



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 263/22

Verkündet am:
27. September 2023
Reiter,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AVBFernwärmeV § 4 Abs. 1, 2; § 24 Abs. 4 (in der bis zum 4. Oktober 2021 geltenden Fassung)

Zum Gestaltungsspielraum eines Fernwärmeversorgungsunternehmens bei der Ausgestaltung einer im laufenden Vertragsverhältnis einseitig für die Zukunft angepassten Preisänderungsklausel (im Anschluss an Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

BGH, Urteil vom 27. September 2023 - VIII ZR 263/22 - Kammergericht
LG Berlin

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2023 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Büniger sowie die Richter Kosziol, Dr. Schmidt, Dr. Reichelt und Messing

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kammergerichts - 5. Zivilsenat - vom 18. November 2022 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich der Feststellung, dass die in dem Schreiben der Beklagten vom 24. April 2019 enthaltene Preisanpassungsklausel des Arbeitspreises unwirksam sei, zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Im Umfang dieser Aufhebung wird auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Landgerichts Berlin - Zivilkammer 32 - vom 20. Februar 2020 teilweise abgeändert und die Klage auch insoweit abgewiesen. Die weitergehende Berufung bleibt zurückgewiesen.

Außerdem wird auf die Revision der Beklagten das vorbezeichnete Urteil des Kammergerichts aufgehoben, soweit die Beklagte auf die zweitinstanzlich erfolgte Klageerweiterung hin zur Zahlung in Höhe von 73,38 € nebst auf diesen Gesamtbetrag bezogenen Zinsen an die Kläger verurteilt worden ist und die Klage auch insoweit abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits in erster und zweiter Instanz haben die Kläger 5/6 und die Beklagte 1/6 zu tragen.

Die Kläger haben die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte ist ein Energieversorgungsunternehmen, das im Wohngebiet "Neues Schweizer Viertel" in Berlin Kunden mit Fernwärme beliefert. Sie bezieht die Fernwärme ihrerseits von der V. AG (ab 2018 umfirmiert in V. AG; nachfolgend: V. AG).

2 Die Kläger beauftragten die Beklagte auf der Grundlage eines am 14. Dezember 2007 geschlossenen (ersten) Wärmelieferungsvertrags mit zehnjähriger Laufzeit mit der Versorgung eines Gebäudes in dem vorgenannten Wohngebiet mit Fernwärme (nachfolgend auch: Erstvertrag). Die jährlichen Abrechnungen für die von den Klägern abgenommene Fernwärme erstellte die Beklagte unter Zugrundelegung der in § 8 des Wärmelieferungsvertrags enthaltenen Preisbestimmung ("Wärmepreis"), die in Absatz 1 - neben Bereitstellungs- und Messpreisen, die für das Revisionsverfahren nicht mehr von Interesse sind - als einen auf das Jahr 2000 bezogenen Basisarbeitspreis für die gelieferte Wärme in Höhe von 0,059 € pro kWh zuzüglich Mehrwertsteuer vorsah. Nach § 8 Abs. 4 des Wärmelieferungsvertrags war der Preis für die gelieferte Wärme nach Maßgabe der folgenden Vorschriften veränderlich:

"Preisänderungsklausel

[...]

Der jeweils gültige Arbeitspreis ergibt sich nach folgender Formel:

$$AP = AP_{2000} \times E/E_{2000}$$

AP der jeweils gültige Arbeitspreis gemäß vorstehender Berechnungsformel

AP₂₀₀₀ der Basisarbeitspreis

E der jeweilige Energiepreis des Fernwärmeversorgers in EUR/MWh als effektiver Fernwärmepreis

E_{2000} der Basisenergiepreis

Die Anpassung des Arbeitspreises erfolgt rückwirkend für das abzurechnende Jahr. Maßgeblich für die Anpassung sind die Veränderungen der Bezugsgrößen in dem Abrechnungszeitraum.

Bezugsjahr für alle Basisindizes ist 2000."

3

Nach Ablauf der zehnjährigen Vertragslaufzeit schlossen die Parteien am 4. Dezember 2017 / 31. Januar 2018 einen (zweiten) Wärmelieferungsvertrag mit erneut zehnjähriger Laufzeit (nachfolgend auch: Folgevertrag). Als Vertragsbeginn war der 19. Oktober 2017 vereinbart. Nach der in § 8 Abs. 1 enthaltenen Preisbestimmung ("Wärmepreis") war bezogen auf das Jahr 2010 als Basistarif ein Arbeitspreis für die gelieferte Wärme in Höhe von 0,0803 € pro kWh zuzüglich Mehrwertsteuer vorgesehen. Nach § 8 Abs. 3 des Folgevertrags war der Preis für die gelieferte Wärme nach Maßgabe der folgenden Vorschriften veränderlich:

"Preisänderungsklausel

[...]

Der jeweils gültige Arbeitspreis ergibt sich nach folgender Formel:

$$AP = AP_{2010} \times E/E_{2010}$$

AP der jeweils gültige Arbeitspreis gemäß vorstehender Berechnungsformel

AP_{2010} der Basisarbeitspreis

E der jeweilige Energiepreis des Fernwärmeversorgers in EUR/MWh als effektiver Fernwärmepreis

E_{2010} der Basisenergiepreis

Die Anpassung des Arbeitspreises erfolgt rückwirkend für das abzurechnende Jahr. Maßgeblich für die Anpassung sind die Veränderungen der Bezugsgrößen in dem Abrechnungszeitraum.

Bezugsjahr für alle Basisindizes ist 2010."

4 Durch anwaltliches Schreiben vom 15. April 2019 rügten die Kläger unter Hinweis auf eine - ebenfalls Preisänderungen bei Fernwärmelieferungen in dem besagten Wohngebiet betreffende - Entscheidung des Kammergerichts vom 10. Januar 2019 (20 U 146/17, juris) die Unwirksamkeit der jeweiligen Preisänderungsklauseln und forderten die Rückzahlung des in den Abrechnungsjahren 2015 bis 2017 aus ihrer Sicht überzahlten Wärmeentgelts.

5 Mit Schreiben vom 24. April 2019 kündigte die Beklagte ihren Endkunden und auch den Klägern folgende ab 1. Mai 2019 geltende Änderung der Preisanpassungsformel des Arbeitspreises der Wärmelieferungsverträge im Tarifgebiet "Neues Schweizer Viertel" an, die sie am 30. April 2019 auch öffentlich bekannt machte:

$$\text{"APW} = \text{APW}_0 \times (0,5 \times \text{B/B}_0 + 0,5 \times \text{BI/BI}_0)$$

Es bedeuten:

APW	Arbeitspreis, netto, des jeweiligen Abrechnungszeitraums.
APW ₀	Arbeitspreis, netto, nach Wärmelieferungsvertrag, Preisbasis 2015 (= 100 bezogen auf B ₀)
B ₀	Index des Statistischen Bundesamtes, Wärmepreisindex, Jahresdurchschnitt des Kalenderjahres, aktuell veröffentlicht als Jahresdurchschnitt 2018 (= 92,3). Der Wärmepreisindex ist im Teilindex CC13-77 des Verbraucherpreisindex der Tabelle 61111-0005, Verwendungszw. d. Individualkonsums, Sonderpositionen (68) vom Statistischen Bundesamt dargestellt* und auffindbar unter

1. Fundstelle*: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Konjunkturindikatoren/Basisdaten/Waermepreisindex>

2. Fundstelle*: Datenbank Genesis-Online: <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabellen/611>

- B Index des Statistischen Bundesamtes, ermittelt und veröffentlicht wie vor, Stand: Jahresdurchschnitt des zum Beginn des Abrechnungszeitraums laufenden Kalenderjahres.
- Bl₀ Tarif V. , "Allgemeiner Wärmepreis, Sonderzwecke nach besonderer Vereinbarung, Preisliste VG 1.1/2018", netto, veröffentlicht vom Unternehmen V. AG auf der Webseite des Unternehmens (Fundstelle: <https://waerme.v.de/media/358/download/Bekanntmachung.pdf?v=1>)
- Bl Zum Zeitpunkt des Beginns des Abrechnungszeitraums gültiger Tarif V. , "Allgemeiner Wärmepreis, Sonderzwecke nach besonderer Vereinbarung, Preisliste VG 1.1 des entsprechenden Abrechnungsjahres", netto, vom Unternehmen V. AG festgesetzt und veröffentlicht auf der Webseite des Unternehmens (Fundstelle: <https://waerme.v.de/berlin/preistransparenz/bestandsvertraege>)

Die Berechnung des im Abrechnungszeitraum jeweils anzusetzenden Arbeitspreises erfolgt, wie auch bisher, nachschüssig und zzgl. Umsatzsteuer in jeweils geltender Höhe.

* Erläuternder Hinweis zur Veröffentlichung der Fundstelle B₀ und B der vorstehenden Preisanpassungsformel: Das Statistische Bundesamt hat seine für den Verbraucherpreisindex (VPI) maßgebliche Klassifikation "Systematisches Verzeichnis der Einnahmen und Ausgaben der privaten Haushalte" (SEA) verändert und baut seine Homepage mit den einschlägigen Indexveröffentlichungen derzeit neu auf. Somit geben die o.a. Fundstellen den Stand per 12.04.2019 wieder. Sollten sich bei den Fundstellen künftig Veränderungen ergeben, berührt das den Wärmepreisindex als maßgeblichen Wärmemarktindex der Preisanpassungsformel selbst nicht. Über vom Statistischen Bundesamt aktualisierte Fundstellen werden wir unsere Kunden im Tarifgebiet informieren."

6 Die Kläger zahlten für die von ihnen abgenommene Fernwärme die ihnen von der Beklagten jährlich in Rechnung gestellten - nach Maßgabe der jeweiligen Preisänderungsklausel angepassten - Entgelte.

7 Mit ihrer Klage haben die Kläger von der Beklagten die Rückerstattung der ihrer Ansicht nach für die Jahre 2015 bis 2018 überzahlten Fernwärmeentgelte

- ausgehend von den im Vertrag genannten Basisarbeits- und Basisbereitstellungspreisen - in Höhe von insgesamt 2.004,56 € nebst Zinsen, die (Zwischen-)Feststellung der Unwirksamkeit der in § 8 Abs. 3 des Folgevertrags enthaltenen Preisänderungsklausel sowie die Feststellung begehrt, dass auch die (angepasste) Preisänderungsklausel gemäß dem Schreiben der Beklagten vom 24. April 2019 unwirksam sei.

8 Das Landgericht hat den Feststellungsbegehren vollumfänglich und dem Zahlungsbegehren in Höhe von insgesamt 279,51 € nebst Zinsen stattgegeben und im Übrigen die Klage abgewiesen.

9 Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht das erstinstanzliche Urteil - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen - dahingehend abgeändert, dass es die Zahlungsklage betreffend die Abrechnungsjahre 2015 bis 2018 vollständig abgewiesen und die Unwirksamkeit der in § 8 Abs. 3 des Folgevertrags enthaltenen (ursprünglichen) Preisänderungsklausel lediglich insoweit festgestellt hat, als sie den Arbeitspreis betrifft.

10 Auf die in der Berufungsinstanz erfolgten Klageerweiterungen, mit welcher die Kläger die Rückerstattung ihrer Ansicht nach auch für die Jahre 2019, 2020 und 2021 überzahlten Fernwärmeentgelts in Höhe weiterer insgesamt 1.129,07 € nebst Zinsen verlangt haben, hat es die Beklagte zur Zahlung eines Teilbetrags in Höhe von 73,38 € nebst Zinsen verurteilt und im Übrigen auch diese Zahlungsklage abgewiesen.

11 Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, soweit es die Unwirksamkeit der zum 1. Mai 2019 geänderten Preisanpassungsklausel zum Nachteil der Beklagten festgestellt und sie aus diesem Grund zur Rückzahlung überzahlter Arbeitskosten verurteilt hat.

12 Mit der in diesem Umfang eingelegten Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung des Begehrens auf Feststellung der Unwirksamkeit der Einbeziehung der geänderten Preisanpassungsklausel zum Arbeitspreis sowie die vollständige Abweisung der Zahlungsklage.

Entscheidungsgründe:

13 Die Revision hat Erfolg.

I.

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

15 Zu Recht begehren die Kläger die Feststellung, dass die Beklagte nicht berechtigt sei, die in ihrem Schreiben vom 24. April 2019 enthaltene, den Arbeitspreis betreffende Preisänderungsklausel durch einseitige Erklärung in den zwischen den Parteien bestehenden Wärmelieferungsvertrag einzuführen. Zwar sei ein Fernwärmeversorgungsunternehmen gemäß § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV grundsätzlich berechtigt und - soweit das Kundeninteresse dies erfordere - verpflichtet, eine von ihm gegenüber den Endkunden verwendete - von Vertragsbeginn an unwirksame oder ab einem bestimmten Zeitpunkt danach unwirksam gewordene - Preisänderungsklausel auch während des laufenden Versorgungsverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft einseitig anzupassen, wenn und soweit dadurch sichergestellt werde, dass die Klausel den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV entspreche.

- 16 Die von der Beklagten verwendete Preisanpassungsklausel sei jedoch wegen inhaltlicher Unangemessenheit nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam. Es sei willkürlich, dass die Beklagte bei der neuen Preisänderungsklausel zum einen als Bezugsjahr für den Basisarbeitspreis das Jahr 2015 wähle, zum anderen aber als Basisjahre für den Wärmepreisindex (B_0) und für den V. -Tarif (B_{I_0}) abweichend hiervon das Jahr 2018 heranziehe. Denn könnte die Beklagte den Basisarbeitspreis aus einem Bezugsjahr beliebig mit dem Basis-Wärmepreisindex und dem Basis-V. tarif aus anderen Bezugsjahren kombinieren, stünde es ihr zu Lasten der Wärmekunden frei, diese Bezugsjahre so zu wählen, dass sich ein möglichst hoher Arbeitspreis errechne. Hätte die Beklagte vorliegend für alle Basisindizes einheitlich das Jahr 2015 festgelegt, würde sich ein deutlich günstigerer Wärmepreis ergeben, weshalb die Kunden unangemessen benachteiligt würden.
- 17 Das Heranziehen unterschiedlicher zeitlicher Ausgangspunkte in der Preisanpassungsklausel spiegele entgegen § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV eine reale Kostenentwicklung nicht wider; diese lasse sich entweder nur vom Jahr 2015 oder nur vom Jahr 2018 ausgehend betrachten. Hier handele es sich jedoch um eine "algebraisch-logisch 'irreale'" oder "perplexe", in jedem Fall aber "fiktive" Entwicklung von Kosten. Zudem sei die Formel jedenfalls in ihrer Gesamtheit nicht mehr allgemein verständlich im Sinne von § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV.
- 18 Da somit die neue Preisänderungsklausel wegen inhaltlicher Unangemessenheit unwirksam sei und daher die alte, in Bezug auf den Arbeitspreis ebenfalls unwirksame Preisänderungsklausel in § 8 Abs. 3 des Folgevertrags nicht ersetzt habe, stehe den Klägern im Hinblick auf die in der Berufungsinstanz vorgenommenen zulässigen Klageerweiterungen betreffend die Abrechnungsjahre 2019

bis 2021 ein Anspruch auf Rückzahlung überhöhten Entgelts für die Wärmelieferung nur für den Zeitraum von Mai 2019 bis Dezember 2021 nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu. Insoweit sei im Streitfall der in § 8 Abs. 1 des Folgevertrags vereinbarte Arbeitspreis in Höhe von 0,0803 €/kWh netto maßgeblich. Die Beklagte hat unter Zugrundelegung der mit Schreiben vom 24. April 2019 mitgeteilten Preisänderungsklausel in diesem Zeitraum höhere Arbeitspreise von 0,0861 €/kWh netto (Mai bis Dezember 2019), 0,0856 €/kWh netto (2020) und 0,0846 €/kWh netto (2021) verlangt. Hieraus ergebe sich eine Überzahlung in Höhe von 73,38 €.

II.

19 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung, soweit sie aufgrund des beschränkten Umfangs der Revisionszulassung eröffnet ist, in entscheidenden Punkten nicht stand.

20 Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass die von der Beklagten ab 1. Mai 2019 verwendete Preisanpassungsklausel zum Arbeitspreis wegen inhaltlicher Unangemessenheit nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam sei, weil die Beklagte für verschiedene Berechnungsfaktoren des Arbeitspreises in der Klausel ohne sachlichen Grund ("willkürlich") unterschiedliche Referenzjahre gewählt habe, nämlich für den Basisarbeitspreis (APW_0) das Jahr 2015 und für das Marktelement (B_0) sowie das Kostenelement (Bl_0) jeweils das Jahr 2018.

21 Aus diesem Grund kann auch die damit zusammenhängende - den Zeitraum von Mai 2019 bis Dezember 2021 betreffende - Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung von Fernwärmeentgelt in Höhe von insgesamt 73,38 € nebst Zinsen keinen Bestand haben.

- 22 1. Zu Recht rügt die Revision, dass die von dem Berufungsgericht ausgesprochene Feststellung (§ 256 Abs. 1 ZPO), die Beklagte sei nicht berechtigt, die in ihrem Schreiben vom 24. April 2019 enthaltene Preisanpassungsklausel des Arbeitspreises in den Wärmelieferungsvertrag der Parteien vom 4. Dezember 2017 / 21. Januar 2018 einzuführen, rechtsfehlerhaft ist.
- 23 a) Ein Fernwärmeversorgungsunternehmen ist gemäß § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV berechtigt und - soweit das Kundeninteresse dies erfordert - sogar verpflichtet, eine von ihm gegenüber Endkunden verwendete - von Vertragsbeginn an unwirksame oder ab einem bestimmten Zeitpunkt danach unwirksam gewordene - Preisänderungsklausel auch während des laufenden Versorgungsverhältnisses mit Wirkung für die Zukunft einseitig anzupassen, wenn und soweit dadurch sichergestellt wird, dass die Klausel den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV entspricht. Denn nur auf diesem Wege kann die mit dieser Vorschrift bezweckte kosten- und marktorientierte Preisbemessung und damit ein angemessener Ausgleich der Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden während der gesamten Dauer des Versorgungsvertrags erreicht werden (ausführlich zum Ganzen Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 30 ff.; vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20, NJW 2022, 1944 Rn. 64 ff.; siehe auch Senatsurteil vom 28. September 2022 - VIII ZR 91/21, juris Rn. 31 mwN).
- 24 Die Vorgaben des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV führen dazu, dass diese "Heilungsmöglichkeit" des Fernwärmeversorgers nach § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV nicht in seinem Ermessen steht, sondern davon abhängt, dass - wofür das Fernwärmeversorgungsunternehmen nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweisbelastet ist - die im betreffenden Versorgungsverhältnis bislang zugrunde gelegte Preisänderungsklausel

nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam (geworden) ist, die angepasste Preisänderungsklausel unter Zugrundelegung der zum Zeitpunkt ihrer Einführung aktuellen Verhältnisse ihrerseits den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV - namentlich bezüglich Transparenz sowie Kosten- und Marktorientierung - genügt und die Änderung zudem entsprechend § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV vorab öffentlich bekanntgegeben wird (vgl. Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, aaO Rn. 63 ff.; vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20, aaO Rn. 68 ff.; vom 28. September 2022 - VIII ZR 91/21, aaO Rn. 32).

25 b) Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte nach § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV die in ihrem Schreiben vom 24. April 2019 enthaltene von ihr ab dem 1. Mai 2019 verwendete Preisanpassungsklausel - anders als das Berufungsgericht meint - wirksam in den Wärmelieferungsvertrag der Parteien vom 4. Dezember 2017 / 21. Januar 2018 eingeführt.

26 aa) Der Wärmeversorgungsvertrag der Parteien und damit auch die von den Klägern beanstandeten Preisänderungsklauseln unterfallen dem Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV (vgl. hierzu im Einzelnen Senatsurteile vom 6. Juli 2022 - VIII ZR 28/21, ZIP 2022, 2279 Rn. 21, und VIII ZR 155/21, juris Rn. 29; vom 31. August 2022 - VIII ZR 232/21, juris Rn. 27; vom 28. September 2022 - VIII ZR 358/21, juris Rn. 29; jeweils mwN). Dementsprechend ist auch die von der Beklagten ab dem 1. Mai 2019 verwendete Preisänderungsklausel an den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV in der vom 12. November 2010 bis zum 4. Oktober 2021 gültigen Fassung zu messen (vgl. Senatsurteile vom 31. August 2022 - VIII ZR 232/21, aaO; vom 28. September 2022 - VIII ZR 91/21, juris Rn. 30).

- 27 bb) Das Berufungsgericht hat vorliegend ohne Rechtsfehler angenommen, dass die ursprüngliche Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis in § 8 Abs. 3 des Folgevertrags wegen inhaltlicher Unangemessenheit nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 134 BGB unwirksam war (siehe hierzu im Einzelnen Senatsurteil vom 1. Juni 2022 - VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339 Rn. 20 ff., 27 ff. mwN; siehe auch Senatsurteil vom 16. November 2022 - VIII ZR 133/21, juris Rn. 26) und die Beklagte somit zur einseitigen Anpassung dieser Preisänderungsklausel auch während des laufenden Versorgungsverhältnisses grundsätzlich berechtigt war (vgl. Senatsurteile vom 16. November 2022 - VIII ZR 133/21, aaO Rn. 44; vom 10. Mai 2023 - VIII ZR 197/21, juris Rn. 59).
- 28 cc) Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht angenommen, dass die von der Beklagten gegenüber den Klägern und den übrigen Endkunden ab Mai 2019 verwendete und den Vorgaben des § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV entsprechend öffentlich bekanntgemachte Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis den Anforderungen des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV nicht entspreche und inhaltlich unangemessen sei, weil in der Formel einerseits der für das Jahr 2015 von der Beklagten ihren Kunden in Rechnung gestellte Basisarbeitspreis (APW_0) und andererseits als Referenzjahr für den Wärmepreisindex als Marktelement (B_0) und für den V. -Tarif als Kostenelement (B_{I_0}) jeweils das Jahr 2018 vorgesehen ist. Vielmehr entspricht die Klausel den Vorgaben des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV, da sie ein geeignetes Marktelement enthält, unmittelbar auf die Wärmebezugskosten der Beklagten Bezug nimmt und beide Parameter in ein angemessenes Verhältnis stellt.
- 29 (1) Um den gesetzlichen Anforderungen nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV zu genügen, müssen Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen so ausgestaltet sein, 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. Hierdurch soll zum einen eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet werden, zum anderen aber auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise "nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann" (BR-Drucks. 90/80, S. 56 [zu § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV aF]). Mit diesen Vorgaben wollte der Verordnungsgeber den wirtschaftlichen Bedürfnissen in der Fernwärmeversorgung Rechnung tragen und zugleich die Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden in einen angemessenen Ausgleich bringen (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131 Rn. 33; vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rn. 19 ff.; vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 44; vom 1. Juni 2022 - VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339 Rn. 28). Diesen zwei Bemessungsfaktoren weist § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV an sich den gleichen Rang zu und lässt Abstufungen nur im Rahmen der Angemessenheit zu (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, aaO Rn. 44 mwN; vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, aaO Rn. 21; vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1200 Rn. 27; vom 18. Dezember 2019 - VIII ZR 209/18, NJW 2020, 1205 Rn. 22).

30 Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Versorgungsunternehmen bei der Verwendung von Preisanpassungsklauseln ein eigener Gestaltungsspielraum zukommt, denn § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV legt die für eine Preisanpassung maßgeblichen Berechnungsfaktoren nicht selbst fest, sondern überlässt es den Versorgungsunternehmen - unter Einhaltung von Transparenzerfordernissen, Kosten- und Marktorientierung - entsprechende Preisänderungsklauseln zu entwickeln und zu verwenden. Für das Bestehen beziehungsweise die Reichweite einer diesbezüglichen Anpassungsbefugnis nach § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung

mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV im laufenden Versorgungsverhältnis ist deshalb entscheidend, ob und inwieweit dies mit den Vorgaben der AVBFernwärmeV und dabei maßgeblich mit den Anforderungen und dem Regelungszweck des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zu vereinbaren ist (Senatsurteil vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 53).

31 Die Vorgaben des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sind dabei 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 Versorgungsvertrags die Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden angemessen auszugleichen (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20, NJW 2022, 1944 Rn. 53; vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, aaO Rn. 46, 56, 62; vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rn. 35; siehe auch BR-Drucks. 90/80, S. 56).

32 (2) Diesen sich aus § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV ergebenden Anforderungen wird die von der Beklagten ab Mai 2019 verwendete Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - gerecht. Die von der Beklagten gewählte Ausgestaltung der vorbezeichneten Preisänderungsklausel bewegt sich innerhalb des ihr eröffneten Gestaltungsspielraums (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 1 b cc (2)).

33 (a) Die neue Preisanpassungsklausel berücksichtigt in angemessener Weise die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement). Nach dem Willen des Ordnungsgebers soll sich das Marktelement nicht lediglich auf

einen örtlichen oder auf das Marktsegment der Fernwärme verengten Wärmemarkt beziehen, sondern auch auf andere Energieträger erstrecken (vgl. Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 58; vom 13. Juli 2011 - VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222 Rn. 21).

34 Dem trägt die geänderte Preisanpassungsklausel mit der Anknüpfung an den Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts (B_0 und B) Rechnung. Der Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts setzt sich aus den Positionen "Betriebskosten für eine Gaszentralheizung", "Betriebskosten für eine Ölzentralheizung" sowie "Fernwärme" zusammen. Er bezieht sich damit nicht lediglich auf einen örtlichen oder auf das Marktsegment der Fernwärme verengten Wärmemarkt, sondern bildet damit den Wärmemarkt in seiner Gesamtheit hinreichend ab (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 1 b cc (2) (a)). Dies hat - insoweit rechtsfehlerfrei und unangegriffen - auch das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf das dieselbe Preisänderungsklausel betreffende Urteil des Landgerichts Berlin vom 19. Oktober 2020 (2 S 20/21, nicht veröffentlicht [Vorinstanz des Senatsurteils vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, aaO] zugrunde gelegt. Davon sind auch die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgegangen (zur Zusammensetzung des Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts vgl. auch Wessling/Stopfer, EnWZ 2022, 353, 355).

35 (b) Die neue Preisänderungsklausel enthält auch das nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV erforderliche Kostenelement.

36 (aa) Der Grundsatz der Kostenorientierung erfordert grundsätzlich, dass als Bemessungsgröße ein Indikator gewählt wird, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten

Energieträgers anknüpft. Damit soll sichergestellt werden, dass der in der Preis-anpassungsklausel eingesetzte Bezugsfaktor sich im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelt wie die konkreten Energiebezugskosten des Versorgers (vgl. Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 273/09, BGHZ 189, 131 Rn. 41; vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rn. 24; vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1200 Rn. 34 f.; vom 18. Dezember 2019 - VIII ZR 209/18, NJW 2020, 1205 Rn. 24). In Fällen, in denen ein Fernwärmeversorgungsunternehmen - wie hier - die für die Versorgung seiner Kunden eingesetzte Wärme bereits "fertig" von einem anderen Fernwärmeerzeuger bezieht, muss das Unternehmen seine gegenüber den Kunden verwendete Preisänderungsklausel so ausgestalten, dass sie die Entwicklung seiner Wärmebezugskosten, mithin die Kosten für den Einkauf der Fernwärme, angemessen berücksichtigt (Senatsurteil vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, aaO Rn. 36 bis 40; siehe auch Senatsurteil vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20, NJW 2022, 1944 Rn. 49).

37 (bb) Diesen Anforderungen genügt das in der neuen Preisänderungsklausel verwendete Kostenelement (Bl₀ und Bl). Damit werden unmittelbar die Kosten abgebildet, welche die Beklagte an ihren eigenen Energielieferanten für den Bezug der Fernwärme abführt. Dadurch, dass die Beklagte in ihrer Preisänderungsklausel die Preisentwicklung unmittelbar an eine Veränderung ihrer eigenen Bezugskosten angeknüpft hat, wird sichergestellt, dass sich die ihren Endkunden gegenüber abzurechnenden Preise stets im Verhältnis zu ihren eigenen Bezugskosten, mithin den Kosten für den Einkauf der Fernwärme, entwickeln (vgl. Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 1 b cc (2) (b) (bb)). Auch hierüber bestand unter den Parteien in der mündlichen Revisionsverhandlung kein Streit.

38 Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte hierdurch Kostensteigerungen weitergäbe, die sie unter Berücksichtigung des ihr zuzubilligenden unternehmerischen Entscheidungsspielraums ohne die Möglichkeit einer Preiserhöhung gegenüber ihren Kunden aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte (vgl. hierzu Senatsurteil vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, aaO Rn. 49), sind auch in dem hier gegebenen Fall weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

39 (c) Das Marktelement und das Kostenelement stehen durch ihre jeweils hälftige Gewichtung in der Preisänderungsformel auch in einem angemessenen Verhältnis zueinander. Anhaltspunkte dafür, dass die Gewichtung im vorliegenden Fall nicht sachgerecht sein und sich die Preise für den Wärmebezug hierdurch nicht kostenorientiert oder losgelöst vom Wärmemarkt entwickeln könnten (siehe hierzu oben unter II 1 b cc (1)), sind weder aufgezeigt noch sonst ersichtlich.

40 (3) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Preisänderungsformel im vorliegenden Einzelfall nicht deshalb unangemessen, weil für den Ausgangspreis (APW_0) einerseits und für das Markt- und Kostenelement (B_0 und Bl_0) andererseits unterschiedliche Bezugsjahre, nämlich das Jahr 2015 für den Ausgangspreis und das Jahr 2018 für das Markt- und Kostenelement, gewählt wurden.

41 (a) Die Wahl des Jahres 2018 als Bezugsjahr für das Markt- (B_0) und das Kostenelement (Bl_0) ist unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Berücksichtigung der Kostenentwicklung und der jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt nicht zu beanstanden.

42 (aa) Wie der Senat bereits entschieden hat, muss die angepasste Preisänderungsklausel unter Zugrundelegung der zum Zeitpunkt ihrer Einführung aktuellen Verhältnisse den Anforderungen der Vorschrift von § 24 Abs. 4

AVBFernwärmeV genügen (vgl. hierzu nur Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 67; vom 6. April 2022 - VIII ZR 295/20, NJW 2022, 1944 Rn. 70). Diesem Erfordernis und dem zukunftsgerichteten Zweck der Klausel entsprechend ist es in der Regel sachgerecht, Referenzjahre für das Markt- und das Kostenelement zu bestimmen, die grundsätzlich möglichst nahe an dem Zeitpunkt der Einführung der angepassten Preisänderungsklausel liegen.

43 Demgegenüber stünde einer Anknüpfung an weit zurückliegende Zeiträume für die Bestimmung der Markt- und Kostenentwicklung, mit der lediglich solche Entwicklungen aus der Vergangenheit nachgezeichnet würden, der maßgebliche Gesichtspunkt der Zukunftsgerichtetheit der Vorschriften des § 4 Abs. 1 AVBFernwärmeV ("zu den jeweiligen allgemeinen Versorgungsbedingungen") und des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV ("Kostenentwicklung"; vgl. Senatsurteil vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, aaO Rn. 68 mwN) entgegen.

44 (bb) Die von der Beklagten ab Mai 2019 verwendete Preisanpassungsklausel wird dieser Maßgabe gerecht, indem sie das unmittelbar vor der Einführung der Klausel liegende Jahr 2018 als Bezugsjahr für das Markt- (B_0) und das Kostenelement (B_{I_0}) vorsieht. Dies bewirkt, dass eine Preisveränderung ab Mai 2019 nur in dem Umfang erfolgt, wie sich die Kosten für die Bereitstellung und Erzeugung der Wärme sowie die Verhältnisse am Wärmemarkt im Vergleich zum Vorjahr verändert haben. Die aktuelle Entwicklung der Kosten und der Verhältnisse am Wärmemarkt wird auf diese Weise in dem neuen Arbeitspreis im Rahmen des dem Versorger zukommenden Gestaltungsspielraums angemessen nachgezeichnet.

45 (cc) Der Gestaltungsspielraum der Beklagten war auch nicht in der Weise verengt, dass sie zur Vermeidung einer unangemessenen Ausgestaltung der Klausel als Bezugsjahr für das Markt- und das Kostenelement das Jahr der Einführung - vorliegend das Jahr 2019 - hätte wählen müssen. Eine etwaige unzulässige rückwirkende Preiserhöhung vermag die Wahl des Jahres 2018 schon deshalb nicht auszulösen, weil die am 30. April 2019 öffentlich bekannt gemachte Preisänderungsklausel erst ab dem 1. Mai 2019 Anwendung finden sollte.

46 Die in der Rechtsprechung der Instanzgerichte teilweise vertretene gegenteilige Sichtweise (vgl. KG, Urteil vom 23. Mai 2023 - 9 U 19/20, juris Rn. 37 [beim Senat in der Revision anhängig unter VIII ZR 122/23, zuvor beim Senat anhängig gewesen unter VIII ZR 295/20]) nimmt nicht in den Blick, dass durch die Wahl des Jahres 2019 als Bezugsjahr für das Markt- und das Kostenelement nicht nur eine Preiserhöhung, sondern jegliche Preisänderung - und damit auch eine Preissenkung ab dem Wirksamwerden der Klausel für das erste Jahr ihrer Anwendbarkeit - ausgeschlossen wäre. Die Beklagte konnte zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Klausel im April 2019 jedoch nicht voraussehen, ob die maßgeblichen Parameter für das Markt- und das Kostenelement im Jahr 2019 im Vergleich zum Vorjahr 2018 zu einer Preiserhöhung oder -senkung führen würden, da jedenfalls der von dem Statistischen Bundesamt veröffentlichte Wärmepreisindex erst nach Ablauf des jeweiligen Betrachtungszeitraums, mithin erst im Jahr 2020 ermittelt wurde.

47 (b) Die Wahl des Arbeitspreises des Jahres 2015 als Ausgangspreis (APW_0) in der von der Beklagten angepassten Preisänderungsklausel ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

48 (aa) Der Ausgangspreis in der Preisänderungsformel beeinflusst - im Gegensatz zu dem Markt- und Kostenelement - nicht die künftige Entwicklung des

Wärmepreises, sondern ist vielmehr Gegenstand des durch das Markt- und Kostenelement geprägten Preisänderungsmechanismus und bestimmt maßgeblich die Höhe des für die Wärmelieferung des Fernwärmeversorgungsunternehmens von seinen Kunden jeweils geschuldeten Preises. Bei der Bestimmung dieses Ausgangspreises im hier vorliegenden Fall einer einseitigen Änderung einer Preisanpassungsklausel im laufenden Vertragsverhältnis auf der Grundlage der Vorschriften des § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV ist - anders als bei einer vertraglichen Vereinbarung des Anfangspreises (vgl. hierzu Senatsurteil vom 24. März 2010 - VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rn. 19 mwN; Hempel/Franke/Fricke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Stand: Mai 2014, § 24 AVBFernwärmeV Rn. 52, 56 f.; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl., § 433 Rn. 16) - das vom Verordnungsgeber angestrebte Ziel des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zu berücksichtigen, eine kosten- und marktorientierte Preisbemessung unter Verhinderung unangemessener Preisgestaltungsspielräume der Versorgungsunternehmen zu sichern und ein entsprechendes Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung während der gesamten Dauer des Versorgungsvertrags unter angemessenem Ausgleich der beiderseitigen Interessen zu wahren (Senatsurteile vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 46, 56, 62; vom 25. Juni 2014 - VIII ZR 344/13, BGHZ 201, 363 Rn. 35). Insofern hat ein Energieversorger in dieser besonderen Konstellation, in welcher der Ausgangspreis nicht auf einer vertraglichen Einigung zu Vertragsbeginn beruht, einen Ausgangspreis zu bestimmen, welcher den aktuellen vertraglichen Verhältnissen im Versorgungsgebiet Rechnung trägt und auf diese Weise das zwischen den Parteien ursprünglich vereinbarte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung auch in der neuen Preisänderungsklausel und damit während der gesamten Dauer des Versorgungsvertrags angemessen berücksichtigt.

49 (bb) Gemessen daran und unter Berücksichtigung des dem Fernwärmeversorger insoweit zustehenden Gestaltungsspielraums begegnet es keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass die Beklagte sich bei der Bestimmung des Ausgangspreises (APW₀) in ihrer angepassten Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis an der Dreijahreslösung des Senats orientiert hat. Die Orientierung an der Dreijahreslösung eröffnet weder unangemessene Preisgestaltungsspielräume für den Energieversorger noch wird hierdurch das vertragliche Gleichgewicht beeinträchtigt. Denn die Dreijahreslösung bezweckt gerade, das bei Vertragsschluss bestehende Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bei langfristigen Energieversorgungsverträgen über die gesamte Vertragsdauer im Gleichgewicht zu halten und ein gravierendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu vermeiden (vgl. Senatsurteile vom 14. März 2012 - VIII ZR 113/11, BGHZ 192, 372 Rn. 26 ff.; vom 15. April 2015 - VIII ZR 59/14, BGHZ 205, 43 Rn. 28; vom 28. Oktober 2015 - VIII ZR 158/11, BGHZ 207, 209 Rn. 72).

50 (aaa) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist auch bei Fernwärmelieferungsverträgen, bei denen der Kunde längere Zeit Preiserhöhungen unbeanstandet hingenommen hat und nun auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht, die infolge der Unwirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Preisänderungsklausel nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV in Verbindung mit § 134 BGB entstandene planwidrige Regelungslücke im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) dahingehend zu schließen, 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 (siehe hierzu etwa Senatsurteile vom 24. September 2014 - VIII ZR 350/13, NJW 2014, 3639 Rn. 16; vom 18. Dezember 2019 - VIII ZR 209/18, NJW 2020,

1205 Rn. 40; vom 10. März 2021 - VIII ZR 200/18, NJW-RR 2021, 626 Rn. 28 f.; vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 26; vom 1. Juni 2022 - VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339 Rn. 42 ff. [auch zur Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95, S. 29)]). Der nach der Dreijahreslösung geltende Preis tritt endgültig an die Stelle des Anfangspreises und ist rechtlich wie ein zwischen den Parteien vereinbarter Preis zu behandeln (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteile vom 5. Oktober 2016 - VIII ZR 241/15, NJW-RR 2017, 557 Rn. 31; vom 6. Juli 2022 - VIII ZR 155/21, ZNER 2022, 446 Rn. 38). Dabei sind spätere Preissenkungen dem Kunden zugute zu bringen und kann der Energieversorger anschließend Preiserhöhungen bis zur Höhe des nach der Dreijahreslösung geltenden Preises vornehmen (vgl. Senatsurteile vom 6. Juli 2022 - VIII ZR 155/21, aaO Rn. 38 f.; vom 5. Oktober 2016 - VIII ZR 241/15, NJW-RR 2017, 557 Rn. 27; vom 6. April 2016 - VIII ZR 79/15, BGHZ 209, 337 Rn. 40).

51 (bbb) Vor diesem Hintergrund ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass die Beklagte sich bei der Bestimmung des Ausgangspreises (APW₀) in ihrer ab dem 1. Mai 2019 verwendeten Preisanpassungsklausel - im Rahmen des ihr zukommenden Gestaltungsspielraums - an einem sich aus der Dreijahreslösung ergebenden Arbeitspreis orientiert hat. Denn dieser wäre ohne die Einführung einer neuen Preisänderungsklausel - auch zukünftig - von maßgeblicher Bedeutung gewesen und stellt daher im Grundsatz ein sachgerechtes Kriterium für die Bestimmung des Arbeitspreises (APW₀) in der neuen Klausel dar.

52 Der Orientierung an der Dreijahreslösung steht auch nicht der Umstand entgegen, dass in einigen Vertragsverhältnissen die jeweiligen Kunden zum Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung der geänderten Preisanpassungsklausel einen Widerspruch (noch) nicht erhoben hatten. Denn auch in diesen Fällen war

die bisherige Preisänderungsklausel unwirksam und hat den vertraglich vereinbarten Anfangspreis nicht wirksam verändert. Gleichwohl schulden die Kunden in solchen Fällen deshalb aber nicht lediglich den vertraglich vereinbarten Anfangspreis. Vielmehr käme - im Falle eines Widerspruchs des Kunden - auch in diesen Vertragsverhältnissen wegen der unwirksamen Preisanpassungsklausel zur Wahrung des bei Vertragsschluss bestehenden Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne der Dreijahreslösung zur Anwendung.

53 (ccc) Hierbei begegnet es - anders als die Revisionserwiderung meint - auch keinen revisionsrechtlich beachtlichen Bedenken, dass die Beklagte einheitlich für sämtliche von ihr mit Wärme belieferten Kunden dieselbe neue Preisänderungsklausel verwendet und damit einheitlich das Jahr 2015 für den Ausgangspreis (APW₀) zugrunde legt. Dies ist auch vor dem Hintergrund nicht zu beanstanden, dass nicht in jedem einzelnen Fall des Kundenwiderspruchs der Arbeitspreis des Jahres 2015 der nach der Dreijahreslösung maßgebliche Preis war, da die einzelnen Kunden zu unterschiedlichen Zeitpunkten den auf der Grundlage der ursprünglichen Preisanpassungsklausel gebildeten Preisen in den Abrechnungen der Beklagten widersprochen haben.

54 α) Bei einer einseitigen Änderung einer Preisänderungsklausel während laufender Vertragsverhältnisse im Wege der öffentlichen Bekanntmachung nach § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV können - worauf die Revision zu Recht hinweist - die individuellen Vertragsverhältnisse nicht in jedem Einzelfall berücksichtigt werden; vielmehr muss in gewissen Grenzen - jedenfalls hinsichtlich der Bestimmung des Ausgangspreises im Falle der Orientierung an der Dreijahreslösung - eine Pauschalierung zulässig sein, weil es sich bei der Energieversorgung - auch im Fernwärmebereich - um ein Massengeschäft handelt (Senatsurteil vom 26. Januar 2022 - VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 72). Da Preisänderungsklauseln

als Teil Allgemeiner Versorgungsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind (vgl. § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV), müssen sie so gestaltet sein, dass sie im Grundsatz auf alle gleich gelagerten Bezugsverhältnisse Anwendung finden können. Soweit mit einer solchen Pauschalierung für bestimmte Kunden gewisse Vor- oder Nachteile - wie von den Klägern in ihrem Fall geltend gemacht - verbunden sind, ist dies im Interesse der notwendigerweise vereinfachten Abwicklung des hier vorliegenden Massengeschäfts hinzunehmen, sofern nicht greifbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vom Versorger gewählte Pauschalierung einseitig der Wahrung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen dient.

55 β) Die Grenzen einer solchen zulässigen Pauschalierung bei der Bestimmung des nach der Dreijahreslösung maßgeblichen Ausgangspreises hat die Beklagte im vorliegenden Fall gewahrt, indem sie ausgehend vom Jahr 2019 den nach der Dreijahreslösung maßgeblichen Preis bestimmt hat. Sie hat insofern - wie die Revision zutreffend geltend macht - nachvollziehbar vorgetragen, dass aufgrund des Urteils des Kammergerichts vom 10. Januar 2019 (20 U 146/17, juris), in welchem die ursprüngliche Preisanpassungsklausel für unwirksam erklärt wurde, die überwiegende Zahl der Widersprüche der Fernwärmekunden im Jahr 2019 erhoben wurde und daher - abhängig vom genauen Zeitpunkt der Erhebung des Widerspruchs im Jahr 2019 - der nach Dreijahreslösung maßgebliche Preis derjenige des Jahres 2014 oder des Jahres 2015 war. Außerdem hat die Beklagte aus diesem Anlass mit Schreiben vom 24. April 2019 alle Kunden über die Unwirksamkeit der alten Preisanpassungsklausel informiert und die Einführung der neuen Klausel bekannt gegeben, was diesen ebenfalls Anlass für die Erhebung eines Widerspruchs gegen die bisherige Preisanpassung gab. Die Beklagte hat damit anhand sachlich nachvollziehbarer Kriterien einen tauglichen Zeitpunkt für die Pauschalierung bestimmt. Dass sie sich innerhalb der insofern in Betracht kommenden Arbeitspreise des Jahres 2014 (0,0838 €/kWh) und 2015

(0,0836 €/kWh) zugunsten des für die Kunden niedrigeren Preises entschieden hat, spricht zudem gegen einen von der Beklagten hierbei verfolgten Zweck, mit der Pauschalierung einseitig ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen zu wahren. Auch im Übrigen lassen sich solche greifbaren Anhaltspunkte hierfür weder den Feststellungen des Berufungsgerichts entnehmen noch sind sie sonst erkennbar.

56 γ) Soweit die Revisionserwiderung hiergegen maßgeblich darauf verweist, es hätte sich für die Kläger bei der Wahl eines jüngeren Bezugsjahres als 2015 für den Parameter APW_0 ein günstigerer Preis ergeben, verkennt sie, dass ein Fernwärmeversorger bei einer einseitigen Änderung einer Preisanpassungsklausel diese grundsätzlich nicht so auszugestalten hat, dass sich bei ihrer Anwendung für einzelne oder alle Kunden stets der denkbar günstigste Preis ergibt, sofern - wie hier - sachliche und nachvollziehbare Anknüpfungspunkte für die jeweiligen Preisänderungsparameter zur Wahrung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung gewählt wurden und nicht greifbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die vom Versorger gewählte Pauschalierung einseitig der Wahrung seiner eigenen wirtschaftlichen Interessen dient. Denn wäre der Fernwärmeversorger verpflichtet, die Preisänderungsklausel so zu gestalten, dass sie den für den einzelnen oder für alle Kunden günstigsten Preis ergibt, hätte er - anders als vom Verordnungsgeber im Grundsatz vorausgesetzt (vgl. BR-Drucks. 90/80, S. 56) - gerade keinen Spielraum bei der Gestaltung der Klausel. Mit einem solchen Gestaltungsspielraum geht indes einher, dass es verschiedene zulässige Lösungen für die Gestaltung einer Preisänderungsklausel gibt, die jeweils mit unterschiedlichen Vor- und Nachteilen für Energieversorger und einzelne Kunden verbunden sein können.

57 δ) Die Revisionserwiderung vermag auch keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken aufzuzeigen soweit sie darauf verweist, die Beklagte hätte den von ihr für das Jahr 2018 beziehungsweise in den ersten Monaten des Jahres

2019 abgerechneten Arbeitspreis in Höhe von 0,0803 €/kWh heranziehen müssen, da dieser deutlich niedriger gewesen sei als derjenige des Jahres 2015. Hierbei übersieht sie schon - worauf die Revision zutreffend hingewiesen hat -, dass die Beklagte bei dieser Abrechnung im Falle der Kläger den Arbeitspreis nicht unter Anwendung der ursprünglichen Preisanpassungsklausel bestimmt hat, da zum Zeitpunkt der Abrechnung des Jahres 2018 im Jahr 2019 deren Unwirksamkeit bereits festgestellt war. Eine Abrechnung nach der im Energieversorgungsvertrag vereinbarten Klausel hätte - nach den Ausführungen der Revision - einen Arbeitspreis in Höhe von 0,0845 €/kWh zur Folge gehabt. Vielmehr hat die Beklagte mit der Abrechnung - zugunsten der Kläger - den günstigeren Arbeitspreis des Jahres 2010 verlangt. Es kann vorliegend dahinstehen, ob auch dieser Arbeitspreis des Jahres 2010 der neuen Preisanpassungsklausel hätte zugrunde gelegt werden können. Sachliche Gründe, weshalb dieser Arbeitspreis zwingend demjenigen des Jahres 2015 vorzuziehen wäre und die Beklagte deshalb ihren Gestaltungsspielraum überschritten haben könnte, vermag auch die Revisionserwiderung nicht aufzuzeigen. Allein dass es sich um einen günstigeren Preis gehandelt hat, stellt für sich genommen noch keinen zwingenden Grund dar.

58 (cc) Dass für den Ausgangspreis (APW_0) einerseits und das Markt- (B_0) und Kostenelement (Bl_0) andererseits in der Folge unterschiedliche Bezugsjahre Anwendung finden, führt jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen noch nicht zur Unangemessenheit der Preisänderungsklausel.

59 Zwar hat der Senat für den Fall einer im Fernwärmelieferungsvertrag vereinbarten Preisanpassungsklausel ausgesprochen, dass für alle Berechnungsfaktoren in einer Preisänderungsformel grundsätzlich dieselben Basiszeitpunkte zu wählen sind (vgl. Senatsurteil vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1200 Rn. 31). Dies lässt sich nicht ohne Weiteres auf den hier gegebenen

Fall der einseitigen Einführung einer neuen Preisänderungsklausel an der Stelle einer unwirksamen Klausel übertragen. Hinsichtlich des Ausgangspreises kann es auf der Grundlage sachlich nachvollziehbarer Kriterien im Einzelfall vertretbar sein, ein von den Referenzjahren für das Markt- und Kostenelement in der Preisanpassungsformel abweichendes Basisjahr zu wählen. Solche sachlichen Gründe hat die Beklagte in der vorliegend besonderen Konstellation der einseitigen Änderung einer Preisänderungsklausel im laufenden Versorgungsverhältnis unter Hinweis auf die Dreijahreslösung des Senats zu Recht geltend gemacht. Die Grenzen ihres Gestaltungsspielraums bei der Verwendung von Preisanpassungsklauseln hat die Beklagte mit der Orientierung an diesem Ausgangspreis noch nicht überschritten.

60 Dies ist insbesondere deshalb der Fall, da mit der Orientierung an dem nach der Dreijahreslösung maßgeblichen Preis die zeitlichen Bezugspunkte der neuen Preisanpassungsklausel durch die Anknüpfung an verschiedene Jahre für den Ausgangspreis (APW_0) und für das Markt- (B_0) und Kostenelement (Bl_0) nur scheinbar auseinanderfallen. Denn das Berufungsgericht berücksichtigt mit seiner gegenteiligen Sichtweise nicht hinreichend, dass - wie bereits ausgeführt (siehe oben II 1 b cc (3) (b) (bb) (aaa)) - nach der ständigen Rechtsprechung des Senats der nach der Dreijahreslösung geltende Preis endgültig an die Stelle des Anfangspreises tritt und rechtlich wie ein zwischen den Parteien vereinbarter Preis zu behandeln ist (vgl. etwa Senatsurteile vom 5. Oktober 2016 - VIII ZR 241/15, NJW-RR 2017, 557 Rn. 31; vom 6. Juli 2022 - VIII ZR 155/21, juris Rn. 38). Dieser Preis ist damit nicht nur zu einem bestimmten Abrechnungszeitraum in der Vergangenheit maßgeblich gewesen. Vielmehr handelt es sich - bis zur Einführung einer neuen Preisanpassungsklausel - um den in dem jeweiligen Vertragsverhältnis weiterhin gültigen Preis. Durch die Bezugnahme auf den nach der Dreijahreslösung maßgeblichen Preis und das Bezugsjahr 2018 für das Markt- (B_0) und Kostenelement (Bl_0) hat die Beklagte somit bei der Gestaltung

ihrer neuen Preisänderungsklausel insgesamt an den aktuellen Verhältnissen zum Zeitpunkt der öffentlichen Bekanntmachung dieser Klausel angeknüpft.

61 Dass aufgrund der Verwendung des Bezugsjahrs 2015 für den Arbeitspreis (APW_0) einerseits und des Referenzjahres 2018 für das Kosten- (B_I) und Marktelement (B_0) andererseits die von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV geforderte angemessene Berücksichtigung der Kostenentwicklung und der Verhältnisse am Wärmemarkt bei der künftigen Anwendung der Preisanpassungsklausel nicht mehr sichergestellt wäre, hat weder das Berufungsgericht festgestellt noch wird dies von der Revisionserwiderung aufgezeigt und ist vorliegend auch sonst nicht ersichtlich.

62 dd) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht zudem angenommen, dass die neue Preisanpassungsklausel dem Transparenzgebot des § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV nicht genügt.

63 (1) Das Transparenzgebot bestimmt, dass in einer Preisanpassungsklausel die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in verständlicher Form ausgewiesen werden müssen. Damit verlangt diese Regelung, dass der Kunde den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer vom Klauselverwender vorgenommenen Erhöhung an der zu Preisänderungen ermächtigenden Klausel selbst messen kann (Senatsurteile vom 6. April 2011 - VIII ZR 66/09, WM 2011, 1042 Rn. 33 mwN; vom 19. Juli 2017 - VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1200 Rn. 21; vom 1. Juni 2022 - VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339 Rn. 21).

64 (2) Diesen Anforderungen wird die geänderte Preisanpassungsklausel gerecht. Die Art und Weise der Berechnung und der periodischen Anpassung des Arbeitspreises ist für den Kunden aus sich heraus hinreichend klar und verständ-

lich. Die in der mathematischen Formel verwendeten Parameter und ihre Bezugsjahre werden unterhalb der Formel in der Klausel erläutert. Dies genügt - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - für die Nachvollziehbarkeit der Klausel. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass die zugrundeliegenden Referenzjahre bereits in der mathematischen Formel selbst bezeichnet werden. Die maßgeblichen Indizes zur Berechnung der Preisänderung sind allgemein zugänglich, mit einer Fundstelle im Internet versehen und können auf diese Weise durch den Kunden nachvollzogen werden (siehe auch Senatsurteil vom heutigen Tage - VIII ZR 249/22, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt, unter II 1 b dd (2)).

65 c) Da somit die von der Beklagten gewählten Bezugsjahre für die Parameter APW_0 , B_0 und Bl_0 keinen rechtlichen Bedenken begegnen und die übrigen Voraussetzungen für die Änderung der Preisanpassungsklausel nach § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV vorliegen, ist die von der Beklagten ab dem 1. Mai 2019 verwendete Preisanpassungsklausel wirksam.

66 2. In Anbetracht dessen rügt die Revision ebenfalls zu Recht, dass das Berufungsgericht Rückzahlungsansprüche der Kläger wegen eines für die Abrechnungszeiträume von Mai 2019 bis Dezember 2021 überzahlten Arbeitspreises nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Höhe von insgesamt 73,38 € bejaht hat. Für diese Zeiträume hat die Beklagte den jeweiligen Abrechnungen die zum 1. Mai 2019 geänderte und nach den obigen Ausführungen wirksam in den Wärmelieferungsvertrag der Parteien eingeführte Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis zugrunde gelegt und auf dieser Grundlage den von den Klägern geschuldeten Wärmepreis berechnet. Rückzahlungsansprüche stehen ihnen somit nicht zu.

III.

67 Nach alledem kann das Berufungsurteil in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang keinen Bestand haben. Es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet insoweit in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt auf die Berufung der Beklagten zur Abänderung des Urteils des Landgerichts dahingehend, dass die auf die Unwirksamkeit der in dem Schreiben der Beklagten vom 24. April 2019 enthaltene Preis-anpassungsklausel gerichtete Feststellungsklage abzuweisen ist. Außerdem ist die in zweiter Instanz im Wege der Klageerweiterung erhobene Zahlungsklage in Höhe von 73,38 € nebst Zinsen aus diesem Betrag abzuweisen.

Dr. Büniger

Kosziol

Dr. Schmidt

Dr. Reichelt

Messing

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 20.02.2020 - 32 O 110/19 -

KG Berlin, Entscheidung vom 18.11.2022 - 5 U 33/20 -