausgleich zulässt (Rn. 14).

Für das Preisrecht ist anerkannt, dass ein Verstoß gegen § 134 BGB nicht zur Nichtigkeit der gesamten Preisabrede führt. An die Stelle der preisrechtlich unzulässigen Vergütung tritt daher der zulässige Preis, der damit Vertragspreis ist (BGH, NJW 2008, 55 (56) Rn. 14 m. w. N.; grundlegend *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 28 ff.). Denn, was das Gesetz nicht verbietet, ist rechtmäßig und unterliegt daher nicht der Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB (BGH, NJW 2008, 55 (56) Rn. 14 m. w. N.). Entsprechendes gilt für Preisänderungsklauseln, die gegen § 134 BGB verstoßen: Kann unter Berücksichtigung des objektiven Vertragszwecks angenommen werden, dass die Parteien eine andere Preisgleitklausel gewählt hätten, die einerseits die beiderseitigen Belange wahrte und andererseits wirksam war, gilt diese Klausel als von Anfang an vereinbart. Von diesen Grundsätzen geht der BGH in ständiger Rechtsprechung zu Wertsicherungsklauseln aus, die mit § 134 BGB unvereinbar sind (BGH, NJW 1986, 932 (933) m. w. N.).

Dasselbe gilt für Preisgleitklauseln i. S. d. § 24 IV AVBFernwärmeV: Anstelle der unwirksamen Preisgleitklausel tritt die wirksame Klausel (Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 162). In Auslegung der AVBFernwärmeV ergibt sich „ein anderes“ i. S. d. § 134 BGB. Der Verordnungsgeber trägt mit der AVBFernwärmeV insbesondere dem Umstand Rechnung, dass die Fernwärmeversorgung im Vergleich zu anderen Sparten der Energieversorgung sowie im generellen Vergleich zu anderen Branchen besonders kapitalintensiv ist. Auf dieser Erwägung beruht die vergleichsweise lange Laufzeit des § 32 I AVBFernwärmeV von bis zu zehn Jahren (BR-Drs. 90/80, 59; BGH, NJW 1987, 1622 (1624)). Sie soll eine möglichst verlässliche Basis der Preiskalkulation gewährleisten. Damit korrespondiert die Möglichkeit der Preisanpassung in laufenden Verträgen durch Preisgleitformeln (BR-Drs. 90/80, 56; Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 50). Eines der Hauptanliegen der Verordnung ist also im Interesse der Versorgungssicherheit die Gewährleistung einer langfristigen Kalkulation. Diese Grundlage wird nachhaltig gestört, ginge man davon aus, dass die unwirksame Preisgleitklausel ersatzlos gestrichen und durch einen starren Preis ersetzt wird. Dies führte nämlich zu unerwünschten Ergebnissen: Der Versorger muss damit rechnen, auf Dauer zu Preisen versorgen zu müssen, die unter seinen Gestehungskosten liegen (Thomale, CuR 2014, 87 (88); Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 154). Der Kunde muss befürchten, Wärme zu einem unnötig hohen Preis beziehen zu müssen, obwohl der Preis in Anwendung der Preisgleitformel hätte sinken können. Diese Effekte hat der Verordnungsgeber gerade nicht gewollt.

Aus diesem Grund kommt es auf das Instrument der ergänzenden Vertragsauslegung nicht an. Es spielt erst dann eine Rolle, wenn der Vertrag tatsächlich eine Lücke aufweist. Dem vorgelagert ist die Frage, was die Folge eines Verstoßes gegen § 134 BGB ist. Diesen Aspekt übersieht der BGH, wenn er nach den oben skizzierten generellen Erwägungen zu § 134 BGB (Rn. 14) sogleich auf die ergänzende Vertragsauslegung eingeht (Rn. 15 ff.). Im Übrigen kann selbst im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die unwirksame Preisgleitklausel durch eine wirksame ersetzt werden. Entsprechend den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung ist im Rahmen einer objektiv-generalisierenden Abwägung ein Anpassungsmodus zu ermitteln, den die Partner eines Fernwärmeversorgungsvertrags gewählt hätten, hätten sie die Unwirksamkeit der Preisgleitklausel gekannt (Thomale, CuR 2012, 4 (6 ff.); ders., CuR 2014, 87 ff.).

In Ermittlung einer neuer Preisgleitklausel sind Parameter zu wählen, die den Vorgaben des § 24 IV AVBFernwärmeV entsprechen (Thomale, CuR 2012, 4 (10); ders., CuR 2014, 87 (88 f.); Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 161). Nach einer ähnlichen Methode verfährt der BGH im Falle unwirksamer Zinsanpassungsklauseln (BGH, NJW 2010, 1742 (1743); BGH, NJW-RR 2011, 625 (627)). Danach hat das Gericht sachlich und zeitlich präzise Parameter zu bestimmen, die die Zinsänderung vorhersehbar und kontrollierbar machen.

IV. Zweijähriger statt dreijähriger Rückblick auf das Preisniveau

Dem BGH zufolge wird die Lücke, die durch die Unwirksamkeit einer Preisgleitklausel in den Vertrag gerissen wird, gefüllt, indem der Kunde nicht geltend machen kann, dass die aufgrund der Klausel vorgenommenen Preisanpassungen unzulässig sind, wenn er sie nicht binnen drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresrechnung beanstandet hat (Rn. 15 ff.). Im Ergebnis ist also das Preisniveau maßgeblich, das sich auf Grundlage der unwirksamen Preisgleitklausel drei Jahre vor der Beanstandung gebildet hat. Damit überträgt der BGH sein Konzept, das er bereits für unwirksame Gas-Preisänderungsklauseln entwickelt hat (grundlegend BGH, NJW 2012, 1865 ff.), auch auf Fernwärme. Dem flüchtigen Leser mag dies als folgerichtig einleuchten. Doch bei näherer Betrachtung überzeugt sie nicht. Denn der BGH würdigt den besonderen Rechtsrahmen vorformulierter Fernwärmeversorgungsverträge falsch. Anders als bei Gaslieferverträgen ist nicht ein dreijähriger („t-3“), sondern ein zweijähriger Rückblick („t-2“) geboten, um das Preisniveau zu ermitteln. Denn die AVBFernwärmeV regelt insoweit etwas Besonderes (§ 21 AVBFernwärmeV). Von dieser Wertung wendet sich der BGH in rechtsmethodisch nicht zulässiger Weise ab.

Der BGH begründet sein Konzept, wonach ein Gaskunde mit Einwänden gegen die Unwirksamkeit mit Preisanpassungen nach einem Zeitraum von gerade drei Jahren ausgeschlossen ist, maßgeblich mit der Wertung des § 18 II GasGVV (BGH, NJW 2012, 1865 (1867 f.) Rn. 33). Danach können die Partner des Gasliefervertrags Abrechnungsfehler im Interesse des Rechtsfriedens binnen drei Jahren erheben. Ähnliches bestimmt § 21 II AVBFernwärmeV für Fernwärmeversorgungsverträge. Indes weicht die Vorschrift in einem wichtigen Detail ab: Sie regelt eine zweijährige Ausschlussfrist. Überträgt man die für Gasverträge entwickelten Grundsätze stringent auf Fernwärme, müsste also der Kunde binnen zwei Jahren die Unwirksamkeit der Klausel beanstanden. Diesen Befund teilen die bis zum vorliegenden Urteil ergangene Rechtsprechung und erschienene Literatur einhellig (OLG Naumburg, RdE 2014, 352 (354); Heigl, 2014, 236 (237); Thomale, CuR 2014, 87 (87); Fricke, in: Hempel/Franke, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 164).

Indes zieht der BGH diese naheliegende Konsequenz nicht. Er meint, auch für Fernwärme sei von einer dreijährigen Beanstandungsfrist auszugehen, um einen Gleichklang zu erzielen mit dem Ziel des § 18 GasGVV, dessen Ausschlussfrist zwischenzeitlich von ehemals zwei (§ 21 AVBGasV a. F.) auf drei Jahre erweitert worden ist (Rn. 26). Allein, der Verordnungsgeber hat die zweijährige Frist des § 21 II AVBFernwärmeV aus gutem Grund eingeführt. Erstens darf nicht übersehen werden, dass der Verordnungsgeber die Ausschlussfrist im beiderseitigen Interesse von Kunde und Versorger auf zwei Jahre fixiert hat (BT-Drs. 90/80, 54). Dem Verordnungsgeber war durchaus bewusst, dass dem Versorger Einnahmen entgehen können, wenn die Ausschlussfrist zu lang bemessen ist (BT-Drs. 90/80, 54). Er wollte aber in erster Linie vermeiden, dass der Kunde größeren Nach-

forderungen ausgesetzt ist, die weit in die Vergangenheit zurückreichen (BT-Drs. 90/80, 54). Der Ordnungsgeber hat also die Ausschlussfrist gerade im Interesse des Kunden bewusst kurz gewählt.

Zweitens ist der Umstand, dass der Ordnungsgeber die ehemals zweijährige Ausschlussfrist des § 21 II AVBGasV a.F. auf drei Jahre erweitert hat (§ 18 II GasGVV) für die Anwendung des § 21 II AVBFernwärmeV unerheblich. Der Ordnungsgeber hält dort nach wie vor an der zweijährigen Ausschlussfrist fest. Seit dem Jahr 2006, als er die AVBGasV unter anderem durch die GasGVV abgelöst und in diesem Zuge die ursprüngliche Ausschlussfrist verlängert hat, hat er die AVBFernwärmeV mehrfach geändert. Jedes Mal sah er keinen Anpassungsbedarf für § 21 II AVBFernwärmeV. So hat der Ordnungsgeber zunächst im Jahre 2010 Fragen der Abrechnung und Laufzeiten neuregelt (dazu *Klemm*, CuR 2010, 143 ff.; *Fricke*, in: *Hempel/Franke*, Einf. AVBFernwärmeV Rn. 55 f.). Jüngst hat er die messtechnische Regelung des § 19 AVBFernwärmeV neugefasst. Sie steht in engem Regelungszusammenhang mit der auf Messfehler gemünzten Ausschlussfrist des § 21 II AVBFernwärmeV.

Drittens ist jeder Vergleich der AVBFernwärmeV mit der GasGVV unerheblich. Der Regelungsgehalt der AVBFernwärmeV unterscheidet sich deutlich von dem der GasGVV (*Fricke*, in: *Hempel/Franke*, Einf. AVBFernwärmeV Rn. 47 ff.). Das beruht auf der Überlegung des Ordnungsgebers, dass die technisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten der Fernwärmeversorgung von denen der Strom- und Gasversorgung erheblich abweichen. Dieses Umstands war sich der BGH schon immer bewusst gewesen (BGH, NJW 1987, 1622 (1624)). Diese Einsicht scheint ihm heute jedoch nicht mehr präsent zu sein. Immerhin erkennt er, dass Wertungen der AVBFernwärmeV nicht auf die GasGVV übertragen werden dürfen (BGH, CuR 2014, 135 (136)). Gleiches gilt freilich auch umgekehrt.

Es überzeugt deshalb nicht, wenn der BGH unter Verweis auf § 18 II GasGVV die zweijährige Ausschlussfrist des § 21 II AVBFernwärmeV als irrelevant abtut. Der BGH ersetzt damit ein eindeutiges Konzept des Gesetzgebers durch ein eigenes System. Dies ist mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar (BVerfG, NJW 2011, 836 (837) Rn. 52). Das rechtsmethodisch unzulässige Vorgehen des BGH lässt sich allenfalls rechtspolitisch erklären, wenn man unterstellt, dass er dem Kunden eine Wohltat erweisen wollte: Offenbar erscheint ihm die zweijährige Frist des § 21 II AVBFernwärmeV als zu kurz, weil er glaubt, dass Fernwärmepreise stets steigen und dementsprechend das Preisniveau vor drei Jahren niedriger war als vor zwei Jahren. Damit irrt er. Wie unter II. aufgezeigt, schwankt der Fernwärmepreis in Abhängigkeit von der Entwicklung der Brennstoffpreise und Marktverhältnisse. Darum ist der Rückblick auf das Preisniveau von vor zwei Jahren dem Kunden nicht per se ungünstiger als der dreijährige Rückblick.

V. Empfehlungen für die Praxis

Steht in einem Prozess die Wirksamkeit der Fernwärme-Preisgleitklausel im Streit, sollten die Prozessparteien zur Umstellung der Klausel vortragen. Dabei empfiehlt es sich, dem Gericht geeignete Parameter zu nennen, mit dem die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Wärme als auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt anstelle des unwirksamen Parameters angemessen abgebildet werden können und dafür Beweis anzutreten.

Dr. Norman Fricke, AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V., Frankfurt a. M.

OLG Celle:

Voraussetzungen des Zurückbehaltungsrechts gem. § 17 I 2 Nr. 2 GasGVV/StromGVV

§ 17 I 2 Nr. 2 GasGVV

LEITSÄTZE:

1. Das Zurückbehaltungsrecht nach § 17 I 2 Nr. 2 GasGVV/StromGVV setzt nicht voraus, dass sich der Verbrauch im letzten Abrechnungszeitraum gegenüber dem Verbrauch in dem vorangegangenen Zeitraum verdoppelt hat. Ausreichend ist auch eine Verdoppelung in einem früheren Zeitraum gegenüber einem jeweils vorangehenden Zeitraum.
2. Der Umstand, dass ein Messgerät nach einem Austausch nicht mehr für eine Nachprüfung zur Verfügung steht, schließt den Einwand aus § 17 I 2 Nr. 2 GasGVV/StromGVV grundsätzlich nicht aus.

OLG Celle, Beschl. v. 8.9.2014 – 13 U 71/14

ZUM SACHVERHALT:

1 Die Berufung der Beklagten (Bekl.) ist aus den im Hinweisbeschluss des Senats vom 4.8.2014 aufgeführten Gründen zurückzuweisen.

2 I. Der Senat hat dort auf Folgendes hingewiesen:

3 „[...]“.

4 Das LG hat die Klage auch betreffend die Sperrung des Gaszählers mit der Nr. ... zu Recht abgewiesen, obwohl der in der Rechnung vom 7.1.2013 angegebene Verbrauch, auf die die Kl. die dargelegten Zahlungsrückstände stützt, den für den vorangegangenen Abrechnungszeitraum angegebenen Verbrauch zwar übersteigt, jedoch nicht mehr als doppelt so hoch wie dieser war.

5 1. Die Berufung verkennt, dass das LG die Abweisung der Klage betreffend die Sperrung des Gaszählers nicht auf eine Verdoppelung des Verbrauchs in dem letzten Abrechnungszeitraum sondern darauf gestützt hat, dass der angegebene Gasverbrauch in dem Abrechnungszeitraum vom 27.10.2010 bis zum 14.9.2011 (dem vorletzten Abrechnungszeitraum) „weit mehr als doppelt so hoch“ war, wie der Gasverbrauch für den vorangegangenen Abrechnungszeitraum vom 19.10.2009 bis zum 26.10.2010 (dem vorvorletzten Abrechnungszeitraum). Zur Erläuterung hat es ausgeführt, entscheidend sei die Verdoppelung des Verbrauches in dem ersten streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum; sie begründe den Verdacht, dass die Zähler nicht ordnungsgemäß funktionierten; dieser Verdacht erstreckte sich auch auf die nachfolgenden Abrechnungszeiträume (LGU 6). Diese Würdigung, die von der Berufung nicht konkret angegriffen wird, trifft zu:

6 a) Das Leistungsverweigerungsrecht nach § 17 I 1 Nr. 2 GasGVV setzt nach lit. a) u. a. voraus, dass der in „einer“ Rechnung angegebene Verbrauch ohne ersichtlichen Grund mehr als doppelt so hoch wie der vergleichbare Verbrauch im vorherigen Abrechnungszeitraum ist. Bereits der Wortlaut dieser Norm setzt daher nicht voraus, dass der für den letzten Abrechnungszeitraum angegebene Verbrauch den Verbrauch des vorherigen Abrechnungszeitraums um mehr als das Doppelte übersteigt. Ausreichend ist hiernach vielmehr auch eine Verdoppelung des Verbrauchs in früheren Zeiträumen.