

# Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Mittelweg 150 • 20148 Hamburg

---

Michael Günther \* (bis 31.12.2022)  
Hans-Gerd Heidel \* (bis 30.06.2020)  
Dr. Ulrich Wollenteit \*<sup>1</sup>  
Martin Hack LL.M. (Stockholm) \*<sup>1</sup>  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) \*  
Dr. Michéle John \*  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) \*  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) \*  
André Horenburg \*  
John Peters  
Victor Görlich  
Ronja Hoffmann LL.M.  
Dr. Johannes Franke

<sup>1</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
\* Partner der Partnerschaft  
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150  
20148 Hamburg  
Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99  
www.rae-guenther.de

**30.11.2023**  
00269/22 /L  
Mitarbeiterin: Birgit Westphal  
Durchwahl: 040-278494-21  
Email: westphal@rae-guenther.de

## ***Die Preisänderungsklausel in Wärmelieferverträgen nach der AVBFernwärmeV:***

### ***Aktuelle Rechtslage und mögliche Ansätze zu einer etwaigen (normativen) Weiterentwicklung***

**– eine rechtsgutachterliche Untersuchung –**

erstellt im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Berlin

vorgelegt durch:

Rechtsanwälte Günther, Hamburg  
Rechtsanwalt Dr. Dirk Legler, LL.M. (Cape Town)

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse  
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83  
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG  
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00  
BIC DRESDEFF200

GLS Bank  
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00  
BIC GENODEM1GLS

## Gliederung

A.	<i>Einführung in die Thematik</i> .....	4
B.	<i>Ziele der Untersuchung</i> .....	6
C.	<i>Darstellung der normativen Vorgaben an die Preisgestaltung bei der Wärmeversorgung</i> .....	6
I.	<i>Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV</i> .....	6
II.	<i>Abgrenzung zum Betriebs- und Heizkostenrecht</i> .....	8
III.	<i>Mögliche Preisausgestaltungsmechanismen</i> .....	9
	1. <i>Variante 1:</i> Feste Preise mit einseitigen Preisanpassungsmöglichkeiten .....	9
	2. <i>Variante 2:</i> Ausgestaltung von mathematisch wirkenden, automatischen Preisänderungsklauseln .....	15
	a)    normative Vorgaben an die Transparenz .....	17
	b)    normative Vorgaben an die Angemessenheit .....	22
	(1)    Kostenelement .....	22
	(2)    Marktelement .....	26
	(3)    Gewichtung von Kosten- und Marktelement .....	29
D.	<i>Konkrete Fragestellungen des Auftraggebers</i> .....	30
	I. <i>Fragen zur Preistransparenz</i> .....	30
	(1) Wie kann erreicht werden, dass das Kostenelement in der Preisänderungsformel die real entstehenden Kosten eines Fernwärmeversorgungsunternehmens möglichst wirklichkeits- getreu abbildet?	
	(2) Wie kann erreicht werden, dass das Marktelement in der Preisänderungsformel die tat- sächlichen Verhältnisse (Kosten, Heizungsarten, eingesetzte Brennstoffe, eingesetzte EE) auf dem Markt für Nah- und Fernwärme wirklichkeitsgetreu abbildet?	

(3)

Ist es gerechtfertigt, auf einen Index zu referenzieren, der sich am Kurzfristmarkt (Börsenpreis) orientiert, auch wenn die Lieferung des jeweiligen Brennstoffes über langfristige Bezugsverträge geregelt ist?

(4)

Wie kann die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Wärmepreisen für Verbraucher:innen darüber hinaus erhöht werden?

(5)

Welche weiteren Angaben sollten aus Gründen der Transparenz von den Fernwärmeversorgungsunternehmen veröffentlicht werden müssen, beispielsweise zu Netzverlusten und Anteil der eingesetzten Energieträger und erneuerbaren Energien?

(6)

Existieren landesrechtliche Vorgaben zur Transparenz, die sich bewährt haben und deshalb in Bundesrecht überführt werden sollten?

(7)

Wie lassen sich diese Anforderungen in einer für Fernwärmeversorgungsunternehmen praktikablen Form in der AVBFernwärmeV umsetzen?

## *II. Fragen zum Verhältnis von Kosten- und Marktelement ..... 53*

(1)

Was ist unter einem angemessenen Verhältnis zwischen Kosten- und Marktelement zu verstehen?

(2)

Sollte es für das Verhältnis zwischen Kosten- und Marktelement eine allgemeingültige Regelung geben, oder ist davon auszugehen, dass ein angemessenes Verhältnis von Netz zu Netz unterschiedlich ist?

## *III. Fragen zur Abbildung klimaneutraler Wärmeerzeugungstechnologien in Preisänderungsklauseln ..... 55*

(1)

Wie können die laufenden Kosten eines Fernwärmeversorgungsunternehmens bei der Wärmeerzeugung von Technologien, die nach allgemeinem Verständnis als klimaneutral gelten, realistisch transparent und praxisnah in den Preisänderungsklauseln abgebildet werden?

(2)

Sollten bei Technologien, die so gut wie keine laufenden Kosten erzeugen, die Investitionskosten (auch) über den Arbeitspreis der Wärme gewälzt werden können, oder weiterhin nur über den Grundpreis?

## *E. Schlussfolgerungen ..... 60*

## A. Einführung in die Thematik

Die teils erheblichen Energiepreisanstiege der letzten Jahre haben nicht nur im Strom- und Gasbereich, sondern auch im Bereich der Fernwärmeversorgung für Turbulenzen gesorgt. Spätestens seit der Ukraine-Krise und dessen Auswirkungen auf die Erdgasbeschaffung in Deutschland kommt es immer wieder zu Preisanstiegen auf dem Energiemarkt. Von diesen Preisanstiegen sind die Versorgungsunternehmen selbst in ihrem (internationalen) Brennstoffeinkauf massiv betroffen.

Auch für die nächsten Jahre werden aus verschiedenen Gründen im Energiesektor weitere Preisanstiege erwartet. Zuvörderst lässt die jährlich immer weiter sich kontinuierlich erhöhende Bepreisung der Treibhausgasemissionen (d.h. die so genannte „CO<sub>2</sub>-Bepreisung“) erwarten, dass der Preis für fossile Brennstoffe in den nächsten Jahren immer weiter ansteigen wird. Auch die Erweiterung des europäischen Emissionshandels auf den Gebäudesektor ab dem Jahr 2027 wird aller Wahrscheinlichkeit nach zu weiteren Preisanstiegen gerade der fossilen Primärenergien führen. Durch die neuen ordnungs- und klimaschutzrechtlich strengeren Vorgaben des in 2023 umfassend novellierten Gebäudeenergiegesetzes (GEG) in Kombination mit dem neuen Wärmeplanungsgesetz (WPG) ist zudem nun auch im Wärmemarkt eine vermehrte Nachfrage nach nicht-fossilen Energieträgern zu erwarten. Das ist nach dem Klimaschutzgesetz (KSG) auch verlangt, lässt aber gleichfalls auch im Bereich der Endkundenwärmeversorgung Preisveränderungen erwarten. Schließlich soll durch die nun auch vom Bundesgesetzgeber angestoßene kommunale Wärmeplanung – mit dem Ziel einer immer weiter ansteigenden Dekarbonisierung der Wärmeversorgung – auch der Ausbau der Fernwärme stark forciert werden. Spätestens nach Ablauf der entsprechenden Übergangsfristen – d.h. ab Mitte 2026 (in Kommunen mit mehr als 100.000 Einwohnern) bzw. Mitte 2028 (in Kommunen mit weniger als 100.000 Einwohnern) – dürfte es daher dazu kommen, dass es auch immer mehr Fernwärmeanschlussnutzungsverhältnisse in vermieteten Bestandsgebäuden geben wird. Spätestens dann dürften Fernwärmetarife immer mehr zum Gegenstand miet- und betriebskostenrechtlicher Auseinandersetzungen werden.<sup>1</sup>

Diese erwartete Zunahme an Fernwärmelieferverhältnissen in Kombination mit den ebenfalls für die Zukunft erwarteten Preisanstiegen – nicht nur der Endkundenpreise im Gas- und Strom-, sondern (dem folgend) auch im Fernwärmesektor – war für den Auftraggeber dieser Untersuchung Auslöser und Anlass, die vorliegende rechtswissenschaftliche Untersuchung in Auftrag zu geben. Denn: Wenn die Fernwärmeversorger diese Preisanstiege an ihre Fernwärmekunden weitergeben, stellt sich das aus Verbraucher- und Kundensicht oftmals als sehr intransparent und nicht nachvollziehbar dar.

---

<sup>1</sup> Die sich in diesem Zusammenhang bei der erstmaligen Umstellung von vermieteterseitsiger Eigenversorgung auf die gewerbliche Wärmelieferung stellenden Fragen zur so genannten Kostenneutralität sind indes nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung (vgl. dazu die freilich einem dringenden Novellierungsbedarf unterliegenden Vorgaben aus § 556c BGB und aus der Wärmelieferverordnung).

Betrachtet man den Strom- und den Gassektor, agieren die Versorger in der Regel mit einseitigen Preisankündigungen (so genannten Preisblättern), aus denen sich jeweils der neu gültige Preis ergibt. Dieses einseitige, versorgerseitige Vorgehen eröffnet aus Kundensicht juristisch die so genannte Billigkeits- oder Angemessenheitskontrolle nach § 315 BGB: Der Kunde kann die Gerichte anrufen und durch sie prüfen lassen, ob der einseitig neu festgesetzte Gas- oder Strompreis angemessen ist. Notfalls kann das Gericht dabei den Preis sogar auf das gerichtsseitig als angemessen angenommene Niveau herabsetzen.

Ganz anders ist indes die Rechtslage im Wärmemarkt, der – wie bereits aufgezeigt – aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen (aus insbes. dem novellierten GEG und dem neuen WPG) in Zukunft vor einem erheblichen Wachstum steht. Denn während im Strom- und Gassektor eine Trennung von Liefer- und Netzbetrieb besteht und man sich als Kunde seinen Lieferanten frei auswählen kann (und der Netzbetreiber jedem Lieferanten sein Netz gegen regulierte Netzentgelte diskriminierungsfrei zur Verfügung stellen muss), sind Fernwärmenetze solchermaßen nicht liberalisiert. Fernwärmenetze sind außerdem örtlich und regional sehr begrenzt und insbesondere nicht bundesweit miteinander verbunden. Sie sind in technischer Hinsicht auch wesentlich aufwändiger als Strom- und Gasnetze. Im Fernwärmebereich muss ein Versorger demzufolge gerade zu Vertragsbeginn hohe Investitionen tätigen und zwar nicht nur in die Wärmeerzeugungsanlagen, sondern eben auch in die komplexen Wärmenetzinfrastrukturen. Fernwärmeversorger sind daher auf langfristige Versorgungsverträge mit ihren Wärmekunden angewiesen. Es ist deswegen auch üblich und entspricht dem geltenden Recht, dass im Fernwärmebereich langfristige Verträge abgeschlossen werden (vgl. § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV<sup>2</sup> mit der dort geregelten maximalen Erstlaufzeit von 10 Jahren). Weil bei solchen langfristigen Vertragsbindungen keine unveränderten Preise belassen werden können, agieren die Wärmeversorgungsunternehmen in der Regel mit so genannten automatischen Preisanpassungs- bzw. Preisänderungsklauseln. Dies sind mehr oder weniger komplexe mathematische Formeln, die die Wärmepreisentwicklung an bestimmte Preisänderungsfaktoren, wie z.B. vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Indices, anknüpfen: ändern sich diese Faktoren, dann ändert sich automatisch auch der Wärmepreis entsprechend. Umgesetzt wird dies dabei mit den jeweiligen monatlichen oder meist jährlichen Abrechnungen, in denen die Anwendung dieses automatischen Preisanpassungsmechanismus seitens des Versorgers auch zu erläutern ist. Das ist mathematisch eindeutig, aber oftmals kompliziert, zumal die Preisanpassungsformeln vielfach auch länger und unübersichtlicher sind (weil etwa an mehrere Faktoren mit je unterschiedlichen Gewichtungen angeknüpft wird).

---

<sup>2</sup> das ist die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20.06.1980 (BGBl. I S.742) zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 13.07.2022, BGBl. I S.1134.

Rechtlich müssen solche Klauseln dem in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV näher konkretisierten Transparenz- und Angemessenheitsmaßstab genügen, was eine gewisse Auslegungsoffenheit ermöglicht. Die Rechtsprechung hat demzufolge gerade in jüngerer Zeit eine Vielzahl von solchen Preisänderungsklauseln geprüft. Insbesondere der Bundesgerichtshof (BGH) hat zu Preisänderungsklauseln, die als allgemeine Versorgungsbedingungen seitens der Wärmelieferanten den Kunden einseitig vorgegeben wurden, seit dem Jahre 2011 bis heute eine Vielzahl von Entscheidungen gefällt. Diese sind teilweise widersprüchlich und oft unterschiedlich interpretierbar. Der Verbraucher sieht sich dementsprechend oftmals in einer schwierigen Situation, in der er vielfach gar nicht selbst beurteilen kann, ob sich die Wärmepreise seines Wärmeversorgers noch im rechtlichen zulässigen Rahmen bewegen.

## **B. Ziele der Untersuchung**

Die vorliegende Darstellung hat als Erstes zum Ziel, einen auch dem Laien verständlichen Überblick über die aktuelle Rechtslage zum Wärmepreisanpassungsrecht – unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung – zu geben, um ggf. nach dessen Lektüre selbst anhand der aufgezeigten Kriterien besser beurteilen zu können, ob eine Preisänderungsklausel rechtlich wirksam ist oder nicht.

Zweites Ziel der Untersuchung ist es aber auch, aufbauend auf dieser solchermaßen dargestellten Rechtslage zum Wärmepreisanpassungsrecht normative Vorschläge für eine mögliche Verbesserung dieser komplexen Rechtslage zu entwickeln. Dies können dann z.B. auch konkrete Änderungsvorschläge für eine Novelle der AVBFernwärmeV bzw. des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sein. Diese Änderungsvorschläge sollen hierbei sowohl auf die Sicht der Verbraucherinnen und Verbraucher, als auch der Wärmelieferanten eingehen, um dem Markt in Deutschland eine ausgewogene, planbare und verlässliche Lösung zu bieten. Letzteres dient insbesondere dem Ziel, den Ausbau neuer Wärme-, Gebäude- und/oder Quartiersnetze zu erleichtern und damit zur Dekarbonisierung der Wärmeversorgung beizutragen.

## **C. Darstellung der normativen Vorgaben an die Preisgestaltung bei der Wärmeversorgung**

### ***I. Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV***

Im Bereich der Endkundenversorgung außerhalb des Industriesektors richtet sich die Beurteilung von Rechtsfragen über die Fernwärmelieferung grundsätzlich nach der AVBFernwärmeV.<sup>3</sup> Denn diese ist gemäß § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV

---

<sup>3</sup> also der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme, vgl. dazu bereits Fußnote 2. Die Ausnahme für den Industriesektor findet sich in § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV. Nach dem Zweck dieser Norm soll damit aber nur der Fall erfasst werden, in dem das Industrieunternehmen mit Prozesswärme, o. ä. beliefert wird. Bei der Belieferung mit Prozesswärme bestehen andere Anforderun-

grundsätzlich immer dann zwingend Vertragsbestandteil eines Wärmeversorgungsvertrages, wenn das Wärmeversorgungsunternehmen den Wärmelieferungsvertrag mit dem Kunden unter Verwendung von Vertragsmustern abschließt, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und zur mehrfachen Verwendung beabsichtigt sind (d.h. unter Verwendung so genannter allgemeiner Versorgungsbedingungen, kurz: AVB).

Zwar gibt es für die Wärmeversorger nach § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV und nach den Grundätzen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (d.h. dem so genannten AGB-Recht) auch die Möglichkeit, abweichende Individualabreden<sup>4</sup> oder auch abweichende AVB<sup>5</sup> mit den Endkunden zu vereinbaren. Diese Möglichkeit wird aber zumeist im Massenkundengeschäft mit Fernwärmeendkunden nicht ergriffen und soll daher im Rahmen dieser Stellungnahme auftragsgemäß nicht weiter betrachtet werden.

Auch ist zu beachten, dass es für die Frage der Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV nicht auf die Entfernung des kundenseitigen Wärmeanschlusses vom Heizwerk ankommt. Vielmehr gilt die AVBFernwärmeV für alle Fälle der Wärmelieferung, d.h. auch unabhängig davon, ob diese als Nah-, Objekt-, Quartiers- oder Direktwärmelieferung bezeichnet wird. Jedenfalls handelt es sich dann um Fernwärme i.S.d. AVBFernwärmeV, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird<sup>6</sup> oder wenn in gleicher Konstellation die Heizungsanlage zwar nur vom Gebäudeeigentümer gepachtet ist, der Kunde aber von den notwendigen Investitionen in diese Anlage entlastet wird.<sup>7</sup>

Auch wenn der Wärmelieferant die von ihm an seinen Endkunden gelieferte Wärme nicht selbst erzeugt, sondern nur „zugekaufte Wärme“ weiterverkauft, handelt es sich ebenfalls um Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV. Tragendes Element für eine Versorgung i.S.d. AVBFernwärmeV ist nach der Rechtsprechung nämlich nicht die eigene Erzeugung dieser Wärme, sondern lediglich der Umstand, dass der Versorger andere mit Wärme versorgt.<sup>8</sup> Auch reine „Weiterleitungsfälle“, in denen der Verkäufer (Lieferant) die seinem Käufer (Endkunden) verkaufte Wärme nicht selbst erzeugt, sondern von einem Dritten zukaufte, fallen daher in der Regel in den Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV.

---

gen als bei der Versorgung mit Wärme zur Raumheizung. Es ist daher davon auszugehen, dass die AVBFernwärmeV auch dann anwendbar ist, wenn ein Industrieunternehmen mit solcher Wärme beliefert wird, die ausschließlich der Raumheizung (und nicht Produktionsprozessen) dient.

<sup>4</sup> vgl. § 305 Abs. 1, S. 3 und § 305b BGB.

<sup>5</sup> d.h. allgemeine Versorgungsbedingungen, die von den §§ 2 - 34 AVBFernwärmeV abweichen, und die aber zugleich die Anforderungen des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) einhalten.

<sup>6</sup> vgl. dazu nur das Urteil des BGH vom 25.10.1989, Az: VIII ZR 229/88, veröffentlicht u.a. in: WuM 1990, 33, 35.

<sup>7</sup> vgl. dazu Näheres in: BGH, Urteil 21.12.2011, Az: VIII ZR 262/09.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 15.02.2006, Az. VIII ZR 138/05.

Nach alledem fällt bei Verwendung im Massenkundengeschäft gegenüber Wärmeendkunden in der Regel der Wärmelieferungsvertrag immer in den Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV.

## **II. Abgrenzung zum Heizkosten- und Betriebskostenrecht**

In Gebäuden, die neben oder statt dem/der Eigentümer:in auch von mehreren Nutzenden genutzt werden und die möglicherweise auch an Dritte vermietet sind (vermietete Häuser), sind darüber hinaus die Rechtsverhältnisse genau zu betrachten und zu trennen:

Liegt der eher ausnahmsweise anzutreffende Fall einer so genannten **Direkt-Wärmeversorgung** vor, so besteht ein Wärmeliefervertrag direkt mit der Nutzerin bzw. dem Nutzer der Räume/Gebäudeteile oder auch den Mietenden. Nur in diesem Ausnahmefall ist dann der Endkunde des Wärmeliefervertrages tatsächlich derjenige, der die Wärme als Nutzer:in bzw. Mieter:in der Räume endverbraucht. Nur hier besteht das Wärmeliefervertragsverhältnis nämlich direkt mit dieser/diesem Nutzer:in und nur hier kann letztere/letzterer aus der AVBFernwärmeV mithin direkt gegenüber dem Wärmelieferanten Rechte geltend machen (und sich im Verhältnis zum Fernwärmelieferanten etwaig auf Unwirksamkeiten von Preiserhöhungen nach der AVBFernwärmeV berufen).

Liegt hingegen der eher „klassische“, weil viel häufigere, Fall der **zentralen Wärmeversorgung** vor, bei der der/die Gebäudeeigentümer:in (und Vermieter:in) den Wärmelieferungsvertrag mit dem Fernwärmeversorger selbst abschließt und die Wärme zunächst selbst bezieht/einkauft, so ist diese/dieser Gebäudeeigentümer:in anschließend für eine ordnungsgemäße Unterverteilung der entsprechenden Fernwärmebezugskosten an die Nutzenden in ihrem/seinem Gebäude selbst zuständig. Die Maßstäbe für diese Unterverteilung – und das Verhältnis zum die Wärme Nutzenden – richten sich dann nach der Heizkostenverordnung und der Betriebskostenverordnung sowie dem CO<sub>2</sub>-Kosten-Aufteilungsgesetz. Sie richten sich im Verhältnis zur Nutzer:in/Mieter:in hingegen nicht nach der AVBFernwärmeV. Der/die solchermaßen über seine/ihre Vermieter:in mit Wärme versorgte Nutzer:in kann demzufolge Rechte auch „nur“ gegen seine/ihre Vermieter:in, nicht gegen den Fernwärmelieferanten geltend machen, weil er/sie mit diesem gar keinen Fernwärmeliefervertrag hat.

Eine „Preiskontrolle“ des Nutzers/Mieters nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV scheidet vor diesem Hintergrund in diesen „klassischen“ Fällen der vermietetseitigen Wärmeversorgung von vornherein aus. Die Mietenden können hier allenfalls über das mietrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot – und im Falle dessen, dass sie zuvor zunächst von der Vermieter:in selbst mit Wärme versorgt wurden und diese:r im laufenden Mietverhältnis sodann erstmals auf die gewerbliche Wärmelieferung umgestellt hat – auch über § 556c BGB und die Wärmelieferverordnung Rechte gegen ihre Vermieter:in herleiten.

### **III. Mögliche Preisausgestaltungsmechanismen**

Was das Wärmelieferverhältnis zwischen dem Fernwärmeversorger und dem Fernwärmekunden angeht, so sind zwei Formen der Preisgestaltung auch im Wärmebereich denkbar, die daher im Folgenden zunächst kurz dargestellt werden (und auch miteinander kombiniert werden könnten).

*Variante 1: Feste Preise mit einseitigen Preisanpassungsmöglichkeiten des Versorgers (Preisblatt); Konsequenz: Preiskontrolle nach § 315 BGB*

Die erste Möglichkeit besteht darin, bei Vertragsabschluss einen festen Wärmepreis zu vereinbaren und zugleich im Vertrag eine Möglichkeit vorzusehen, dass der Fernwärmeversorger während der Vertragslaufzeit jederzeit einseitig seine Wärmepreise anpassen kann.

Für den Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV – also, wie dargestellt, in der Regel im so genannten Massenkundengeschäft – hat der Bundesgerichtshof indes im Jahre 2022 entschieden, dass eine solche Möglichkeit dem Fernwärmelieferanten – anders als bis heute unverändert dem Gas- und Stromversorger – gar nicht mehr offen steht.<sup>9</sup>

Diese Möglichkeit, die als Kehrseite des einseitigen, versorgereitigen Preisanpassungsrecht dem Kunden eine umfassende, so genannte Angemessenheits- oder Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB in Bezug auf den neu festgesetzten Wärmepreis eröffnete, scheidet im Massenkundengeschäft, bei denen die Fernwärmelieferverträge als Vertragsmuster den Endkunden angeboten werden, mithin auf Basis des geltenden Rechts nunmehr angesichts dieser neuen Rechtsprechung des BGH aus.<sup>10</sup>

Anders ist dies indes im Bereich der Wasserversorgung – und auch bei der Versorgung mit Strom und Gas: bei der Wasserversorgung z.B. ist anerkannt, dass § 4

---

<sup>9</sup> BGH, Urteile vom 26.01.2022, VIII ZR 175/19, Rn. 31, und vom 06.04.2022, VIII ZR 295/20, Rn. 65.

<sup>10</sup> bis zu den in Fußnote 9 zitierten Entscheidungen des BGH gab es gerichtliche Auffassungen, nach denen ein einseitiges Preisanpassungsrecht der Fernwärmeversorger auf Grundlage der § 4 Abs. 1 und 2 AVBFernwärmeV bejaht wurde, vgl. LG Würzburg, Urteil vom 29.01.2019, Az: 3 S 1994/17; LG Nürnberg-Fürth vom 22.05.2013, Az. 3 O 4143/12; OLG Rostock, 23.04.2013, Az. 4 U 79/11; siehe zu dem Streit auch: Herrmann/Recknagel/Schmidt-Salzer, Kommentar zur AVBFernwärmeV, Band II (1984), S. 973, Rn. 30; Witzel/Topp, Kommentar zur AVBFernwärmeV (1997), S. 78 und 190; Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2, 116. AL, Mai 2014, § 4 Rn. 16; Wollenschläger, in: Dannebald/Theobald, § 4 AVBFernwärmeV, RN 6; Dibbern/Wollenschläger, in: CuR 2011, 148, 150; Hack, Energie-Contracting (2012), S. 44.

Abs. 2 AVBWasserV<sup>11</sup> den Wasserlieferanten nicht nur zur Anpassung seiner Versorgungsbedingungen berechtigt, sondern unmittelbar auch zu einseitigen Preisänderungen.<sup>12</sup> Die Verordnungsbegründung der AVBWasserV betont dabei, dass sich nach § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBWasserV „grundsätzlich auch Preisänderungen ohne entsprechende Kündigung der laufenden Verträge nach öffentlicher Bekanntgabe vollziehen können“.<sup>13</sup>

Der Wortlaut des § 4 Abs. 2 AVBWasserV ist indes in der Tat auch etwas ausführlicher als § 4 Abs. 1 und Abs. 2 AVBFernwärmeV. Im Zuge einer etwaigen Anpassung der AVBFernwärmeV wäre daher zu erwägen, durch Anpassung der § 4 Abs. 1 bzw. 2 AVBFernwärmeV eine solche Möglichkeit auch bei der Wärme (wieder) vorzusehen. Dies würde im Interesse von Wirtschaftlichkeit, Preisgünstigkeit und Versorgungssicherheit auch dem Fernwärmeversorger eine Alternative zur komplexen Aufgabe der Gestaltung rechtswirksamer Preisanpassungsformeln bieten – und zwar auch und gerade in laufenden Wärmelieferverhältnissen bei einer andernfalls dort gebotenen komplexen Umgestaltung einer schon bestehenden Preisänderungsklausel. Durch eine solche Schaffung einer Preisanpassungsmöglichkeit auch in der AVBFernwärmeV wäre zudem eine Alternative zur komplexen Aufgabe der Gestaltung von transparenten Preisanpassungsformeln vorhanden, von der der Wärmelieferant zum Beispiel in dem Fall Gebrauch machen könnte/müsste, wenn er einen Energieträgerwechsel erwartet oder einen solchen Wechsel des Energieträgers (Brennstoffes) aufgrund etwa der Dekarbonisierungsvorgaben nach GEG (und WPG) im laufenden Wärmeliefervertrag vornehmen muss.

Aus Kundensicht wäre dieses einseitige Preisanpassungsrecht – wie aus dem Strom- und Gassektor bekannt – wiederum mindestens mit einem Recht auf eine umfassende Angemessenheits- und Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB zu flankieren, auch wenn ein solches Kontrollrecht bei der Fernwärme – anders als bei Strom- und Gas – nicht mit der Möglichkeit einherginge, ohne großen Investitionsaufwand zu einem anderen Versorger zu wechseln. Freilich darf auch der Fernwärmekunde gegenüber einseitigen Preisänderungen seines Versorgers selbstverständlich nicht vollkommen schutzlos sein. Vielmehr darf der Fernwärmeversorger die Preise nur in den Grenzen billigen Ermessens anpassen (§ 315 Abs. 1 BGB), was sodann auch einer vollen gerichtlichen Kontrolle unterliegt und immerhin – auch wenn es nicht die Möglichkeit des Versorgerwechsels eröffnet – eine Preiskontrolle auf angemessene Preise ermöglicht.

---

<sup>11</sup> d.h. die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 750; 1067), die zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 11. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist.

<sup>12</sup> Zenke/Wollschläger/Eder, Energiepreise, Kapitel 7, Fernwärmeversorgung, A.II, Rn. 23 (juris).

<sup>13</sup> vgl. BR-Drucks. 196/80, S. 37.

Anders als im Gas- oder Strombereich kommt es dabei bei der Fernwärmeversorgung aber auch nicht nur darauf an, lediglich gestiegene Gestehungskosten an die Kunden weiterzugeben, die nicht durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen wieder ausgeglichen werden können.<sup>14</sup> Stattdessen hat nämlich der Verordnungsgeber der AVBFernwärmeV besonderen Wert darauf gelegt, dass sich die Fernwärmepreisgestaltung nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann.<sup>15</sup> Es wäre dementsprechend bei der Ermessensausübung – und dessen gerichtlicher Kontrolle – zusätzlich die Preisentwicklung der übrigen Energieträger für die Wärmeversorgung in den Blick zu nehmen und bei einer Angemessenheits- oder Billigkeitskontrolle des neuen Wärmepreises somit quasi die Marktentwicklung mit zu berücksichtigen.

Schließlich wäre auch eine im Zuge einer solchen einseitigen (Ausgangs-)Preis Anpassung etwaig mitveränderte (neue) Preisänderungsklausel zusätzlich an § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zu messen. Eine solche Klausel dürfte wiederum auch nur dann wirksam (mit)angepasst werden, wenn die bestehende Wärmepreisänderungsklausel ihrerseits unwirksam wäre bzw. – in dem Beispielsfalle – bei einem Energieträgerwechsel zuvor unwirksam geworden war (dazu sogleich nochmals ausführlicher).

Vorbild für eine mögliche *Neuausgestaltung eines neuen, einseitigen Preis Anpassungsrechts in einer novellierten AVBFernwärmeV* könnte eine Orientierung an dem Wortlaut von § 5 Strom/GasGVV<sup>16</sup> und aber auch § 4 Abs. 2 AVBWasserV etwa wie folgt sein, indem man die bestehende Regelung (ein Satz) in § 4 Abs. 2 durch folgende Änderungen in § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV ergänzt/ersetzt:

***Vorschlag für einen neuen § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV:***

*„(2) Das Fernwärmeversorgungsunternehmen kann seine Preise einseitig durch neue Preisfestsetzungen (Änderungen der Preise) oder nach Maßgabe des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV durch Preisänderungsklauseln anpassen. Änderungen der allgemeinen Versorgungsbedingungen einschließlich der Preise werden erst nach öffentlicher Bekanntgabe wirksam.*

*Einseitige Änderungen der Preise werden jeweils zum Monatsbeginn und erst mindestens sechs Wochen nach der Bekanntgabe über die beabsichtigten Änderungen wirksam und unterliegen der Billigkeitskontrolle nach § 315 Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches.*

---

<sup>14</sup> vgl. dazu für den Gasbereich etwa BGH, Urteil vom 13. 6. 2007, Az: VIII ZR 36/06, Rn. 122 ff.

<sup>15</sup> vgl. dazu BR-Drucks. 90/80, S. 56 und sogleich unter Ziffer III. 2.b) (2) noch ausführlicher.

<sup>16</sup> d.h. die Stromgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2512) geändert worden ist und die Gasgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391, 2396), die zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2512) geändert worden ist.

*Das Fernwärmeversorgungsunternehmen ist verpflichtet, zu den beabsichtigten Änderungen der Preise und der allgemeinen Versorgungsbedingungen zeitgleich mit der öffentlichen Bekanntgabe eine briefliche Mitteilung an den Kunden zu versenden und die Änderungen auf seiner Internetseite zu veröffentlichen; hierbei hat es den Umfang, den Anlass und die Voraussetzungen der Änderung sowie die Abrechnungsinformationen einschließlich Verbrauchsinformationen nach den §§ 4 und 5 der Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung in übersichtlicher Form anzugeben.“*

[Änderungen in kursiv]

Aus dem bereits vorzitierten Urteil des BGH vom 26.01.2022<sup>17</sup> folgt dabei auch, dass nach der Auffassung des BGH ein solches einseitiges Anpassungsrecht auch mit den Vorgaben der so genannten Klausel-Richtlinie<sup>18</sup> zu vereinbaren wäre. Grund dafür ist, dass sich dabei nämlich dann um eine sich unmittelbar aus den Vorschriften der AVBFernwärmeV ergebende Befugnis des Fernwärmeversorgers zur einseitigen Anpassung handeln würde und dass eine solche sich direkt aus der AVBFernwärmeV folgende Befugnis ihrerseits nicht den Bestimmungen der Klausel-Richtlinie unterliegt.<sup>19</sup>

Artikel 1 Absatz 2 der Klausel-Richtlinie nimmt Vertragsklauseln, die auf bindenden Rechtsvorschriften beruhen, in der Tat vom Anwendungsbereich aus. Insofern verstößt ein solches in einer AVBFernwärmeV etwaig künftig verankertes, einseitiges Preisanpassungsrecht auch dann nicht gegen die Klausel-Richtlinie, wenn es bei Vornahme einer solchen einseitigen Preisanpassung entgegen Art. 3 Abs. 3 Klausel-Richtlinie in Verbindung mit Ziffer 1. lit. 1) des Anhangs zur Klausel-Richtlinie<sup>20</sup> keine Kündigungsmöglichkeit für den Kunden eröffnet.

Eine solche Kündigungsmöglichkeit besteht auch im Falle einer Anpassung einer Preisänderungsklausel nicht.<sup>21</sup> Vor dem Hintergrund der Höhe des Investitionsbedarfs, die zur Sicherstellung wirtschaftlicher Preise eine Langfristigkeit der Fernwärmeversorgung erfordert, erscheint eine Kündigungsmöglichkeit im Rahmen einer einseitigen Preisanpassung – mit dem dabei vollständig gerichtlich kontrollier-

---

<sup>17</sup> Az: VIII ZR 175/19; veröffentlicht auch in: BGHZ 232, 312-344.

<sup>18</sup> d.h. der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. EG Nr. L 95, S. 29); im Folgenden: Klausel-Richtlinie).

<sup>19</sup> BGH, aaO, Rn. 79 (juris) unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 Klausel-Richtlinie und Lange, Änderung von Preisänderungsklauseln, 2021, S. 61 f.

<sup>20</sup> Nr. 1 lit. 1) des Anhangs zur Klausel-Richtlinie lautet: „Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass (...) der Verkäufer einer Ware oder der Erbringer einer Dienstleistung den Preis zum Zeitpunkt der Lieferung festsetzen oder erhöhen kann, ohne daß der Verbraucher in beiden Fällen ein entsprechendes Recht hat, vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Endpreis im Verhältnis zu dem Preis, der bei Vertragsabschluss vereinbart wurde, zu hoch ist.“

<sup>21</sup> Damit ist bei der Wärmeversorgung die Rechtslage anders als im Strom- und Gasbereich, wo nach § 41 Abs. 5, Satz 3 EnWG ein solches Kündigungsrecht im Falle der Preisanpassung zu gewähren ist.

baren Angemessenheitserfordernis (§ 315 BGB) – auch nicht interessengerecht oder zielführend.<sup>22</sup> Auch der BGH hat daher zuletzt immer wieder die „hohe Kostenintensität insbesondere bezüglich der Errichtung der Anlage und des Verteilungsnetzes“ sowie die „Langfristigkeit der Versorgungsverhältnisse“ betont und als Rechtfertigung für Preisanpassungsrechte angeführt.<sup>23</sup> Fernwärmeversorgungsverträge sind eben anders als Strom- und Gaslieferverträge langfristig und ihre Wärmepreise müssen aufgrund des „Nicht-Unbundlings“ des Wärmesektors auch die Netzinfrastrukturen enthalten. Die Investition des Fernwärmeversorgers in Anlagen und Netz wird über die langfristige Zahlung eines monatlichen/jährlichen Grund- oder Leistungspreises refinanziert. Das funktioniert wirtschaftlich für beide Seiten nur, wenn der Kunde langfristig an den Vertrag gebunden bleibt.

Das OLG München hat dies einmal in einem Verfahren, in dem die Fernwärmeversorgerin Klägerin war, so ausgedrückt:

*„(...) Erst wenn sich der Wärmelieferant auf eine langfristige Bindung einrichten kann, ist ihm die Möglichkeit gegeben, die Versorgung in einer für ihn rentablen und deshalb auch für die Abnehmer gesicherten Weise vorzunehmen. Sowohl erhebliche Investitions- als auch entsprechende laufende Unterhaltungskosten erfordern eine überschaubare Kalkulation. Nur wenn in Form einer gewissen Dauerbindung der Abnehmer die ständige Deckung der laufenden Unterhaltungskosten garantiert ist, kann der Wärmelieferant die stetige Sicherung der Wärmeversorgung der Abnehmer auch gewährleisten. Erst die Garantie eines dauernden bzw. länger bestehenden Anschlusses einer gewissen Anzahl von Eigentümern oder Mietern ermöglicht der Klägerin überhaupt eine rationelle Wärmeherzeugung, wie sie gerade derzeit energiepolitisch anzustreben ist. Auch die Eingliederung des Beklagten in die Abnehmergemeinschaft, deren Fortbestand für das Funktionieren der Einrichtung unerlässlich ist, rechtfertigt eine zeitlich länger andauernde Abnahmepflicht. Gerade innerhalb eines zahlenmäßig eingeschränkten Abnehmerkreises, wie er hier gegeben ist, könnte eine rentable und auch aus der Sicht der Klägerin vernünftige Versorgung durch nach Gutdünken einzelner oder weniger Abnehmer ausgesprochene kurzfristige Kündigungen in Frage gestellt sein. Nicht zuletzt auch im Interesse der Gesamtversorgung auch anderer Abnehmerkreise und dem insgesamt hohen Investitionsaufwand der Klägerin ist es ihr berechtigtes und energiepolitisch sogar wünschenswertes Anliegen, sich ihre Kalkulationsgrundlage langfristig zu erhalten und sich auf eine breite Basis zahlreicher Abnehmerpflichtiger gestellt zu sehen. (...)“<sup>24</sup>*

---

<sup>22</sup> Denn die Einräumung einer solchen Kündigungsmöglichkeit würde als Kehrseite zwangsläufig eine Erhöhung des neuen Preises bedeuten müssen (Risikoaufschlag, keine Investitionssicherheit, etc.).

<sup>23</sup> Zitate aus BGH, 26.01.22, VIII ZR 175/19; Rn. 40.

<sup>24</sup> Zitat aus: OLG München, Urteil vom 26.09.1980, Az: 19 U 1514/80, in: OLGZ 1982, 192, 194.

Lange<sup>25</sup> hat darauf fußend folgende Überlegung angestellt:

*„Wenn die Abnehmer der Fernwärme nur für einen kurzen Zeitraum zur Abnahme verpflichtet werden könnten, wäre eine rentable und vernünftige Fernwärmever-sorgung der übrigen an das Versorgungsnetz angeschlossenen Kunden in Frage gestellt. Denn die Wirtschaftlichkeit hinge von den nach dem Gutdünken einzelner Abnehmer ausgesprochenen Kündigungen ab, zumal sich Neukunden in den zu-meist kleineren Versorgungsnetzen nicht einfach finden ließen. Nicht zuletzt auch im Interesse der Gesamtversorgung aller Abnehmer im Versorgungsnetz ist es be-rechtigt und energiepolitisch wünschenswert Anliegen, dass die Fernwärme-versorgungsunternehmen ihre Kalkulationsgrundlagen langfristig erhalten und auf eine breite Basis zahlreicher Abnahmepflichtiger stellen können.“*

Aus Sicht des Europarechts normiert dementsprechend die Erneuerbare-Energien-Richtlinie<sup>26</sup> in ihrem Artikel 24 Abs. 2, dass dann, wenn man dem Kunden ein Kündigungsrecht einräumen würde (hier: im Falle eines Wechsels auf erneuerbare Eigenversorgung), dieses wie folgt mit einer dann bestehenden Entschädigungs-zahlung zugunsten des Wärmeversorgers auszugestalten wäre:

*„Ist eine Vertragskündigung mit einer physischen Abkopplung verbunden, so kann sie an die Bedingung geknüpft werden, dass für die unmittelbar durch die physi-sche Abkopplung verursachten Kosten und den nicht abgeschriebenen Teil der Vermögenswerte, die für die Wärme- und Kälteversorgung des betreffenden Kun-den erforderlich waren, ein Ausgleich gezahlt wird.“<sup>27</sup>*

Aus Art. 3 Abs. 3 und Art. 5 S. 1 der Klausel-Richtlinie folgt letztlich, dass der Anlass und der Modus der Änderung des Preises so transparent darstellt werden sollte, dass der Verbraucher die etwaigen Änderungen dieser Entgelte anhand klarer und verständlicher Kriterien vorhersehen kann. Das wiederum erfordert eine klare und verständliche Information über die grundlegenden Voraussetzungen der Ausübung eines solchen Änderungsrechts. Deshalb sind diese Pflichten aus der Klausel-Richtlinie (vgl. insbesondere dessen Anhang) in den obigen Formulie-rungsvorschlag aufgenommen, sodass dem Fernwärmekunden, der sich einer da-rauf basierenden Preisänderung ausgesetzt sieht, ein auch auf diese Vorgaben aus der Klausel-Richtlinie gerichtetes umfassendes Kontrollrecht auch in Bezug auf

---

<sup>25</sup> Lange, Die kartellrechtliche Zulässigkeit der Laufzeiten von Wärmelieferverträgen (2019), S. 52.

<sup>26</sup> d.h. die RICHTLINIE (EU) 2023/2413 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, ABl. vom 31.10.2023, 1 ff.

<sup>27</sup> Zitat aus Artikel 24 Abs. 2 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU. Vgl. auch Artikel 24 Abs. 3 dieser Richtlinie: „Die Mitgliedstaaten können das Recht, sich durch Kündigung oder Änderung des Ver-trags abzukoppeln, nach Absatz 2 auf die Kunden beschränken, die belegen können, dass die geplante alternative Lösung für die Wärme- bzw. Kälteversorgung zu wesentlich besseren Ergebnissen bei der Gesamtenergieeffizienz führt. Die Bewertung der Gesamtenergieeffizienz der alternativen Lösung kann anhand des Ausweises über die Gesamtenergieeffizienz erfolgen.“

die Art und Weise der tatsächlichen Durchführung einer darauf gestützten Preisanpassung offen stünde.

Ohne eine solche Änderung der AVBFernwärmeV bliebe der Fernwärmeversorgerin im Falle der Notwendigkeit zur einseitigen Anpassung des Wärmepreises und nicht nur der Preisänderungsformel (dazu sogleich) – nur die Möglichkeit der einvernehmlichen vertraglichen Änderung nach Maßgabe der §§ 145 ff. BGB (durch Angebot und Annahme) oder mithilfe der so genannten Änderungskündigung, d.h. der Kündigung des laufenden Wärmeliefervertrages bei Angebotsunterbreitung eines neuen (mit dem neuen Preis versehenen) Wärmeliefervertrages. Der Fernwärmekunde hätte dann die Möglichkeit, dieses neue Fernwärmeliefervertragsangebot (mit dem neuen Preis) nicht anzunehmen, die Fernwärmeversorgung wäre dann beendet und es müsste eine andere Form der Versorgung mit Raumwärme (und Warmwasser) erfolgen, was unter Umständen kostenintensiver für den Wärmekunden würde.

*Variante 2: Ausgestaltung von mathematisch wirkenden automatischen Preisänderungsklauseln (vor dem Hintergrund von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV)*

Neben der Möglichkeit einer einseitigen Preisanpassung durch den Fernwärmeversorger gibt es auch die Möglichkeit, bereits bei Vertragsabschluss einen Preisanpassungsmechanismus zu vereinbaren. Dieser Anpassungsmechanismus wirkt dann immer automatisch preisanpassend, ohne dass eine der beiden Vertragsparteien die Preisanpassung erwirken muss oder auch nur einseitig ändern könnte.

Diese Form der „automatischen Preisanpassung“ ist nach dem Preisklauselgesetz grundsätzlich verboten,<sup>28</sup> in Wärmelieferverträgen nach § 1 Abs. 3 Preisklauselgesetz jedoch explizit ausnahmsweise zulässig.<sup>29</sup> Sie wird zumeist mittels mathematischer Formeln vereinbart, so genannten Preisanpassungsformeln oder auch Preisänderungsklauseln. Hier ein Beispiel:

Für die Wärmelieferung werden Entgelte für die Vorhaltung der Wärmeerzeugungsanlage (Grundpreis) und für jede gelieferte Kilowattstunde Wärme (Arbeitspreis) vereinbart und abgerechnet. Die Entgelte sind veränderlich. Das Arbeitsentgelt ist das Produkt aus der verbrauchten Wärmemenge und dem jeweils geltenden Arbeitspreis. Der Arbeitspreis pro Jahr (AP) ergibt sich nach folgender Formel:

---

<sup>28</sup> § 1 Abs. 1 Preisklauselgesetz lautet: „Der Betrag von Geldschulden darf nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind.“

<sup>29</sup> § 1 Abs. 3 Preisklauselgesetz lautet: „Die Vorschriften über (...) die Zulässigkeit von Preisklauseln in Wärmelieferungsverträgen nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme bleiben unberührt.“

$$AP = \text{___ €/kWh} * (0,5 * K/K_0 + 0,5 * M/M_0)$$

Gegen die Nutzung von solchen mathematischen Klauseln bei der Preisanpassung des Wärmelieferentgelts bestehen in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich keine Bedenken. Solche Klauseln sind als mathematisch zwingend greifende Preisänderungsklauseln indes eindeutig und für den Verbraucher bzw. Wärmekunden verständlich zu formulieren. Wichtig ist zudem, dass sie dem Fernwärmeversorger keinen Ermessenspielraum hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ ihrer Anwendung eröffnen dürfen. Sie müssen vielmehr – insb. bei Senkungen – mathematisch zwingend greifen.<sup>30</sup> Eine Preisanpassungsklausel muss insofern neutral ausgestaltet sein. Eine rechtskonforme Ausgestaltung wäre danach neben der obigen Formulierung („ergibt sich aus“) zum Beispiel auch:

*„Der Arbeitspreis der Wärme ändert sich nach Maßgabe folgender Formel: ...“*

Der Ordnungsgeber der AVBFernwärmeV hat es so ausgedrückt:

*„Die Langfristigkeit der Versorgungsverträge macht es erforderlich, daß sich notwendige Preisanpassungen im Rahmen von Preisänderungsklauseln, d. h. ohne Kündigung der Vertragsverhältnisse vollziehen können. Absatz 3 schreibt die Kriterien vor, die in Preisgleitklauseln berücksichtigt werden müssen. Sie tragen sowohl der Zielsetzung kostenorientierter Fernwärmepreise als auch dem Umstand Rechnung, daß sich die Fernwärmepreisgestaltung nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann.“*

*Im Rahmen der kartellbehördlichen Aufsicht wird darauf geachtet, daß die Fernwärmeversorgungsunternehmen Preisgestaltungsspielräume nicht mißbräuchlich ausschöpfen.“<sup>31</sup>*

Kehrseite des automatischen Preisanpassungsmechanismus ist, dass – anders als beim einseitigen Preisanpassungsrecht des Versorgers (gemäß der vorstehend erläuterten Variante 1) – eine umfassende Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB insofern gerade nicht besteht. Stattdessen gilt im Anwendungsbereich der AVB FernwärmeV dessen heutiger § 24 Abs. 4 Satz 1 als Kontrollmaßstab: Dieser schreibt exakt vor, dass Preisänderungsklauseln nur so ausgestaltet sein dürfen, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen, als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen.

Der Gesetz- und Ordnungsgeber hat sich im Bereich der Fernwärmeversorgung mithin (anders als bei der Gas- und Strom- sowie auch Wasserversorgung) für eine Kombination aus einem so genannten Kosten- und einem so genannten Markt-

---

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 14.07.10, Az: VIII ZR 326/08; BGH, Urteil vom 27.01.10, Az: VIII ZR 326/08.

<sup>31</sup> Zitat aus BR-Drs. 90/80 vom 12. 2. 1980, S. 32 ff.; u.a. abgedruckt in und hier zitiert aus: Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für die Fernwärme (1997), S. 255 f.

element entschieden.<sup>32</sup> Hierbei stellt er zudem Anforderungen an die Transparenz (im Folgenden unter a) und die Angemessenheit (im Folgenden unter b) in Bezug auf die Ausgestaltung solcher Preisanpassungsklauseln.

Weil es im Wärmelieferbereich üblich – wenn auch nicht zwingend gesetzlich gefordert – ist, das Wärmelieferergelt zumindest zwischen einerseits einem Grund- oder auch Leistungs- bzw. Bereitstellungspreis und andererseits einem Arbeitspreis (gelegentlich auch noch zusätzlich einem Messpreis) aufzuteilen, werden im Folgenden auch zumindest für diese beiden unterschiedlichen Entgelte in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung die jeweiligen Preisänderungsklauseln getrennt behandelt und jeweils separat auf ihre Wirksamkeit untersucht.

Wichtigster Unterschied ist dabei, dass mit dem Grund- oder Leistungs- bzw. Bereitstellungspreis verbrauchsunabhängige Kosten geltend gemacht werden (d.h. Kosten für die Anlagenvorhaltung (also Investitionen in die Anlage, Wartung, Reparatur, Überwachung, etc.) und mit dem Arbeitspreis die verbrauchsabhängigen Kosten (wie insbesondere die Energieträger- bzw. Brennstoffkosten). Diese unterschiedliche Ausgangslage bedingt auch einen unterschiedlichen Kontrollmaßstab für beide Preisanpassungsklauseln.

#### *a) normative Vorgaben an die Transparenz*

§ 24 Absatz 4 Satz 2 AVBFernwärmeV verlangt in Bezug auf die Transparenz, dass Preisänderungsklauseln „die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen“ müssen.

Das ist zunächst einmal ein sehr weiter Maßstab, der relativ unbestimmt formuliert ist. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat diesen Transparenzmaßstab aber immer weiter konkretisiert, wie im Folgenden dargestellt sei.

Eine Klausel zu einer Preisänderungsklausel des Arbeitspreises (AP), die der BGH einmal in einem Fall der überwiegend gasbasierten Fernwärmeversorgung zu prüfen hatte, lautete zum Beispiel:

$$AP = AP_0 * (0,5 * + 0,2 * ---- + 0,3 * fEG)$$

Diese Preisänderungsklausel des Fernwärmelieferanten hat der BGH wegen Verstoßes gegen die vorgenannten Transparenzanforderungen für unwirksam erklärt. Aus Transparenzgründen Anstoß nahm der BGH dabei an dem Preisänderungs-

---

<sup>32</sup> § 24 Abs. 3 AVBWasserV lautet z.B.: „Preisänderungsklauseln sind kostennah auszugestalten. Sie dürfen die Änderung der Preise nur von solchen Berechnungsfaktoren abhängig machen, die der Beschaffung und Bereitstellung des Wassers zuzurechnen sind. Die Berechnungsfaktoren müssen vollständig und in allgemein verständlicher Form ausgewiesen werden.“

faktor „fEG“ aus dieser Formel. Grund dafür war, dass dieser Faktor in dem streitgegenständlichen Wärmeliefervertrag lediglich wie folgt vom Versorger definiert wurde:

*„fEG = jeweiliger Preisänderungsfaktor im Gasbezug der ... [Klägerin] gegenüber dem Stand zum 01.01.97 - er wird anhand der Bestimmungen in dem Gasbezugsvertrag der ... [Klägerin] ermittelt und vom Vorlieferanten (z.Z. B. Erdgas und Erdöl GmbH) der ... [Klägerin] mitgeteilt.“*

Der Versorger hatte damit zur Berücksichtigung der Kostenentwicklung beim Erdgasbezug auf einen variablen Preisänderungsfaktor abgestellt, dessen Berechnungsweise er aber für den Kunden überhaupt nicht erkennbar machte und auch nicht erläuterte. Das hielt der BGH für unwirksam wegen Verstoß gegen die Transparenzanforderungen aus § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV.<sup>33</sup>

Der BGH führte dabei zur Begründung wörtlich wie folgt aus:

*„Die von der Klägerin verwendete Preisanpassungsklausel wird aber deswegen nicht den in § 24 Absatz 3 Satz 2 AVBFernwärmeV aF aufgestellten Transparenzanforderungen gerecht, weil die Formel zur Berechnung der Preisänderungen einen mit 30 % zu Buche schlagenden Faktor "fEG" vorsieht, der nicht hinreichend beschrieben wird. Es wird zwar angegeben, dass es sich bei diesem Bemessungsfaktor um den "jeweiligen Preisänderungsfaktor im Gasbezug" der Klägerin handeln soll. Jedoch lässt sich weder der Preisberechnungsformel selbst noch den sie ergänzenden Angaben entnehmen, wie diese Bezugsgröße ermittelt wird und aus welchen Komponenten sie sich ihrerseits zusammensetzt. Es findet sich lediglich die Erläuterung, dass dieser Preisänderungsfaktor "anhand der Bestimmungen in dem Gasbezugsvertrag [der Klägerin] ermittelt und vom Vorlieferanten der [Klägerin] mitgeteilt wird" und dass sein Basiswert 1,0000 zum Stand 1. Januar 1997 beträgt. Da dem Kunden die Berechnungsweise nicht offen gelegt wird, ist er letztlich darauf angewiesen, die Angaben der Klägerin zur Höhe des jeweils in Ansatz gebrachten "fEG"-Faktors ungeprüft zu übernehmen. Er kann nicht nachvollziehen, in welchem Umfang und über welche Zeitspanne hinweg Änderungen bei den Preisen im Gasbezug der Klägerin in die Ermittlung des Faktors "fEG" einfließen, denn es fehlen jegliche Angaben dazu, auf welche Weise, etwa durch Verwendung einer bestimmten mathematischen Formel oder durch Bildung eines Mittelwerts, der jeweilige "fEG"-Faktor vom Vorlieferanten der Klägerin ermittelt wird.“<sup>34</sup>*

In dieser Entscheidung aus dem Jahre 2011 hatte der BGH mithin bereits klargestellt, dass eine Preisanpassungsklausel den in § 24 Absatz 3 Satz 2 AVB FernwärmeV alte Fassung (= § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV der aktuellen Fassung) aufgestellten Transparenzanforderungen dann nicht mehr gerecht wird, wenn sich weder der Preisberechnungsformel selbst, noch den sie ergänzenden Angaben entnehmen lässt, wie diese Bezugsgröße ermittelt wird und aus welchen Komponenten sie sich ihrerseits zusammensetzt. Es verstößt danach z.B. bereits

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 66/09, veröffentlicht u.a. in: CuR 2011, 80 - 87.

<sup>34</sup> Zitat aus BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 66/09, Rn. 35.

gegen das Transparenzgebot, wenn die maßgeblichen Berechnungsfaktoren der Preisänderungsklausel nicht vollständig und in allgemein verständlicher Form ausgewiesen werden.

Noch weiter ausdifferenziert hat der BGH diese Auffassung im Jahre 2022 mit seiner Entscheidung vom 01.06.2022<sup>35</sup>, in der es um folgende Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis (AP) der Wärme ging:

$$AP = AP_{2000} * E/E_{2000}$$

Hierbei stellen AP<sub>2000</sub> und E<sub>2000</sub> jeweils die Basispreisniveaus des hier Ausgangslieferjahres 2000 dar. Und der Änderungsfaktor „E“ wurde dabei wie folgt definiert:

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

Der BGH<sup>36</sup> meinte dazu – im Gegensatz zur gerichtlichen Vorinstanz – in Bezug auf das Transparenzerfordernis aus § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV:

*„Hierdurch wird die Transparenz der Preisanpassungsbestimmung jedoch nicht in Frage gestellt. Denn ihr Regelungsgehalt - die Art und Weise der Berechnung und der periodischen Anpassung des Arbeitspreises - ist für den Kunden aus sich heraus hinreichend klar und verständlich (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2010 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 178/08, BGHZ 185, Seite 96 Rn. 17, und BGH Aktenzeichen VIII ZR 304/08, NJW 2010, Seite 2793 Rn. 23; vom 14. Mai 2014 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 114/13, BGHZ 201, Seite 230 Rn. 13 jeweils zu § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB; vom 19. Juli 2017 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, Seite 1200 Rn. 22). Aus der Klausel und ihren Erläuterungen ergibt sich, dass sich der für das abzurechnende Jahr rückwirkend zugrunde zu legende Arbeitspreis (AP) gegenüber dem Arbeitspreis des gewählten Basisjahres 2000 (AP2000) im gleichen Verhältnis erhöht oder senkt, in dem sich der für das betreffende Jahr von der Beklagten ihrerseits an den Vorlieferanten für den Wärmebezug zu leistende Energiepreis (E) gegenüber dem Energiebezugspreis des Basisjahres 2000 (E2000) verändert hat.*

*Der Umstand, dass aus der Wahl eines derartigen Parameters grundsätzlich die Notwendigkeit folgt, dem Kunden - wie vorliegend im Rahmen der Jahresabrechnungen jeweils geschehen - spätestens mit Vornahme der Preisanpassungen auf Verlangen Auskunft und gegebenenfalls Nachweis über die jeweiligen Wärmebezugskosten des Energieversorgers zu erteilen, berührt nicht die Transparenz einer solchen Klausel. Denn diese Angaben dienen nicht dazu, die Wirksamkeit der Klausel nach § 24 Absatz 4 AVBFernwärmeV als solche zu beurteilen, sondern*

<sup>35</sup> Az des BGH: VIII ZR 287/20. Der Sachverhalt dieser Entscheidung lag vielen weiteren Urteilen des BGH aus 2022 und 2023 zugrunde, u.a. BGH, Urteil vom 6. Juli 2022, Az: VIII ZR 28/21 und Urteil vom 21.12.2022, VIII ZR 78/22.

<sup>36</sup> Zitat aus Rn. 23 ff. in BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az: VIII ZR 287/20.

*erfüllen allein den Zweck, die vom Versorger unter Berufung auf die betreffende Anpassungsklausel vorgenommene Preisänderung auf ihre Berechtigung zu überprüfen.*

*Auch eine Erläuterung der - im Lauf einer langfristigen Versorgungsbeziehung erwartbar Änderungen unterworfenen - Zusammensetzung des Bezugspreises, also insbesondere der diesem seinerseits zugrunde liegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen (wie etwa Preisänderungsklauseln) oder auch die namentliche Bezeichnung des Bezugslieferanten, gebietet das Transparenzgebot in § 24 Absatz 4 Satz 2 AVBFernwärmeV nicht (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2010 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 178/08, aaO, und BGH Aktenzeichen VIII ZR 304/08, aaO [jeweils zu § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB]). Diese Gesichtspunkte können allenfalls für die Prüfung der inhaltlichen Angemessenheit der Preisänderungsklausel von Bedeutung sein (siehe etwa Senatsurteil vom 19. Juli 2017 - BGH Aktenzeichen VIII ZR 268/15, aaO Rn. 32 ff.).“*

Nach alledem ist erkennbar, dass der BGH dem Endkunden der Fernwärme im Rahmen des Anwendungsbereichs der AVBFernwärmeV durchaus gewisse mathematische Grundkenntnisse abverlangt und auch etwas komplexere Formeln als hinreichend transparent erachtet. Auch muss nicht jeder Berechnungsfaktor öffentlich einsehbar sein. Nutzt der Wärmeversorger indes einen nicht öffentlich einsehbaren Änderungsfaktor, dann muss er diesen erläutern und, wie der BGH in der vorzitierten Passage als ausreichend erachtet, spätestens rückwirkend im Rahmen der Jahresabrechnung (also mit der Vornahme der Preisanpassungen) auf Verlangen des Kunden Auskunft und gegebenenfalls Nachweis über die jeweilig behauptete Kostenentwicklung des Berechnungsfaktors erbringen. Außerdem muss der Änderungsfaktor hinreichend beschrieben werden: Voraussetzung ist, dass der Kunde den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen aus der Formulierung der Klausel erkennen und die Berechtigung einer vom Klauselverwender (= Fernwärmeversorger) vorgenommenen Erhöhung an der zu Preisänderungen ermächtigenden Klausel selbst messen kann.<sup>37</sup> Dem Kunden muss der Preisänderungsfaktor allgemeinverständlich beschrieben werden, damit er die realistische Möglichkeit hat, etwaige Preiserhöhungen anhand der Klausel auf ihre Berechtigung zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund kann aus Transparenzgründen zum Beispiel durchaus auch ein Index des Statistischen Bundesamtes zur Abbildung auch der Kostenentwicklung des Fernwärmeunternehmens in einer Preisanpassungsklausel genutzt werden. So hat der BGH ebenfalls bereits im Jahre 2011 den so genannten „HEL“, also den Preis für leichtes Heizöl, jedenfalls zur Wahrung der Transparenzanforderungen als hinreichend angesehen und eine Klausel mit ihm auch grundsätzlich

---

<sup>37</sup> ständige Rechtsprechung des BGH seit Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 66/09. Rn. 33. Ebenso: BGH, 19. Juli 2017, VIII ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1200 Rn. 21; BGH, 1. Juni 2022, VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339 Rn. 21; BGH, 27. September 2023, Az. VIII ZR 263/22, Rn. 63.

als wirksam bejaht, wenn dieser Index zugleich dem Angemessenheitserfordernis genügt.<sup>38</sup> Der „HEL“ war dabei wie folgt definiert worden, ohne dass der BGH hierin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot gesehen hat:

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

Hieraus ist zu schlussfolgern, dass der BGH meint, dem Fernwärmekunden sei zwar nicht zumutbar, etwa von dem Versorger kompliziert verschachtelten Links zu folgen, dass es ihm aber durchaus zumutbar sei, ohne Weiteres aus der Klausel im Vertrag und aus diesen erläuternden Angaben im Internet (wie z.B. der Internetseite des Statistischen Bundesamtes) nachzuvollziehen, wie nun im jeweiligen Preisanpassungsmoment der jeweils aktuelle Wert des Preisanpassungsfaktors in der Preisänderungsklausel einzusetzen ist. Nach der Rechtsprechung ist dabei auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen, d.h. den so genannten Durchschnittskunden.<sup>39</sup>

In seinen beiden Urteilen vom 27. September 2023<sup>40</sup> hat der BGH zudem erst jüngst sein Verständnis des Transparenzgebots noch wie folgt weiter konkretisiert:

*„(...) 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.“*

Dementsprechend hat der BGH in seinen beiden bereits zitierten Urteilen vom 27. September 2023 zum Beispiel folgende Index-Bezeichnung nebst Erläuterung im Vertrag als dem Transparenzgebot genügend akzeptiert:

---

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az. 273/09, Rn. 41.

<sup>39</sup> vgl. nur BGH, 03.12.2015, VII ZR 100/15.

<sup>40</sup> zu den Az: VIII ZR 249/22 und Az: VIII ZR 263/22, aus dessen Rn. 64 stammt auch das folgende Zitat.

„ $B_0$  = 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>

\* Erläuternder Hinweis zur Veröffentlichung der Fundstelle  $B_0$  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.“

Freilich kann – wenn diesen Anforderungen nicht genügt wird – eine Preisänderungsklausel bereits aufgrund eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot nichtig sein und ein Herausgabeanspruch des Fernwärmekunden in Bezug auf einen auf seine solche Klausel gestützten Wärmepreis durchaus bereits allein deswegen begründet sein (d.h. auch ohne nähere Betrachtung der Angemessenheit des gewählten Preisanpassungsfaktors). Denn eine bereits nicht hinreichend dem Transparenzgebot genügende Anpassungsformel kann *a priori* gar nicht wirksam sein.

#### *b) normative Vorgaben an die Angemessenheit*

Neben diesen Transparenzvorgaben muss eine Preisänderungsklausel nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV auch dem darin geforderten Angemessenheitsmaßstab genügen: Dieser schreibt vor, dass Preisänderungsklauseln nur dann hinreichend angemessen sind, wenn sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen (das ist das so genannte Kostenelement), als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (das ist das so genannte Marktelement) angemessen berücksichtigen.

##### *(1) Kostenelement*

Der BGH hatte zumeist Preisänderungsklauseln zum Arbeitspreis auf ihre Angemessenheit zu prüfen, seltener auch zum Grundpreis. Wie ein Fernwärmeversorger „die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung“ seiner Fernwärme im Arbeits- und Grundpreis angemessen abbilden kann, hat der BGH dabei bereits im Jahre 2011 wie folgt dargestellt:

*„Die Erzeugungskosten hängen in der Regel überwiegend von den Brennstoffkosten ab, während die Bereitstellungskosten vor allem durch Lohnkosten und in geringem Maße durch die Materialkosten bestimmt werden.“<sup>41</sup>*

In 2019 hat der BGH das weiter konkretisiert und zwar wie folgt:

*„Hinsichtlich des Kostenelements ist zwar keine Kostenechtheit, aber eine unmittelbare Anknüpfung an die beim Fernwärmeversorger anfallenden Kosten der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme geboten. Spiegelt eine Preisanpassungsklausel eine derartige Kostenorientierung nicht wie erforderlich wider, ist sie schon aus diesem Grund mit § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (§ 24 Abs. 3 Satz 1 aF) nicht zu vereinbaren.“<sup>42</sup>*

Da Kostenorientierung mithin nicht Kostenechtheit bedeutet, zwingt § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV das Versorgungsunternehmen zwar nicht dazu, seine Preise spiegelbildlich zur jeweiligen Kostenstruktur des Brennstoffeinkaufs auszugestalten.<sup>43</sup> Der BGH sieht also keinen Zwang, die eigenen Einkaufskosten als konkrete Bezugsgröße für das Kostenelement in der Preisänderungsklausel zu verwenden. Vielmehr gibt es nach Ansicht des BGH auch die Möglichkeit, dass die Kostenentwicklung durch die Bezugnahme auf einen Index abgebildet wird. Voraussetzung dafür ist aber, dass die konkreten Energiebezugskosten des Versorgungsunternehmens sich im Wesentlichen – wenn auch mit gewissen Spielräumen – in gleicher Weise entwickeln wie dieser Index. Die Kostenorientierung erfordert mithin zumindest, dass als Bemessungsgröße ein Indikator gewählt wird, der an die tatsächliche Entwicklung der Kosten des bei der Wärmeerzeugung überwiegend eingesetzten Brennstoffs anknüpft.<sup>44</sup> Werden mehrere Brennstoffe eingesetzt, braucht insofern grundsätzlich nicht notwendiger Weise eine komplizierte Formel mit mehreren Faktoren (Indices) verwendet werden, die jeden Brennstoff erfasst. Wenn die eigenen Brennstoffkosten des Wärmelieferanten durch die Preisentwicklung bei einem anderen Brennstoff maßgeblich ebenfalls verändert werden, so ist z.B. auch eine Koppelung an die Preisentwicklung des anderen Brennstoffs zulässig.

Dementsprechend ist beispielsweise eine Koppelung des Wärmepreises eines zur Wärmeerzeugung überwiegend Erdgas einsetzenden Wärmelieferanten an die Preisentwicklung beim Heizöl (HEL) nicht etwa automatisch unwirksam. Sie ist „nur“ dann unwirksam, wenn die Einkaufskosten des Wärmelieferanten (für das überwiegend von ihm eingesetzte Erdgas) sich tatsächlich anders entwickeln als der Preis für den in Bezug genommenen Heizöl-Index. Denn dann bildet der

---

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, VIII ZR 339/10, Rn. 23, veröffentlicht u.a. in: NJW 2011, 3222 - 3226.

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2019, VIII ZR 209/18, erster Leitsatz.

<sup>43</sup> vgl. dazu auch bereits Legler, in: ZNER 2010, 20, 21.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 24, NJW 2011, 3222-3226.

„HEL“ nicht mehr hinreichend die Kostenentwicklung des Fernwärmeversorgungsunternehmens ab.<sup>45</sup>

Bei der Weiterlieferung von Wärme (d.h. dann, wenn der Fernwärmeversorger von einem vorgelagerten Fernwärmelieferanten die Wärme bezieht und nicht selbst produziert) hat der BGH zudem in 2017 entschieden, dass sich das Kostenelement nach dem Vertrag des Fernwärmeversorgers mit seinem vorgelagerten Fernwärmelieferanten richten muss und nicht nach den Kosten des vorgelagerten Fernwärmelieferanten. Zudem dürfen vom Fernwärmeversorger keine solchen Preissteigerungen seines Vorlieferanten akzeptiert werden, die im Wettbewerb nicht durchsetzbar wären.<sup>46</sup>

Zusammenfassend kann man nach alledem zum „Kostenelement“ sagen, dass es nach der Rechtsprechung des BGH auch beim Angemessenheitsmaßstab (im Kostenelement) nicht erforderlich ist, dass sämtliche Kosten des Fernwärmeversorgungsunternehmens ihren Niederschlag in der Preisänderungsklausel finden. Der Grundsatz der Kostenorientierung ist jedoch dann nicht mehr gewahrt, wenn sich die verwendete Preisanpassungsklausel nicht mehr hinreichend an den kostenmäßigen Zusammenhängen ausrichtet.<sup>47</sup>

Dabei kommt nach dem bereits zitierten Urteil des BGH aus 2019 eine weitere Besonderheit hinzu:

*„Das Gebot der Kostenorientierung ist nicht schon dann gewahrt, wenn sich der Preis der Fernwärmeerzeugung und derjenige des Brennstoffbezugs in einem konkreten Fall mehr oder weniger zufällig gleich entwickelt haben. Vielmehr erfordert das Gebot der Kostenorientierung die Wahl eines Preisänderungsparameters, der generell sicherstellt, dass sich die vom Kunden zu tragende Preiskomponente der Wärmeerzeugungskosten nicht anders entwickeln kann als die Kosten des Brennstoffbezugs. Ein solcher abstrakt-genereller Gleichlauf der Kostenkomponenten ist bei einer gegenüber dem Fernwärmekunden praktizierten "HEL"-Bindung nur gewährleistet, wenn die Ölpreisbindung im Erdgasbezugsvertrag des Fernwärmeversorgungsunternehmens keinen zusätzlichen Bemessungsfaktor aufweist.“<sup>48</sup>*

Verändern sich also z.B. die Einkaufskosten des Wärmelieferanten in wesentlich gleicher Weise wie der im Kostenelement in seiner Preisänderungsklausel vom Fernwärmelieferanten gewählte Brennstoffindex für den eingesetzten Brennstoff

---

<sup>45</sup> vgl. BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 273/09, Rn. 39 ff., NJW 2011, 2501-2508.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2017, VIII ZR 268/15.

<sup>47</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 24, NJW 2011, 3222-3226.

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 18.12.2019, Az: VIII ZR 209/18, Rn. 34, juris.

und kann der Wärmelieferant diese „Kostenorientierung“ nachweisen, dann verstößt die Koppelung des Wärmepreises allein an diesen Index nicht gegen das Angemessenheitserfordernis im Kostenelement.

Der BGH hatte das in seinem Urteil vom 06. Juli 2011<sup>49</sup> wie folgt ausgedrückt:

*„Stellt eine Preisanpassungsklausel in Allgemeinen Versorgungsbedingungen allein auf einen Preisindex für den eingesetzten Energieträger ab, fehlt es ihr an der gemäß § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV (§ 24 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV in der Fassung vom 20. Juni 1980) neben der Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement) erforderlichen Berücksichtigung der Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Versorgungsunternehmen (Kostenelement), es sei denn, es wäre sichergestellt, dass sich die konkreten Energiebezugskosten des Versorgungsunternehmens im Wesentlichen - wenn auch mit gewissen Spielräumen - in gleicher Weise entwickelten wie der Index.“*

Die Nutzung eines Index als Kostenelement bedingt – mit anderen Worten – für den Fernwärmeversorger immer die Nachweispflicht, Jahr für Jahr nachweisen zu müssen, dass die eigene Kostenentwicklung sich tatsächlich „im Wesentlichen“ wie dieser Index entwickelt hat.

Aus dem bereits vorzitierten Urteil des BGH aus Dezember 2019 folgt dabei zudem auch, dass bei Übernahme eines Index, den der Vorversorger in seinem Bezugsvertrag auch hat, keine wesentliche Divergenzen in der Gewichtung vorgenommen werden dürfen, andernfalls das Gebot der Kostenorientierung verletzt ist:

*„Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten wird der von ihr zu entrichtende Gaspreis nur zu 75 % durch den "HEL"-Faktor bestimmt. Die Klausel in § 7 Abs. 2 des Fernwärmelieferungsvertrags hingegen macht Preisanpassungen zu 100 % von dem Änderungsparameter "HEL" abhängig, nicht nur zu 75 %. Eine solche Divergenz in der Gewichtung des "HEL"-Faktors begründet bereits für sich genommen einen Verstoß gegen das Gebot der Kostenorientierung.“<sup>50</sup>*

Auch müssen identische Berechnungszeiträume (also ohne Zeitversatz) genutzt werden und sind, wenn im Bezugsvertrag auf mehrere Bezugswerte abgestellt wird, auch alle diese mehreren Bezugswerte im Fernwärmeversorgungsvertrag zu berücksichtigen. Schließlich ist dann, wenn im Bezugsvertrag eine Addition vorgesehen ist, im Fernwärmeversorgungsvertrag keine Multiplikation zulässig.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 06.07.2011, VIII ZR 37/10, 2. Leitsatz, juris.

<sup>50</sup> BGH, 18.12.2019, VIII ZR 209/18, Rn 29.

<sup>51</sup> BGH, 18.12.2019, VIII ZR 209/18.

Neben der Nutzung eines Index als Kostenelement kann der Fernwärmeversorger aber auch einen anderen Änderungsfaktor zur Abbildung seiner Kostenstruktur nutzen.

So hatte der BGH mit seinem bereits vorzitierten Urteil vom 27. September 2023<sup>52</sup> folgende Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis zu prüfen:

$$APW = APW_0 \times (0,5 \times B/B_0 + 0,5 \times BI/BI_0)$$

„APW“ war dabei als der Arbeitspreis und „B“ als der Wärmepreisindex definiert, während „BI“ wie folgt definiert war:

*BI = 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://wärme.v. .... de/media/358/download/Bekanntmachung.pdf?v=1>)*

Zu diesem solchermaßen definierten Kostenelement führte der Bundesgerichtshof (aaO, Rn. 34 – 36) wie folgt wörtlich aus:

*„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).*

*(bb) Diesen Anforderungen genügt das in der neuen Preisänderungsklausel verwendete Kostenelement (BI<sub>0</sub> und BI). Das Berufungsgericht hat - auch insoweit rechtsfehlerfrei und unangegriffen - festgestellt, dass damit unmittelbar die Kosten abgebildet werden, 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 eige-*

---

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 27. September 2023, Az: VIII ZR 249/22, Rn. 3.

*nen Bezugskosten angeknüpft hat, wird sichergestellt, dass sich die ihren Endkunden gegenüber abzurechnenden Preise stets im Verhältnis zu ihren eigenen Bezugskosten, mithin zu den Kosten für den Einkauf der Fernwärme, entwickeln.*

*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 weder festgestellt noch sonst ersichtlich.“<sup>53</sup>*

## *(2) Marktelement*

Jede Preisänderungsklausel ist darüber hinaus, wie gezeigt, nicht nur daraufhin zu prüfen, ob die verwendeten Faktoren die Kosten der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme hinreichend abbilden, sondern auch darauf, ob durch die Klausel auch den jeweiligen Verhältnissen auf dem Wärmemarkt hinreichend Rechnung getragen wird.

Hierdurch soll laut der Begründung des Ordnungsgebers sichergestellt werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise

*„nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann“<sup>54</sup>*

und dadurch die Interessen von Versorgungsunternehmen und Wärmekunden in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.<sup>55</sup>

In Bezug auf eine angemessene Abbildung dieser Verhältnisse auf dem Wärmemarkt hat der BGH ebenfalls bereits im Jahre 2011 festgestellt, dass für eine entsprechend angemessene Abbildung in der Preisanpassungsklausel nicht notwendig auf alle für die Wärmeerzeugung geeigneten (oder genutzten) Brennstoffe rekurriert werden muss.<sup>56</sup>

Nach dem Willen des Ordnungsgebers ist es aber auf der anderen Seite auch erforderlich, sich im Marktelement nicht lediglich auf einen örtlichen oder auf das Marktsegment der Fernwärme verengten Wärmemarkt zu beziehen, sondern auch auf andere Energieträger.<sup>57</sup> Es sollen die „jeweiligen Verhältnisse“ auf dem

---

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 27. September 2023 – VIII ZR 249/22 –, Rn. 34 - 36, juris.

<sup>54</sup> Zitat aus: BR-Drucks. 90/80, S. 56.

<sup>55</sup> vgl. nur: BGH, Urteil vom 6. April 2011, Az: VIII ZR 273/09, BGHZ 189, Seite 131 Rn. 33; BGH, Urteil vom 25. Juni 2014, Az: VIII ZR 344/13, BGHZ 201, Seite 363 Rn. 19 ff.

<sup>56</sup> Urteil des BGH vom 06.07.2011, Az: VIII ZR 37/10, 2. Leitsatz.

<sup>57</sup> vgl. dazu BGH, Urteil vom 13. Juli 2011, Az: VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, Rn. 21 und BGH, Urteil vom 26. Januar 2022, Az: VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 58; BGH, Urteil vom 27. September 2023, Az: VIII ZR 249/22, Rn. 32, juris.

„Wärmemarkt“ maßgebend sein, also nicht nur das Marktsegment Fernwärme. Es ist laut BGH daher der allgemeine – das heißt der sich auch auf andere Energieträger erstreckende – Wärmemarkt gemeint, der sich außerhalb der Einflussosphäre des marktbeherrschenden Fernversorgungsunternehmers entwickelt hat.

Vor diesem Hintergrund hat der BGH in mehreren Urteilen den so genannten **Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamtes** nunmehr mehrfach als hinreichendes und damit rechtswirksames Marktelement in einer Arbeitspreisformel akzeptiert und dies zuletzt wie folgt begründet:<sup>58</sup>

*„Der Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts setzt sich aus den Positionen "Betriebskosten für eine Gaszentralheizung", "Betriebskosten für eine Ölzentralheizung" sowie "Fernwärme" zusammen. Er bildet damit hinreichend den Wärmemarkt in seiner Gesamtheit ab. 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). Auf diese Weise wird dem Willen des Verordnungsgebers Rechnung getragen, dass sich das Marktelement nicht lediglich auf einen örtlichen oder auf das Marktsegment der Fernwärme verengen Wärmemarkt beziehen, sondern auch auf andere Energieträger erstrecken soll.“*

Zugleich hat der BGH in 2022 dabei auch betont, dass der Verwender der Preisänderungsklausel, also der Fernwärmeversorger, auch seinerseits in der Pflicht steht, weil er gewährleisten muss, dass die gegenüber seinen Kunden verwendete Preisänderungsklausel (jedenfalls im Ergebnis) dauerhaft – und unabhängig von einer etwaigen Änderung der Zusammensetzung seines eigenen Bezugspreises beziehungsweise der diesem zugrundeliegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen – ein angemessenes Marktelement (zum Arbeitspreis) enthält.<sup>59</sup>

In diesem Zusammenhang folgt aus dem Urteil des BGH vom 19.07.2017<sup>60</sup> auch, dass neben dem Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamtes auch die Bezugnahme auf einen Index des am Wärmemarkt dominierenden Brennstoffs zur angemessenen Abbildung des Marktelements genügen kann, wenn und soweit – wie das bei den Erzeugerpreisindices des Stat. Bundesamtes der Fall ist – in dem Brennstoffindex (also z.B. einem Gasindex) auch Netznutzungsentgelte, Entgelte für den Messstellenbetrieb, Konzessionsabgaben und sonstige Nebenkosten enthalten sind.<sup>61</sup> Liegt ein solcher Brennstoffindex vor, kann dieser laut BGH zur Abbildung des Marktelements zumindest dann genutzt werden, wenn der Fernwärmeversorger

---

<sup>58</sup> Zitat aus BGH, Urteil vom 27. September 2023, VIII ZR 249/22, Rn. 32, juris; unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 26. Januar 2022, Az: VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 58 und BGH, Urteil vom 13. Juli 2011, VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222 Rn. 21.

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 01. Juni 2022, Az. VIII ZR 287/20, Rn. 31.

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15, Rn. 55, juris.

<sup>61</sup> ebenso bereits das Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 04. September 2014, 12 U 53/13.

diese Dominanz des gewählten Brennstoffes auf dem Wärmemarkt jeweils nachweisen kann. Um die angemessene Berücksichtigung des Marktelements in diesen Fällen beurteilen zu können, bedarf es in gerichtlichen Auseinandersetzungen deshalb – bei entsprechend streitigem Vortrag – in der Regel sachverständiger Feststellungen. Gelingt mit ihnen ein entsprechender Nachweis, kann der Versorger aber – wenn ihm auch auf der Kostenseite der entsprechende Nachweis über seine Kostenorientierung auf Basis des zu (2) dargestellten Maßstabs gelingt – sogar einen einzigen Index zur Abbildung sowohl des Kosten-, als auch des Marktelements nutzen.<sup>62</sup>

Zum Grundpreis hat der BGH indes ausgeführt:

*„Bei einer Preisänderungsklausel zum Grund- oder Bereitstellungspreis sind nur die langfristigen Investitions- und Vorhaltekosten des Versorgers abzubilden, die sich grundsätzlich unabhängig von den Verhältnissen am Wärmemarkt entwickeln. Insofern müssen nur im Arbeitspreis, mit dem die vom Kunden abgenommene Wärmemenge vergütet wird, nach Ansicht des BGH zwingend auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen werden.“<sup>63</sup>*

Der Grund- oder Leistungspreis braucht also kein Marktelement zu enthalten.

### (3) Gewichtung von Markt- und Kostenelement

Schließlich ist fraglich, wie beide Elemente – also das Kosten- und das Marktelement – nach Ansicht des BGH gemeinsam abzubilden sind in einer Preisänderungsklausel, d.h. in welchem Verhältnis sie zueinanderstehen.

Hierzu hat der BGH in ständiger Rechtsprechung mehrfach entschieden, dass § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV seiner Ansicht nach dem Markt- und dem Kostenelement den gleichen Rang zuweist und Abstufungen nur im Rahmen der Angemessenheit erlaubt.<sup>64</sup> Demnach ließ der BGH bis dato stets eine hälftige Gewichtung von Markt- und Kostenelement genügen. Zugleich lässt der BGH Abweichungen davon zu, verlangt dafür aber wiederum begründete „Anhaltspunkte“, aus denen sich konkret ergeben muss, dass im jeweils vorliegenden Einzelfall ausnahmsweise eine hälftige Aufteilung nicht sachgerecht und auch nicht (mehr) geeignet sei, sowohl angemessen die Kosten, als auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt abzubilden.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 13.07.2011, VIII ZR 339/10.

<sup>63</sup> BGH, Urteil vom 06. April 2022, Az VIII ZR 295/20, juris Rn. 29 f. und BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az. VIII ZR 287/20, juris, Rn. 28.

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 273/09, 2. Leitsatz und Rn. 44, NJW 2011, 2501-2508; BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 20, NJW 2011, 3222-3226; BGH,

<sup>65</sup> siehe hierzu zuletzt: BGH, Urteil vom 27. September 2023, Az: VIII ZR 249/22, Rn. 37, juris.

Im Regelfall ist demzufolge mit der Rechtsprechung des BGH von einer hälftigen Kostenorientierung und einer hälftigen Marktorientierung auszugehen. Dies gilt indes „nur“ für die Arbeitspreisänderungsklausel. Beim Bereitstellungs- bzw. Leistungs- oder Grundpreis – also dem Preis für verbrauchsunabhängige Bestandteile des Wärmelieferentgelts – sieht der Bundesgerichtshof, wie bereits aufgezeigt, überhaupt keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Wärmemarkt, so dass es dort ausreicht, in einer Preisänderungsklausel „nur“ an Investitionsgüter- und/oder Lohnkostenfaktoren zur Abbildung des Kostenelements anzuknüpfen.<sup>66</sup>

Eine Grundpreisänderungsklausel muss, wie oben unter (2) bereits dargelegt, gar kein Marktelement enthalten, so dass sich hier die Gewichtungfrage zwischen Kosten- und Marktelement nicht stellt. Es ist hier nur ein Kostenelement geboten.

## D. Konkrete Fragestellungen

Auf Basis der zu C. dargestellten Rechtslage sollen im Folgenden auftragsgemäß konkrete Fragestellungen der Auftraggeberin beantwortet werden.

### I. Fragen zur Preistransparenz

*(1) Wie kann erreicht werden, dass das **Kostenelement** in der Preisänderungsformel die real entstehenden Kosten eines Fernwärmeversorgungsunternehmens möglichst wirklichkeitsgetreu abbildet?*

Nach den oben aufgezeigten Vorgaben der Rechtsprechung (BGH) reicht es nicht aus, wenn sich der für das Kostenelement in der Preisänderungsklausel vorgesehene Bezugsfaktor „mehr oder weniger“ zufällig in gleicher Weise entwickelt, wie die Kosten des Fernwärmeversorgungsunternehmens. Vielmehr muss ein abstrakt-genereller Gleichlauf sichergestellt werden.<sup>67</sup>

Dies lässt sich meines Erachtens am besten „wirklichkeitsgetreu“ abbilden, indem man nicht auf einen Index, sondern vielmehr auf die tatsächlichen Kosten direkt abstellt.

Das verstößt auch nicht gegen das Transparenzgebot, denn: Wenn ein Fernwärmelieferant in seiner Preisänderungsklausel im Kostenelement dann, wenn er die seinem Endkunden verkaufte Wärme seinerseits von einem Fernwärmeversorger einkauft, z.B. an den

---

<sup>66</sup> vgl. u.a.: BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 32, NJW 2011, 3222-3226 oder BGH, Urteil vom 06.04.2022, VIII ZR 295/22, Rn. 29 ff.

<sup>67</sup> BGH, 18.12.2019, VIII ZR 209/18.

*„jeweiligen Energiepreis des Fernwärmeversorgers in EUR/MWh als effektiven Fernwärmepreis“*

anknüpft, dann kann jeder Kunde den Umfang der auf ihn zukommenden Preissteigerungen bereits aus der Formulierung dieser Klausel selbst erkennen. Der Fernwärmekunden kann dann die Berechtigung einer vom Klauselverwender (hier: dem Wärmelieferanten) vorgenommenen Erhöhung auch selbst beurteilen.<sup>68</sup> Die Bezeichnung des Faktors für die Preisanpassung im Kostenelement ist insoweit auch konkret genug. Denn der Bundesgerichtshof hat herausgearbeitet, dass der Umstand, dass aus der Wahl eines derartigen Kostenfaktors grundsätzlich die Notwendigkeit folgt, dem Kunden spätestens mit Vornahme der Preisanpassungen auf Verlangen Auskunft und gegebenenfalls Nachweis über die jeweiligen Wärmebezugskosten des Fernwärmeversorgers zu erteilen, nicht die Transparenz einer solchen Klausel berührt.<sup>69</sup> Auch eine Erläuterung der Zusammensetzung des Bezugspreises, also insbesondere der diesem seinerseits zugrunde liegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen (wie etwa Preisänderungsklauseln im Vertrag mit dem Vorlieferanten) oder auch die namentliche Bezeichnung des Bezugs- bzw. Vorlieferanten, gebietet das Transparenzgebot aus § 24 Absatz 4 Satz 2 AVB FernwärmeV laut BGH ebenfalls nicht.<sup>70</sup>

Was sodann die Angemessenheit (und nicht die Transparenz) dieses Kostenelements in der Preisänderungsklausel angeht, so ist es erforderlich, dass Preissteigerungen des Vorlieferanten, die im Wettbewerb nicht durchsetzbar wären, nicht vorliegen und dass sich der gewählte Bezugsfaktor nachweisbar nach dem Vertrag mit dem vorgelagerten Fernwärmelieferanten richtet.<sup>71</sup>

(a)

Diese klaren Ausführungen des BGH dürften daher auch in anderen Konstellationen helfen, wo der Wärmelieferant statt Fernwärme sonstige Energieträger, wie z. B. Erdgas, einkauft (die er dann selbst in eigenen Anlagen in Wärme umwandelt). Auch da dürften Klauseln, die z. B. im Kostenelement an

*„Brennstoffkosten des Lieferanten in dem für die Preisermittlung maßgeblichen Zeitraum“<sup>72</sup>*

anknüpfen, zumindest dann wirksam sein, wenn sie hinreichend transparent die Art und Weise der Berechnung und der periodischen Anpassung des Arbeitspreises

---

<sup>68</sup> ebenso: BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az: VIII ZR 287/20; dazu: Legler, in: IR 2022, 213.

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az: VIII ZR 287/20, Rn. 23ff.

<sup>70</sup> BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az: VIII ZR 287/20, Rn. 23ff unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 24. März 2010, Az: VIII ZR 178/08 und Az: VIII ZR 304/08 [jeweils zu § 307 Absatz 1 Satz 2 BGB].

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 19. Juli 2017, Az: VIII ZR 268/15, Rn. 32 ff.

<sup>72</sup> Ergänzt werden sollte dies in der Erläuterung/Definition dieses Kostenelements freilich noch durch folgenden Satz: „Maßgeblich ist der Mischpreis in €/kWh inklusive aller Steuern und Abgaben, aber ohne Mehrwertsteuer, der sich aufgrund der bezogenen Menge und Leistung ergibt.“

erkennen lassen, so dass jeder Wärmekunde Preisänderungen ebenfalls selbst beurteilen kann. Auch wäre mit der obigen Formulierung des Kostenelements zugleich sichergestellt, dass identische Berechnungszeiträume verwendet werden (kein Zeitversatz), was die Angemessenheit des entsprechenden Kostenelements bestätigt. Schlussendlich müsste der Verwender (d.h. der Fernwärmeversorger) im Bestreitensfalle auch nachweisen, dass Preissteigerungen des Vorlieferanten (Brennstofflieferanten), die im Wettbewerb nicht durchsetzbar wären, nichtvorliegen.<sup>73</sup>

Nach alledem zeigt ein solches „echtes Kostenelement“ meines Erachtens eine rechtskonforme Möglichkeit der wirklichkeitsgetreuen Abbildung der dem Verwender (Fernwärmeversorger) real entstehenden Kosten auf.

Dieses „echte Kostenelement“ ist zudem geeignet, langfristig wirksam das bei Vertragsschluss vereinbarte Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung sicherstellen zu können, weil sämtliche Anstiege der Kosten 1:1 weitergegeben werden.

(b)

Zur Kodifizierung dieses Befundes könnte der Verordnungsgeber in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV den **Satz 1** wie folgt erweitern um einen **zweiten, konkretisierenden Satz** und um einen **weiteren neuen Satz 3** sowie um ein neues **Muster in einer Anlage zur AVBFernwärmeV**:

1. **Neue Sätze 2 und 3** hinter dem bisherigen Satz 1 (die bisher bestehenden Sätze 2 – 4 verschieben sich entsprechend und werden zu den Sätzen 4 – 6; Änderungen in fett hervorgehoben):

*„Preisänderungsklauseln dürfen nur so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen.*

***Ein Index für einen Großhandelspreis stellt in einer Preisänderungsklausel keine angemessene Berücksichtigung der jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt dar.***

***Wird eine Preisänderungsklausel gemäß der Anlage zu dieser Verordnung genutzt, gelten die Anforderungen nach Satz 1 als erfüllt.“***

---

<sup>73</sup> argumentum ex: BGH, 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15.

## 2. Neue Anlage zur AVBFernwärmeV:

*Muster einer Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis:*

$$AP_{neu} = AP_0 * (0,5 * K_{neu}/K_0 + 0,5 * M_{neu}/M_0)$$

*In dieser Formel bedeuten:*

$AP_{neu}$  = Arbeitspreis (neu; berechnet)

$AP_0$  = Basis-Arbeitspreis (zu vereinbaren)

$K$  = Kostenelement = Endenergiezufuhrkosten des Fernwärmelieferanten (d.h. für Brennstoffe, Strom, Abwärme, vorgelagerte Fernwärme oder andere zugelassene Endenergieformen), in dem für die Preisermittlung maßgeblichen Zeitraum. Maßgeblich ist der Mischpreis in €/kWh inklusive aller Steuern und Abgaben, aber ohne Mehrwertsteuer, der sich aufgrund der bezogenen Menge und Leistung ergibt.

$K_{neu}$  = Kostenelement (neu; berechnet)

$K_0$  = Basis-Kostenelement (zu vereinbaren)

$M$  = Marktelement = Wärmepreisindex (Fernwärme, einschließlich Umlage), veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in der GENESIS-Online Datenbank (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online>): Verbraucherpreisindex: Deutschland, Monate, (2020=100), Klassifikation des Verwendungszweckes des Individualkonsums, Sonderpositionen (CC13B1), Tabelle 61111-0006, Code CC13-77

Die Werte sind auch zu finden unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/Tabelle/Waermepreisindex.html>

$M_{neu}$  = Marktelement (neu; berechnet)

$M_0$  = Basis-Marktelement (zu vereinbaren)“

Hierdurch würde die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH zu den Angemessenheitsanforderungen in den Verordnungstext aufgenommen und konkretisiert. Die Klausel im Muster ist dabei nur ein Regelbeispiel und lässt anderen Lösungen unberührt zu, solange diese den Anforderungen des § 24 Abs. 4, Satz 1 AVBFernwärmeV entsprechen.

*(2) Wie kann erreicht werden, dass das **Marktelement** in der Preisänderungsformel die tatsächlichen Verhältnisse (Kosten, Heizungsarten, eingesetzte Brennstoffe, eingesetzte EE) auf dem Markt für Nah- und Fernwärme wirklichsgetreu abbildet?*

Das Marktelement ist vom Ordnungsgeber deswegen in die AVBFernwärmeV aufgenommen worden, weil dieser ein Auseinanderfallen der unterschiedlichen Fernwärmetarife in Deutschland vermeiden bzw. dämpfen wollte. Das geschah in dem Wissen, dass der Mechanismus einer Festlegung einer Preisänderungsklausel eine ganz andere Rechtsfigur ist als die Rechtsfigur einer einseitigen Festlegung der Wärmepreise durch den Lieferanten (Versorger). Im letzteren Falle gibt es nämlich eine gerichtliche Angemessenheits- oder Billigkeitskontrolle (nach § 315 BGB, dazu bereits oben). Wenn sich hingegen beide Parteien auf eine automatisch zu festgelegten Zeitpunkten wirkende Formel als Preisänderungsmechanismus einigen, eröffnet das keine gerichtliche Angemessenheits- oder Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB. Im Gegenzug für die „Freiheit von gerichtlicher Kontrolle“ wollte der Ordnungsgeber Vorgaben an die Gestaltung dieser automatisch wirkenden Preisänderungsklauseln tätigen. Damit dient das so genannte Marktelement letztlich dem Verbraucherschutz: Es soll verhindern, dass sich die Wärmepreise nur gleitend zu den Kosten des Fernwärmeversorgungsunternehmens entwickeln, vielmehr sollen „die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigt werden“ (vgl. Wortlaut § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV). Das soll laut den Zielen des Ordnungsgebers eine deutlich „deckelnde“ Wirkung haben, denn Kostenanstiege sollen so nivelliert bzw. auf das Niveau begrenzt werden, wie das die „Marktentwicklung“ vorgibt.

Vor diesem Hintergrund überzeugen die oben dargestellten Ausführungen des BGH, den Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamtes<sup>74</sup> als hinreichendes und damit rechtswirksames Marktelement in einer Arbeitspreisformel zu akzeptieren.<sup>75</sup> Dieser Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts setzt sich derzeit aus den Positionen „Betriebskosten für eine Gaszentralheizung“, „Betriebskosten für eine Ölzentralheizung“ sowie „Fernwärme“ zusammen. Er bildet damit (derzeit) hinreichend den Wärmemarkt in seiner Gesamtheit ab.

---

<sup>74</sup> veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in der GENESIS-Online Datenbank (abrufbar unter: [https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon:Verbraucherpreisindex:Deutschland,Monate,\(2015=100\),KlassifikationdesVerwendungszweckesdesIndividualkonsums,Sonderpositionen\(CC13B1\),Tabelle61111-0006,CodeCC13-77](https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/logon:Verbraucherpreisindex:Deutschland,Monate,(2015=100),KlassifikationdesVerwendungszweckesdesIndividualkonsums,Sonderpositionen(CC13B1),Tabelle61111-0006,CodeCC13-77) (die Werte sind auch zu finden unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/Tabellen/Waermepreisindex.html> )

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 27. September 2023, VIII ZR 249/22, Rn. 32, juris; unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 26. Januar 2022, Az: VIII ZR 175/19, BGHZ 232, 312 Rn. 58 und BGH, Urteil vom 13. Juli 2011, VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222 Rn. 21.

Nach einer aktuellen Übersicht des BDEW über den Heizungsmarkt aus November 2023 werden Wohngebäude in Deutschland zu ca. 50 % mit Erdgas und zu ca. 28 % mit Heizöl sowie zu ca. 6 % mit Fernwärme versorgt – und nur zu ca. 7 % mit Strom.<sup>76</sup> Das Statistische Bundesamt ist insoweit auch gehalten, den „Warenkorb“ des Wärmepreisindex auf den sich wandelnden Durchschnitt anzupassen. Mit zunehmendem Anteil an Erneuerbaren Energien oder auch strombasierter Wärme wäre die Zusammensetzung zu ändern, andernfalls der Wärmepreisindex nicht mehr hinreichend geeignet ist, die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen abzubilden (vgl. § 24 Absatz 4 Satz 1 AVBFernwärmeV). Das Statistische Bundesamt nimmt solche Anpassungen zur möglichst „wirklichkeitsgetreuen“ Abbildung der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt aber auch vor.<sup>77</sup>

Ist ein Wärmekunde in einem laufenden Fernwärmelieferverhältnis dennoch der Auffassung, dass eine solche „hinreichende Abbildung“ der Verhältnisse auf dem Wärmemarkt nicht (mehr) besteht, dann kann er vom Verwender der Preisänderungsklausel einen Nachweis darüber verlangen, dass der von diesem gewählte Bezugsfaktor die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt durchaus zutreffend abbildet. Wenn der Fernwärmeversorger die Repräsentanz des gewählten Marktelements so dann jeweils nachweisen kann,<sup>78</sup> ist die Klausel wirksam. Sie ist zugleich auch „wirklichkeitsgetreu“ in der Abbildung des Wärmemarktes.

Gleiches gilt selbstverständlich auch, wenn der Versorger statt des Wärmepreisindex eines anderen Index wählt, wie etwa einen Index des Statistischen Bundesamtes über den am Wärmemarkt dominierenden Brennstoff (was heute noch Erdgas ist, s.o.) – oder wenn der Versorger mehrere Indices nutzt, um den Wärmemarkt abzubilden. Im letzteren Falle wäre die gesetzlich geforderte Transparenz der Preisänderungsklausel jedoch sorgsam zu prüfen. Verwendet ein Versorger für den Arbeitspreis z.B. eine Formel, die diesen zur Hälfte an die eigenen Brennstoffkosten und zur Hälfte an einen Faktor koppelt, der sich aus fünf Indices (Gas-, Öl, Kohle-, Holz- und Strompreisentwicklung) zusammensetzt, so wäre dessen Transparenz fraglich. Zudem müsste eine solche Klausel im Marktelement angepasst werden, wenn sich die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt ändern.

---

<sup>76</sup> die Studie des BDEW ist im Internet abrufbar (zuletzt abgerufen am 14.11.2023):  
[https://www.bdew.de/media/documents/BDEW\\_Heizungsmarkt\\_2023\\_Langfassung\\_final\\_09.11.2023\\_Jiald98.pdf](https://www.bdew.de/media/documents/BDEW_Heizungsmarkt_2023_Langfassung_final_09.11.2023_Jiald98.pdf)

<sup>77</sup> vgl. dazu nur diesen Hinweis des Stat. Bundesamtes im Internet (Abruf zuletzt am 14.11.2023):  
[https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/Methoden/Downloads/waermepreisindex-2020.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Verbraucherpreisindex/Methoden/Downloads/waermepreisindex-2020.pdf?__blob=publicationFile)

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15, Rn. 55, juris.

*(3) Ist es gerechtfertigt, auf einen Index zu referenzieren, der sich am **Kurzfristmarkt (Börsenpreis)** orientiert, auch wenn die Lieferung des jeweiligen Brennstoffes über langfristige Bezugsverträge geregelt ist?*

Dies ist eine sehr spezifische Frage, dessen abschließende Beantwortung vom Einzelfall abhängt. Wie oben bereits aufgezeigt, kann ein Index, der sich am Börsenpreis orientiert, im Kostenelement nur dann genutzt werden, wenn der Fernwärmeversorger nachweisen kann, dass sich seine Bezugskosten in der Tat „wesensnotwendig“ an diesem Börsenpreis orientieren. Der in der Frage in Bezug genommene und mithin als Ausgangslage angenommene langfristige Bezugsvertrag des Fernwärmeversorgungsunternehmens müsste sich also ebenfalls an diesem gleichen Börsenpreis-Index (des Kurzfristmarkts) orientieren. Nur wenn der Fernwärmeversorger nachweisen könnte, dass das der Fall wäre, wäre seine entsprechende Wärmepreisänderungsklausel im Kostenelement wirksam.

Aber auch im Marktelement werden diese Börsen-Indices genutzt.

Daher rechtlich hierzu im Einzelnen:

Was die inhaltliche Angemessenheit einer Preisänderungsklausel angeht, die an reine Börsenwerte als bloße (Groß-)Handelspreise anknüpft, stellt sich bereits die Frage, ob dies sachgerecht ist. Denn es werden mit solchen Preisänderungsfaktoren dann nämlich überhaupt keine Kosten der Verteilung und des (physischen) Transports der Wärme bzw. des Brennstoffes hin zum Kunden bzw. zur Wärmeerzeugungsanlage, die für den Kunden Wärme produziert, abgebildet. Gas wird am Großhandelsmarkt sowohl langfristig (Terminhandel) als auch kurzfristig (Spotmarkt) gehandelt und dieser Handel an der Börse hat natürlich nichts mit der Lieferung des Gases hin zur Wärmeerzeugungsanlage des Fernwärmeversorgers direkt zu tun. Denn ein solchermaßen etwaig vom Fernwärmeversorger am Spotmarkt erworbenes Handelsprodukt Gas wird im Falle der Lieferung in die Wärmeerzeugungsanlage und dem dortigen Letztverbrauch mit zahlreichen Gasnebenprodukten versehen, die einen relevanten Teil der Gastransportkosten ausmachen. Dazu zählen namentlich Netzentgelte, Konzessionsabgaben und Gasumlagen.

(aa)

Betrachtet man zunächst das **Kostenelement**, so muss man sich genau ansehen, ob die Kostenstruktur in der Tat überwiegend auf dem gewählten Börsenpreis-Index (des Spotmarkts) basiert.

Hierzu sei zunächst (erneut) auf den BGH verwiesen, der in seinem Urteil vom 06.04.2011 wie folgt ausgeführt hat:

*„Zwar wird im Schrifttum teilweise die Auffassung vertreten, dass Brennstoffkosten bei einer Preisänderungsklausel dann unberücksichtigt bleiben könnten, wenn*

*der Brennstoff für die Erzeugung der Fernwärme keinen Preis habe, was insbesondere bei der Erzeugung von Fernwärme in KWK-Anlagen oder der Verbrennung von Müll und Abgasen der Fall sei (Witzel, in: Witzel/Topp, S. 180). Dies begegnet schon im Ansatz Bedenken, denn bei der Gewinnung zweier Endprodukte (Elektrizität und Abwärme) durch den Einsatz eines Brennstoffs (sog. Kraft-Wärme-Kopplung) können die Kosten des Brennstoffs (hier Erdgas) nicht allein der Elektrizitätserzeugung zugeordnet werden. Entgegen der von der Revision aufgegriffenen Behauptung der Bekl. sind für die Erzeugung von Wärme in aller Regel nicht die Kosten des mit Erdgas produzierten Stroms maßgebend, denn die Wärme wird nicht in einem zweiten Arbeitsschritt durch den Einsatz der zuvor gewonnenen Elektrizität erzeugt, sondern entsteht – als weiteres Produkt zu dem gleichzeitig erzeugten Strom – durch die Verbrennung von Erdgas. Daher sind die Kosten des eingesetzten Brennstoffs regelmäßig aufzuteilen auf die der Strom- und der Wärmeerzeugung zuzuordnenden Anteile (vgl. hierzu auch Hermann, in: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, § 24 III AVBFernwärmeV Rdnr. 13).“<sup>79</sup>*

Nach verständiger Lesart folgt daraus jedenfalls, dass es kein Erfordernis gibt, bestimmte Anteile oder Kosten herauszurechnen, sondern dass auf die Kostenstruktur insgesamt abzustellen ist. Diese ist nachzuweisen vom Versorger mit näheren Angaben zur Entwicklung der Einkaufskosten.

Der BGH hat sodann dazu in seinem Urteil vom 31. August 2022<sup>80</sup> ausgeführt:

*„(...) das Transparenzgebot in § 24 Abs. 4 Satz 2 AVBFernwärmeV verlangt - entgegen der auf ein Urteil des Kammergerichts (20 U 146/17, nicht veröffentlicht) gestützten Annahme des Berufungsgerichts - eine Erläuterung der Zusammensetzung der Bezugspreise des Fernwärmeversorgungsunternehmens, also insbesondere der diesen zugrundeliegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen, oder auch die namentliche Bezeichnung des Bezugslieferanten nicht (siehe hierzu ausführlich Senatsurteil vom 1. Juni 2022 - VIII ZR 287/20, ZIP 2022, 1494 Rn. 20 ff., zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).“*

Das bedeutet, dass man zwar nicht per se zu einer sofortigen Unwirksamkeit einer solchen Klausel nach den Grundsätzen der AVBFernwärmeV kommt. Aber, so der BGH in seiner Entscheidung aus Juni 2022<sup>81</sup> weiter:

*„Diese Gesichtspunkte können allerdings für die Prüfung der inhaltlichen Angemessenheit von gegenüber den Endkunden verwendeten Preisänderungsklauseln nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV von Bedeutung sein.“*

Das bedeutet vorliegend rechtlich zumindest:

---

<sup>79</sup> Zitat aus: BGH, Urteil vom 06.04.2011, NJW 2011, 2501 Rn. 46, beck-online.

<sup>80</sup> BGH, 31.08.2022, VIII ZR 233/21, Rn. 32, juris.

<sup>81</sup> BGH, Urteil vom 1. Juni 2022, Az: VIII ZR 287/20, Rn. 25, juris.

Schon im Kostenelement ist ein Wärmearbeitspreis, den der Versorger auf der Basis einer solchen Preisänderungsklausel verlangt, nur dann wirksam, wenn dem Versorger ein Nachweis gelingt, dass durch die reine Orientierung an dem Börsenpreis jedenfalls der Grundsatz der Kostenorientierung gewahrt wird.

Dieser Grundsatz verlangt eine angemessene Berücksichtigung der Kostenentwicklung (dazu bereits oben).

Es besteht somit zwar ein Spielraum bei der Gestaltung der Preisänderungsklausel, der die Auswahl geeigneter Kostenrepräsentanten, deren Gewichtung zueinander und die Art der Abbildung betrifft. Es ist auch nicht erforderlich, dass sämtliche die Kostenentwicklung des Unternehmens beeinflussenden Faktoren in die Klausel einfließen, solange die wesentlichen Faktoren ausgewählt wurden.<sup>82</sup>

Zulässig ist etwa eine pauschalierte Abbildung durch die Bezugnahme nur eines Index – das allerdings, wie aufgezeigt, nur, solange sich die Kosten in dem Index zumindest sehr ähnlich entwickeln wie die konkreten Erzeugungs- und Bereitstellungskosten des Versorgers.<sup>83</sup>

Im Konkreten muss der Versorger darlegen, dass im jeweils streitgegenständlichen Lieferjahr (mit dem konkreten Verhältnis der in diesem Lieferjahr produzierter Wärme) tatsächlich die konkreten Erzeugungs- und Bezugskosten der Wärme sich im Wesentlichen an dem gewählten Börsenpreis-Index aus seiner Preisänderungsklausel orientiert haben. Das ist auch nachzuweisen.

Ein vom Versorger gewählter Preisänderungsparameter ist nur dann als geeignet dafür anzusehen, die vom Versorger entstandenen Bezugskosten ausreichend abzubilden, wenn feststeht, dass er gegenüber seinem Vorlieferanten einer Bindung an einen Preisänderungsparameter unterliegt, der seiner Art und seinem Umfang nach im Wesentlichen der von ihm gegenüber seinen Endkunden praktizierten Bindung an diese Bezugsgröße entspricht.<sup>84</sup>

Der vom Versorger als Kostenelement gewählte Index muss dem vom BGH geforderten „abstrakt-generellen Gleichlauf der Kostenkomponenten“<sup>85</sup> entsprechen.

Es muss für jedes Abrechnungsjahr nachgewiesen werden und auch für jedes Abrechnungsjahr sicher sein, dass sich das Kostenelement genau so entwickelt, wie die tatsächlichen Einkaufskosten des Versorgers. Es reicht nicht, wenn es allenfalls einen zufälligen Gleichlauf gibt, aber keinen automatischen, den der Fernwärmeversorger nicht verhindern kann. Genau das verlangt nämlich der BGH, wie sich

---

<sup>82</sup> vgl. BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, NJW 2011, 3222, 3225.

<sup>83</sup> vgl. BGH Urt. v. 06.04.2022, Az: VIII ZR 295/20 Rn. 31 ff., NJW 2022, 1944, 1947 ff.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az VIII ZR 268/15, Rn. 40; BGH, Urteil vom 25.06.2014, Az. VIII ZR 344/13; BGH, Urteil vom 06.05.2011, Az. VIII ZR 273/09.

<sup>85</sup> BGH, 18.12.2019, VIII ZR 209/18.

aus der Randnummer 37 des oben bereits mehrfach zitierten BGH-Urteils vom 18.12.2019 zum Az VIII ZR 209/18 ergibt: Denn darin prüft der BGH ganz genau, ob die Preisänderungen, die nach dem Bezugsvertrag des Fernwärmeversorgungsunternehmens vorgesehen sind, in der Preisänderungsklausel für die Wärmelieferung abgebildet werden. Schon relativ geringer zeitlicher Versatz der dortigen Preisänderungen und derjenigen nach der Preisänderungsklausel für die Wärmelieferung stellen die Kostenorientierung in Frage. Nur wenn dem Versorger die Nachweise dahingehend gelingen würden, dass die gegenüber dem Wärmekunden im Wärmearbeitspreis geltend gemachten Kostenzuwächse (bei der vorliegenden Wärmelieferung) sich bei dem Versorger in dem streitgegenständlichen Abrechnungszeitraum – sowie abstrakt-generell wesensnotwendig – weitestgehend parallel zu dem in der Preisänderungsklausel genannten Index entwickelt haben, ist die Geltendmachung des Wärmepreises wirksam.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des § 24 Absatz 4 Satz 1 AVBFernwärmeV die Weitergabe solcher Kostensteigerungen als unangemessen anzusehen ist, die der Versorger ohne die Möglichkeit der Abwälzung auf den Kunden aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte.<sup>86</sup>

Es besteht vor diesem Hintergrund auch eine versorgerseitige Pflicht zu wirtschaftlichem Einkauf von Energie.

Damit ist eine Preisänderungsklausel, die das nicht beachtet, wegen Unangemessenheit im so genannten Kostenelement des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV unwirksam.

(bb)

Was das **Marktelement** betrifft, so wird verlangt, dass die Klausel auch die Preisverhältnisse außerhalb der konkreten Wärmeversorgung des Objekts einbezieht, sich also einem Vergleich mit anderen auf dem Wärmemarkt tätigen Anbietern stellt. In diesem Zusammenhang folgt aus dem Urteil des BGH vom 19.07.2017<sup>87</sup>, wie oben bereits dargestellt, zwar auch, dass neben dem Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamtes auch die Bezugnahme auf einen Index des am Wärmemarkt dominierenden Brennstoffs zur angemessenen Abbildung des Marktelements genügen kann.<sup>88</sup> Dies aber nur dann, wenn der Fernwärmeversorger diese Dominanz des gewählten Brennstoffes auf dem Wärmemarkt jeweils nachweisen kann. Um die angemessene Berücksichtigung des Marktelements in diesen Fällen

---

<sup>86</sup> vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az. VIII ZR 268/15, Tz. 47 ff.

<sup>87</sup> BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15, Rn. 55, juris.

<sup>88</sup> ebenso bereits das Oberlandesgericht Brandenburg, Urteil vom 04. September 2014, 12 U 53/13.

beurteilen zu können, bedarf es deshalb – bei entsprechend streitigem Vortrag – in der Regel sachverständiger Feststellungen.

Allein ein Abstellen auf einen reinen Börsenindex zum Brennstoff dürfte dem nicht genügen. Denn damit wird allenfalls an eine Entwicklung eines reinen Commodity- oder Handels-Preises (Börsenpreises, hier auf dem Spotmarkt) angeknüpft, zumal auch nur eines Börsenpreises eines einzigen Brennstoffes, also eines von vielen auf dem Wärmemarkt eingesetzten Brennstoffen.

Das sagt nichts über die Kostenentwicklung der anderen Brennstoffe auf dem Wärmemarkt aus und kann allein deswegen die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt nicht abbilden. Der Wärmemarkt wird z.B. nicht allein vom Gaspreis, erst recht nicht von einem Börsenpreis für das Handelsprodukt Gas bestimmt.

Hinzu kommt, dass § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV den Kunden in den Mittelpunkt stellt, es also auf die Verbrauchsstelle des Kunden ankommt, sprich: die zentrale Frage des Marktelements ist: Welche (Markt-)Verhältnisse bestehen dort an der Kundenverbrauchsstelle?

Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt für den jeweiligen Kunden (aus der Wohnungswirtschaft), aber auch für alle sonstigen Kunden (Gewerbe, etc.) „am Ende der Fernwärmeleitung“ werden durch einen reinen Börsenindex indes auf keinen Fall hinreichend abgebildet. Denn es geht beim „Wärmemarkt“ im „Marktelement“ nicht um einen Börseneinkauf oder Handel mit einem Handelsgut auf dem Markt an der Börse, sondern es geht um konkrete physische Wärmelieferungen und die Kosten (den „Markt“) für solche physischen Wärmelieferungen bis hin zur Wärmeverbrauchsstelle.

Bei einem echten Wärmekunden (Vermieter, Hauseigentümer, etc.) kann aber nur solches Gas bzw. solche (Fern-)Wärme genutzt werden, die auch in die Wohnungen bzw. Übergabestationen in den Häusern gelangt. Es muss mithin auch auf Netzentgelte und Gasnebenkosten sowie alle sonstigen Transportkosten des Brennstoffes / der Wärme abgestellt werden (wie namentlich die Konzessionsabgabe, die Gasumlagen (Bilanzierungsumlage, Konvertierungsumlage), etc.). Der gesamte Transport des Gases zur Verbrauchsstelle muss abgebildet werden, denn es geht um den Wärmemarkt am Verbrauchsort des Kunden und nicht um (virtuelle) Handelsplätze. Es muss nicht der Börsenmarkt in seiner Entwicklung abgebildet werden, sondern es müssen die „Verhältnisse auf dem Wärmemarkt“ des Wärmekunden abgebildet werden.

Was das Gas angeht, gibt es hierfür z.B. den Index für „Gas einschließlich Umlage, CC13-0452“ des Stat. Bundesamtes, Fachserie 17, Reihe 7, COICOP-VPI-Nr. 0452. Dieser Index unterscheidet sich deutlich vom reinen Börsenindex.

Netzentgelte und Gasnebenkosten (Umlagen) sowie sonstige Transportkosten haben in Indices auch stets einen deutlich dämpfenden Einfluss auf die Entwicklung, weil sie nämlich längst nicht so volatil sind, wie der reine Groß- bzw. Börsenhandelspreis (Commodity-Preis), hier: z.B. für Erdgas.

Das war wegen der Ukraine- und Gaskrise erst recht in 2022 der Fall, wo der Handel mit Gas extremst volatil war und insbesondere die Handelspreise für Gas am Kurzfrist- oder Spotmarkt sehr stark anstiegen.

Ein Index, der reine Börsenwerte des Kurzfristmarktes für einen einzigen Brennstoff abbildet, kann nach alledem meines Erachtens nicht geeignet sein, die Verhältnisse auf dem (gesamten) Wärmemarkt abzubilden. Es müssen rechtlich auch und gerade die Neben- oder Transportkosten abgebildet werden, die auf dem Weg hin zum Kunden bzw. der Wärmeerzeugungsanlage entstehen, welche die Wärme für den Kunden herstellt (Netzentgelte, Konzessionsabgabe, Gasumlagen, etc.). Auch werden auf dem Gasmarkt viele Langfristverträge mit ganz anderen Preisentwicklungen abgeschlossen, die gleichfalls durch den reinen Börsenmarktindex am Kurzfristmarkt nicht erfasst werden. Es fehlt damit bei Nutzung eines solchen Börsenindex vom Spotmarkt für Gas an der Abbildung des Wärmemarktes, was dann zur Unwirksamkeit einer solchen Preisänderungsklausel (zum Arbeitspreis) führt.

In einem Gerichtsprozess müsste jedenfalls vom Verwender eines solchen Börsenpreis-Index (also vom Fernwärmeversorger) zum Marktelement seiner Preisänderungsklausel nachgewiesen werden, dass der gewählte reine Börsenindex des Spotmarktes ein geeignetes Marktelement darstellt, um die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen und rechtskonform abzubilden. Das wird von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zwingend verlangt. Dies dürfte in der Regel aber nicht gelingen, denn ein insoweit gewähltes Marktelement dürfte aufgrund mangelnder Abbildung des ganzen Wärmemarktes und insbesondere der Kosten für eine physische Wärmeversorgung nicht hinreichend geeignet sein, die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen abzubilden. Jedenfalls bestehen diesbezüglich erhebliche Zweifel, so dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Sachverständigenbeweis zu klären wäre, ob hier eine angemessene Abbildung der „Verhältnisse auf dem Wärmemarkt“ vorliegt bzw. für das abgerechnete Lieferjahr (den abgerechneten Liefermonat) vorlag:

*„Um die angemessene Berücksichtigung des Marktelements beurteilen zu können, bedarf es deshalb - bei entsprechend streitigem Vortrag - in der Regel sachverständiger Feststellungen.“<sup>89</sup>*

---

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 268/15 –, Rn. 55, juris.

Ähnlich hat es der BGH auch in seinem Urteil vom 1. Juni 2022 formuliert:

*„Die Bestimmung in § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV legt dem Versorgungsunternehmen im Verhältnis zum Endkunden die Verpflichtung auf, in eigener Verantwortung sicherzustellen, dass sich die Fernwärmepreisgestaltung nicht allein an der Kostenentwicklung des Versorgers orientiert, sondern sich zugleich unter angemessener Berücksichtigung der Preisverhältnisse am Wärmemarkt vollzieht. Hierbei steht dem Versorger zwar grundsätzlich auch ein eigener Gestaltungsspielraum zu. Er muss allerdings gewährleisten, dass die gegenüber seinen Kunden verwendete Preisänderungsklausel (jedenfalls im Ergebnis) dauerhaft - und unabhängig von einer etwaigen Änderung der Zusammensetzung seines eigenen Bezugspreises beziehungsweise der diesem zugrundeliegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen - ein angemessenes Marktelement (zum Arbeitspreis) enthält. Diesen Anforderungen wird die Anpassungsklausel der Beklagten zum Arbeitspreis nicht gerecht.“<sup>90</sup>*

Dem Sinn und Zweck des Marktelements – auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen abbilden zu müssen – wird das alleinige Abstellen auf den Börsenpreisindex vom Spotmarkt für Erdgas nach alledem nicht gerecht.

Hinzu kommt, dass der Börsenpreisindex des Spotmarktes für Gas vorliegend nicht als das vom BGH für das Marktelement geforderte Korrektiv zu den Beschaffungskosten taugt, wenn der Versorger bei der von ihm gelieferten Fernwärme nach eigenen Angaben selbst vom Gaspreis abhängt. Bei einer solchen Konstellation erlaubt ein allein am Gaspreis (Bezugspreis) orientiertes Marktelement eine beliebige Weiterreichung der Gasbeschaffungskosten. Ein Anreiz, die Wärmeversorgung durch ein Umstellen auf einen anderen Energieträger effizienter zu gestalten, entfällt genauso wie es an einer Gewähr dafür fehlt, dass der Gasindex die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt im jeweiligen Lieferjahr angemessen abbildet.

(3)

Nach alledem spricht viel dafür, dass eine solche rein an einen Börsenpreis-Index anknüpfende Preisänderungsklausel (zum Arbeitspreis) die Voraussetzungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV nicht erfüllt. Es dürfte in der Regel dem Versorger jedenfalls kein Nachweis gelingen, dass sich die tatsächlichen Wärmeerzeugungskosten des Versorgers im Lieferjahr wie der gewählte Index entwickelt haben und dass die Entwicklung des Wärmemarktes durch diesen Index hinreichend abgebildet ist. Der Versorger müsste ebenfalls nachweisen, dass er gegenüber seinen Vorlieferanten einer Bindung an solche Preisänderungsparameter unterliegt, die ihrer Art und ihrem Umfang nach im Wesentlichen der von ihm gegenüber seinem Wärmekunden genutzten Bindung an diese Bezugsgröße(n) entspricht.

---

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 1. Juni 2022, Az: VIII ZR 287/20, BGHZ 233, 339-372, Rn. 31.

Darüber hinaus ist genau zu prüfen, ob der in den Preisänderungsklauseln als Änderungsfaktor genutzte Börsenpreisindex den Transparenzvorgaben genügt und vom Kunden hinreichend einsehbar ist.

Das alles dürfte wegen Intransparenz und Unangemessenheit in der Regel zu einer Nichtigkeit einer solchen rein auf einen Börsenpreis-Index abstellenden Preisänderungsklausel gemäß § 134 BGB i.V.m. § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV führen.

*(4) Wie kann die Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Wärmepreisen für Verbraucher:innen darüber hinaus erhöht werden?*

Mit den zuvor aufgezeigten Beispielen wurde dargelegt, dass im Rahmen der Angemessenheitsprüfung, aber auch der Transparenzprüfung der Preisänderungsklauseln auch geprüft wird, inwieweit die in Bezug genommenen Preisanpassungsfaktoren dem Kunden hinreichend nachvollziehbar dargelegt werden.

(aa)

Ein positiv hervorzuhebendes Beispiel aus der Rechtsprechung des BGH<sup>91</sup> ist insoweit das Folgende, mit dem der Preisanpassungsfaktor „B“ bzw. „B<sub>0</sub>“ so definiert wird, dass es dem Kunden (auch nach Ansicht des BGH) nachvollziehbar ist:

*„B<sub>0</sub> = 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>*

*\* Erläuternder Hinweis zur Veröffentlichung der Fundstelle B<sub>0</sub> 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.“*

---

<sup>91</sup> BGH, Urteile vom 27. September 2023, Az: VIII ZR 249/22 und Az: VIII ZR 263/22, Rn. 64.

(bb)

Ein anderes Beispiel für eine transparente Gestaltung einer Preisänderungsklausel insgesamt könnte etwa wie folgt aussehen (hier ein Beispiel für einen Messpreis):

- (1) *Der Messpreis ist unabhängig von einer Wärmeabnahme ab Inbetriebnahme der Übergabestation, frühestens jedoch ab dem vereinbarten Lieferbeginn zu zahlen. Beginnt oder endet die vereinbarte Lieferung innerhalb des nach § ... maßgeblichen Abrechnungsjahres, so ist dennoch der volle Messpreis zu entrichten. Der Netto-Messpreis ohne Umsatzsteuer pro Jahr berechnet sich nach folgender Formel:*

$$MP = \text{___} \text{ €} * (0,6 + 0,4 * L/L_0)$$

*In dieser Formel bedeuten:*

*MP = Messpreis*

*L = Index der tariflichen Stundenverdienste in der Gesamtwirtschaft ohne Sonderzahlungen, 2015 = 100, Deutschland, Wirtschaftszweig Energieversorgung, entsprechend der Veröffentlichung des Statistischen Bundesamtes, Fachserie 16, Reihe 4.3: Verdienste und Arbeitskosten, Index der Tarifverdienste und Arbeitszeiten; Abschnitt 1.1, laufendes Kennzeichen D.*

*L<sub>0</sub> = Index L; Stand: \_\_\_ [Datum] = \_\_\_ [konkreter Indexwert zum Basisdatum].*

*Der Messpreis ändert sich jeweils zum 1. Januar eines Jahres. Der maßgebliche Indexwert L ist, der für das dritte Quartal des Abrechnungszeitraumes veröffentlichte Wert.*

*In dem Messpreis sind Kosten für die fernablesbaren Messeinrichtungen in Höhe von \_\_\_ € enthalten. Durch die entfallende Vor-Ort-Ablesung werden weitere Messkosten in Höhe \_\_\_ € eingespart. Die vorstehenden Angaben beziehen sich auf den Preisstand bei Angebotserstellung.*

- (2) *Zu den Entgelten kommen die jeweils gesetzlich vorgeschriebene Umsatzsteuer (zurzeit ...%) und sonstige Steuern oder Abgaben, mit denen die Entgelte unmittelbar belastet sind, hinzu. Solche Steuern und Abgaben werden in der Rechnung einzeln ausgewiesen.*
- (3) *Verändern sich die Bezugswerte für die Preise bis zum Lieferbeginn, so kommen bereits ab Lieferbeginn mit den veränderten Werten berechnete Preise zur Anwendung.*
- (4) *Werden die den Preisen zugrunde liegenden Werte, Indizes oder Tarife nicht mehr veröffentlicht oder geändert, so hat der Lieferant den Bezugsindex oder Bezugstarif durch einen in seiner wirtschaftlichen Auswirkung möglichst gleichen oder den bisherigen Bezugsgrößen nahekommenden veröffentlichten Wert, Index oder Tarif zu ersetzen.*

(cc)

Darüber hinaus sind die Fernwärmeversorger zu Abrechnungs- und Verbrauchsinformationen verpflichtet, die die Transparenz weiter erhöhen.

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV hat die Abrechnung des Energieverbrauchs und die Bereitstellung von Abrechnungsinformationen einschließlich Verbrauchsinformationen nach den § 4 und § 5 der Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung in der jeweils geltenden Fassung (kurz: FFVAV) zu erfolgen. In diesen beiden Normen aus der FFVAV in derzeit gültiger Fassung<sup>92</sup> findet sich eine Vielzahl von Informationsvorgaben.

Nach **§ 4 Abs. 2 FFVAV** sind Versorgungsunternehmen, die Kunden mit Fernwärme oder Fernkälte versorgen, z.B. verpflichtet, die Kosten für fernablesbare Messeinrichtungen, die Einsparungen durch die entfallende Vor-Ort-Ablesung und Einsparungen durch spartenübergreifende Fernablesung dem Kunden klar und verständlich offenzulegen.

**§ 5 FFVAV** normiert darüber hinaus (wörtlich) wie folgt:

- (1) *Das Versorgungsunternehmen muss dem Kunden mit den Abrechnungen folgende Informationen unentgeltlich sowie auf klare und verständliche Weise zur Verfügung stellen:*
1. *die für die Versorgung des Kunden geltenden tatsächlichen Preise und dessen tatsächlichen Verbrauch,*
  2. *Informationen über*
    - a) *den aktuellen und prozentualen Anteil der eingesetzten Energieträger und der eingesetzten Wärme- oder Kältegewinnungstechnologien im Gesamtenergiemix im Durchschnitt des letzten Jahres,*
    - b) *die mit dem Energiemix verbundenen jährlichen Treibhausgasemissionen; bei Kunden, die mit Fernkälte oder Fernwärme aus technisch zusammenhängenden Fernkälte- oder Fernwärmesystemen mit einer thermischen Gesamtnennleistung unter 20 Megawatt versorgt werden, ist diese Verpflichtung erst ab dem 1. Januar 2022 anzuwenden,*
    - c) *die auf Wärme oder Kälte erhobenen Steuern, Abgaben oder Zölle,*
  3. *einen Vergleich des gegenwärtigen, witterungsbereinigten Wärme- oder Kälteverbrauchs des Kunden mit dessen witterungsbereinigtem Wärme- oder Kälteverbrauch im gleichen Zeitraum des Vorjahres in grafischer Form,*

---

<sup>92</sup> Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung vom 28. September 2021 (BGBl. I S. 4591; 4831), die durch Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Januar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 9) zuletzt geändert worden ist.

4. *Kontaktinformationen, darunter Internetadressen, von Verbraucherorganisationen, Energieagenturen oder ähnlichen Einrichtungen, bei denen Informationen über angebotene Maßnahmen zur Energieeffizienzverbesserung, Kunden-Vergleichsprofile und objektive technische Spezifikationen für energiebetriebene Geräte eingeholt werden können,*
  5. *Informationen über Beschwerdeverfahren im Zusammenhang mit der Verbrauchsmessung und der Abrechnung, über Dienste von Bürgerbeauftragten oder über alternative Streitbeilegungsverfahren, soweit diese zur Anwendung kommen,*
  6. *Vergleiche mit dem normierten oder durch Vergleichstests ermittelten Durchschnittskunden derselben Nutzerkategorie; im Fall der elektronischen Übermittlung der Abrechnung kann ein solcher Vergleich vom Versorgungsunternehmen alternativ online bereitgestellt und in der Abrechnung darauf verwiesen werden,*
  7. *in Fällen, in denen das Versorgungsunternehmen sich gegenüber dem Kunden zur Lieferung von Wärme oder Kälte verpflichtet, die zu einem bestimmten Anteil aus oder auf Basis von erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugt worden ist, einen Nachweis über den Anteil oder die Menge der eingesetzten erneuerbaren Energieträger und der eingesetzten Wärme- oder Kältetechnologien mittels Herkunftsnachweisen, die von der zuständigen Behörde nach § 5 des Herkunftsnachweisregistergesetzes vom 4. Januar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 9) für die an den Kunden gelieferte Wärme oder Kälte ausgestellt wurde.*
- (2) *Abweichend von Absatz 1 muss das Versorgungsunternehmen, soweit Abrechnungen im Fall des § 4 Absatz 3 Satz 2 nicht auf dem tatsächlichen Verbrauch beruhen, auf klare und verständliche Weise erklären, wie der in der Abrechnung ausgewiesene Betrag berechnet wurde. In der Abrechnung sind insoweit mindestens die Informationen gemäß Absatz 1 Nummer 4 und 5 anzugeben.*
- (3) *Das Versorgungsunternehmen hat zudem in leicht zugänglicher Form, auf seiner Internetseite und in den Abrechnungen, Informationen über den Primärenergiefaktor seines technisch zusammenhängenden Fernwärme- oder Fernkältesystems zugänglich zu machen sowie darüber, wie hoch in seinem technisch zusammenhängenden Fernwärme- oder Fernkältesystem der prozentuale Anteil der eingesetzten erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Absatz 2 des Gebäudeenergiegesetzes vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728) in der jeweils geltenden Fassung ist.*
- (4) *Auf Verlangen des Kunden ist das Versorgungsunternehmen verpflichtet, Informationen über die Abrechnungen und den historischen Verbrauch des Kunden, soweit verfügbar, einem vom Kunden benannten Energiedienstleister zur Verfügung zu stellen.“*

Zudem normiert **§ 24 Abs. 4 Satz 3 AVBFernwärmeV** explizit:

*Bei Anwendung der Preisänderungsklauseln ist der prozentuale Anteil des die Brennstoffkosten abdeckenden Preisfaktors an der jeweiligen Preisänderung gesondert auszuweisen.*

Letzteres Erfordernis ergibt sich auch bereits aus der zuvor zitierten Rechtsprechung des BGH zu Transparenz und Angemessenheit von Preisänderungsklauseln nach dem Maßstab des § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeV.

Zusätzlich könnte der Verordnungsgeber in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV den **Satz 2** wie folgt erweitern (Erweiterungsvorschläge in fett markiert):

*„Sie müssen die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen, **wobei öffentlich im Internet einsehbare Berechnungsfaktoren (z.B. Indices) unter genauer Bezeichnung der Fundstelle im Internet genutzt werden können oder bei Nutzung nicht öffentlich einsehbarer Berechnungsfaktoren wenigstens die Zusammensetzung des Berechnungsfaktors im Vertrag und in den Rechnungen erkennbar zu machen und zu erläutern ist.**“*

Hierdurch würde die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH zu den Transparenzanforderungen in den Verordnungstext aufgenommen.

*(5) Welche weiteren Angaben sollten aus Gründen der Transparenz von den Fernwärmeversorgungsunternehmen veröffentlicht werden müssen, beispielsweise zu Netzverlusten und Anteil der eingesetzten Energieträger und erneuerbaren Energien?*

Es gibt seit Oktober 2021 schon einige Erweiterungen von Transparenzpflichten gegenüber Fernwärmeversorgern. Diese fußen in erster Linie auf den Vorgaben aus der Energieeffizienzrichtlinie (EED 2018) der Europäischen Union, die nämlich verlangte, dass die Regelungen zur Messung, Abrechnung und Kundeninformation transparenter und auf digitale Abwicklung umzustellen waren. Außerdem dienen sie einer Umsetzung von Artikel 12 der EU-Richtlinie 2012/27/EU (Programm für „informierte und kompetente Verbraucher“).

Seit dieser Umsetzung der europäischen Vorgaben in der in 2021 novellierten AVBFernwärmeV sowie in der damals neu geschaffenen FFVAV treffen jeden Fernwärmeversorger einige Transparenzpflichten.

Unter anderem treffen ihn nach **§ 1a AVBFernwärmeV** folgende Veröffentlichungspflichten:

- (1) *Das Fernwärmeversorgungsunternehmen hat in leicht zugänglicher und allgemein verständlicher Form in jeweils aktueller Fassung seine allgemeinen Versorgungsbedingungen, einschließlich der dazugehörenden Preisregelungen, Preisanpassungsklauseln und Preiskomponenten, sowie eindeutige Verweise auf die Quellen verwendeter Indizes und Preislisten barrierefrei im Internet zu veröffentlichen.*
- (2) *Das Fernwärmeversorgungsunternehmen hat zudem Informationen über die Netzverluste in Megawattstunden pro Jahr als Differenz zwischen der Wärme-Netzeinspeisung und der nutzbaren Wärmeabgabe im Internet in leicht zugänglicher und allgemein verständlicher Form zu veröffentlichen. Die Wärmeabgabe entspricht der vom Kunden und vom Versorger für eigene Einrichtungen entnommenen Wärme.*

Alle Fernwärmeversorger, die nach AVBFernwärmeV Fernwärmelieferverträge abschließen und auf dieser Basis Endkunden versorgen, haben danach auf ihrer Internetseite in leicht zugänglicher und allgemein verständlicher Form insbesondere Folgendes zu veröffentlichen

- ihre aktuellen allgemeinen Versorgungsbedingungen
- ihre Netzverluste
- ihre Preis- und Preisanpassungsregelungen sowie Preiskomponenten und
- die Quellen verwendeter Indizes und Preislisten.

Gerade letzterer Punkt ist sehr wichtig für die Transparenz, und zwar insbesondere dann, wenn Indices / Tarife in den Preisänderungsklauseln genutzt werden, die nicht allgemein zugänglich sind oder nur für kurze Zeit öffentlich einsehbar bzw. nur sehr schwer einsehbar sind. Die AVBFernwärmeV verlangt hier sogar „eindeutige“ Verweise, die barrierefrei im Internet von jedem Versorger bereitzustellen sind.

In der Begründung des Ordnungsgebers heißt es zu diesem neuen § 1a AVBFernwärmeV des Weiteren:

*„Die Veröffentlichung in allgemein verständlicher Form bedeutet, dass **Formeln und Berechnungen anhand von Musterverbräuchen zu verdeutlichen** sind. Hilfreich sind auch Grafiken zum Aufbau der Fernwärmeversorgung (gegebenenfalls Skizze zur Hausstation – Übergabestation und Hauszentrale), zu den Technischen Anschlussbedingungen Fernwärme und Beispielrechnungen mit Abrechnungsbeispielen für verschiedene Wohnformen/Varianten.“<sup>93</sup>*

Aus § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 a) und b) FFVAV ist schon heute jeder Fernwärmeversorger zudem verpflichtet, seinen Fernwärmekunden Informationen über den aktuellen und prozentualen Anteil der eingesetzten Energieträger und der eingesetzten Wärme- oder Kältegewinnungstechnologien im Gesamtenergiemix im Durchschnitt des letzten Jahres sowie Informationen über

---

<sup>93</sup> Zitat aus Seite 13 der Bundesrats- Drucksache 310/21. Hervorhebung nicht im Original.

die mit dem Energiemix verbundenen jährlichen Treibhausgasemissionen zu übermitteln.

Außerdem ist der ebenfalls vorzitierte **§ 5 Abs. 3 FFVAV** zu beachten, wonach jedes Fernwärmeversorgungsunternehmen in leicht zugänglicher Form, auf seiner Internetseite und in den Abrechnungen, auch Informationen über den Primärenergiefaktor seines technisch zusammenhängenden Fernwärmesystems zugänglich zu machen hat sowie darüber zu informieren hat, wie hoch in seinem technisch zusammenhängenden Fernwärmesystem der prozentuale Anteil der eingesetzten erneuerbaren Energien ist.

Nach **§ 5 Abs. 1 Nr. 7 FFVAV** müssen Fernwärmeversorger, die sich gegenüber ihrem jeweiligen Kunden zur Lieferung von Wärme oder Kälte verpflichtet haben, die zu einem bestimmten Anteil aus oder auf Basis von erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugt worden ist, zudem einen konkreten Nachweis über den Anteil oder die Menge der eingesetzten erneuerbaren Energieträger und der eingesetzten Wärme- oder Kältetechnologien mittels Herkunftsnachweisen nachweisen, die von der zuständigen Behörde nach § 5 des Herkunftsnachweisregistergesetzes vom 4. Januar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 9) für die an den Kunden gelieferte Wärme oder Kälte ausgestellt wurde.

Zu dem letzten Punkt besteht indes das faktische Problem, dass nach den mir vorliegenden Informationen solche **Herkunftsnachweise für Wärme** noch nicht ausgestellt werden, weil die entsprechende Verordnung dazu noch nicht in Kraft getreten ist. Es gibt (Stand heute) nur einen Referentenentwurf einer Verordnung über ein Herkunftsnachweisregister für gasförmige Energieträger, Wärme und Kälte (sog. Gas- und Wärme Herkunftsnachweisregisterverordnung – Gas/Wärme-HkNRV).<sup>94</sup>

Aus Verbrauchersicht zu begrüßen ist indes die Regelung in § 3 Abs. 1 und 2 FFVAV, wonach die Messung der abgerechneten Fernwärmemenge in den Übergabestationen<sup>95</sup> und in der Weise zu erfolgen hat, dass dadurch der tatsächliche Fernwärmeverbrauch des Kunden präzise widerspiegelt wird. Das bedeutet, dass eine Messung mit geeichtem Wärmemengenzähler (in den Übergabestationen) zu erfolgen hat und die früher noch bestehende Möglichkeit des § 18 Abs. 2 AVB-FernwärmeV a.F. grundsätzlich abgeschafft ist, wonach noch eine Umrechnung der Wärmemenge aus eingesetzter Energiemenge (z.B. aus Gasverbrauch) erfolgen

---

<sup>94</sup> Im Internet veröffentlicht unter (Abruf zuletzt am 14.11.2023): <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/20230920-referentenentwurf-hknrv-gas-waerme-und-kaelte.html>

<sup>95</sup> Unzulässig wäre es danach also z.B. (anders als im sog. Hilfsverfahren bei den sog. Mieterdirektverträgen nach § 18 Abs. 1, S. 3 AVBFernwärmeV) den Ort der Übergabe in die Wohnung des Mieters zu legen, aber die Wärme nur zentral im Keller zu messen.

durfte. Dieser Wegfall erhöht die Transparenz – gerade in Bezug auf die Effizienz der Wärmeerzeugungsanlagen.

Nach **§ 3 Abs. 1 Satz 4 FFVAV** ist dem Fernwärmeversorger schließlich eine Schätzung nur dann zulässig, wenn es „aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, den tatsächlichen Verbrauch für einen bestimmten Abrechnungszeitraum nicht ermitteln kann“. Hier ist indes die Rechtsfolge darüber nicht eindeutig geregelt, was passiert, wenn der Fernwärmeversorger tatsächlich aus von ihm zu vertretenden Gründen den Verbrauch nicht ermitteln kann und dann auch nicht schätzen darf. Es wäre zu begrüßen, hier eine Klärung herbeizuführen.

Ein weiterer Punkt für eine bessere Transparenz wäre eine Anpassung des **§ 1a Abs. 2 Satz 1 AVBFernwärmeV** in Bezug auf die oben bereits thematisierte Angabe zu den Netzverlusten.

Angaben zu den Netzverlusten machen aus Verbrauchersicht nämlich nur dann Sinn, wenn sie in Relation zur Netzleistung gesetzt werden, d.h. wenn man als Endkunde der Wärme überhaupt eine Einordnung der Größenordnung vornehmen kann. Andernfalls stehen die „xy MWh/a Netzverlust“ im „luftleeren“ Raum und können nicht eingeordnet und in Relation zur installierten Leistung gesetzt werden.

Einige Versorger geben deshalb nicht nur die absoluten Zahlen (in MWh/a) an, sondern zusätzlich auch die Netzleistung, oder sie geben sogar die Netzverluste als Prozentzahl an. Das machen aber nicht alle, weshalb sich eine **Klarstellung in § 1a Absatz 2 Satz 1 AVBFernwärmeV** wie folgt anbietet (Änderungsvorschläge in fett hervorgehoben):

*„Das Fernwärmeversorgungsunternehmen hat zudem Informationen über die Netzverluste **in Prozent und** in Megawattstunden pro Jahr als Differenz zwischen der Wärme-Netzeinspeisung und der nutzbaren Wärmeabgabe im Internet in leicht zugänglicher und allgemein verständlicher Form zu veröffentlichen.“*

*(6) Existieren landesrechtliche Vorgaben zur Transparenz, die sich bewährt haben und deshalb in Bundesrecht überführt werden sollten?*

Es gibt z.B. schon seit einigen Jahren eine Regelung in **§ 8 Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein (EWKG)**.

Diese Norm lautet:

- (1) Die Bekanntgabe nach § 1 Absatz 4 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2722), hat im Internet zu erfolgen. Die Bekanntgabepflicht nach Satz 1 gilt ab dem 1. Juli 2017.*
- (2) Natürliche oder juristische Personen, die Wärme oder Kälte über ein Wärme- oder Kältenetz an Dritte liefern oder ein Wärme- oder Kältenetz betreiben, haben ab dem 1. Juli 2017 folgende Informationen im Internet zu veröffentlichen:*
  - 1. Produktinformationen zum Anteil der einzelnen Energieträger an dem Gesamtenergieträgermix der Wärme- und Kälteerzeugung sowie der einzelnen Wärme- oder Kältenetze, der im letzten oder vorletzten Jahr verwendet worden ist, sowie Informationen über Kohlendioxidemissionen,*
  - 2. den Primärenergiefaktor im jeweiligen Netz.*
- (3) Das für Energie und Klimaschutz zuständige Ministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung nähere Vorgaben zur Methodik der Ermittlung und Darstellung der Informationen festzulegen.*

Diese Vorgaben aus Schleswig-Holstein sind bereits größtenteils in der oben dargestellten FFVAV aufgegangen und insoweit bereits „überführt“ in Bundesrecht. Was noch im Bundesrecht fehlt, ist die Veröffentlichungspflicht im Internet, hier könnte eine Erweiterung entsprechend der Vorgaben aus Schleswig-Holstein mehr Transparenz schaffen.

In Berlin gibt es eine ähnliche Regelung in **§ 28 des Berliner Klimaschutz- und Energiewendegesetzes (EWG Bln)**, die wie folgt lautet:

- (1) Betreiber allgemeiner Wärmeversorgungsnetze haben spätestens bis zum 31. Dezember 2022 folgende Informationen im Internet zu veröffentlichen und jährlich zu aktualisieren:*
  - 1. den Anteil der einzelnen Energieträger an dem Gesamtenergieträgermix der im letzten oder vorletzten Jahr transportierten Wärme,*
  - 2. die daraus resultierenden Kohlendioxidemissionen der transportierten Wärme,*
  - 3. den Primärenergiefaktor der transportierten Wärme,*

4. *eine Bilanz über die im Fernwärmenetz entstehenden Wärmeverluste,*
  5. *Angaben, Preisregelungen und Preislisten nach § 1 Absatz 4 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742), die zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist, sowie*
  6. *Angaben über technisch mögliche Netzanschlusspunkte für den Anschluss von Anlagen zur Erzeugung klimaschonender Wärme nach § 23 Absatz 1 Satz 1, insbesondere die räumliche Lage und die technischen Anforderungen für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit, sowie diskriminierungsfreie Netzanschlussbedingungen, jeweils bezogen auf die einzelnen sowie im Mittel über alle von ihnen betriebenen Wärmeversorgungsnetze.*
- (2) *Der Senat von Berlin wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung weitere zu veröffentlichende Daten, den Veröffentlichungsort, die Form der Veröffentlichung und den näheren Inhalt der zu veröffentlichenden Daten zu regeln.*

Auch diese Vorgaben aus Berlin sind bereits größtenteils in der oben dargestellten FFVAV aufgegangen und insoweit ebenfalls bereits „überführt“ in Bundesrecht. Auch hier fehlt im Bundesrecht noch die Veröffentlichungspflicht im Internet und auch hier könnte eine Erweiterung entsprechend der Vorgaben aus Berlin ebenfalls auch auf Bundesebene mehr Transparenz schaffen.

*(7) Wie lassen sich diese Anforderungen in einer für Fernwärmeversorgungsunternehmen praktikablen Form in der AVBFernwärmeV umsetzen?*

In der FFVAV und der AVBFernwärmeV sind schon viele der ehemals nur auf Landesebene bestehenden Vorgaben umgesetzt worden.

Meines Erachtens fehlt es indes heute insbesondere noch an der Umsetzung zu den Herkunftsnachweisen für Wärme. Das sollte meiner Meinung nach dringend gelöst werden. Die entsprechende Verordnung hat eine umfangreiche Konsultation hinter sich (mit Anhörung der Verbände) und sollte bald finalisiert werden und in Kraft treten, damit die entsprechenden Informationspflichten gegenüber den Endkunden in Bezug auf „grüne Fernwärme“ auch hinreichend erfüllt werden können.

Auch sollte die Frage des Umgangs mit einer vom Fernwärmeversorger verschuldet fehlerhaften Messung und demzufolge nicht zulässigen Schätzung besser gesetzlich gelöst werden (Verhältnis zwischen § 21 Abs. 1 AVBFernwärmeV und § 3 Abs. 1 Satz 4 FFVAV), auch dazu bereits unter Frage (5).

Schließlich sind die Veröffentlichungspflichten im Internet auf Bundesebene zu erweitern und die Netzverluste auch transparenter (in Prozent, statt nur als absolute Zahlen) zu veröffentlichen. Hierzu habe ich oben bereits einen Vorschlag formuliert.

## **II. Fragen zum Verhältnis von Kosten- und Marktelement**

### *(1) Was ist unter einem angemessenen Verhältnis zwischen Kosten- und Marktelement zu verstehen?*

Wie bereits oben dargestellt, hat der BGH in ständiger Rechtsprechung hierzu mehrfach entschieden, dass § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV seiner Ansicht nach in einer Arbeitspreisänderungsformel dem Markt- und dem Kostenelement „an sich den gleichen Rang zuweist und Abstufungen nur im Rahmen der Angemessenheit erlaubt“.<sup>96</sup> Demnach ließ der BGH bis dato stets eine hälftige Gewichtung von Markt- und Kostenelement genügen und sah und sieht dies als angemessenen „Grundfall“ an. Für Abweichungen von dieser grundsätzlichen hälftigen Aufteilung verlangt der BGH begründete „Anhaltspunkte“, aus denen sich konkret ergeben muss, dass im jeweils vorliegenden Einzelfall ausnahmsweise eine hälftige Aufteilung nicht sachgerecht und auch nicht (mehr) geeignet sei, sowohl angemessen an den Kosten, als auch am Wärmemarkt orientiert zu sein.<sup>97</sup>

### *(2) Sollte es für das Verhältnis zwischen Kosten- und Marktelement eine allgemeingültige Regelung geben, oder ist davon auszugehen, dass ein angemessenes Verhältnis von Netz zu Netz unterschiedlich ist?*

Der BGH meint, wie bereits ausgeführt, dass „in der Regel“ eine hälftige Aufteilung zwischen Markt- und Kostenelement angemessen sei. Er lässt dabei indes vollkommen offen, was seiner Meinung nach Ausnahmen von dieser Regel sein könnten.

In der Literatur<sup>98</sup> wird dementsprechend vertreten, dass eine von der hälftigen Gewichtung abweichende vorrangige Berücksichtigung eines anderen Kriteriums „nicht grundsätzlich ausgeschlossen“ sei. Das gelte insbesondere zugunsten des Kostenelements. Begründet wird das mit dem bereits oben dargelegten Argument, dass der Gesetzgeber mit dem Marktelement „nur“ verhindern wolle, dass sich die Preisgestaltung „losgelöst von den Verhältnissen am Wärmemarkt“ vollziehe<sup>99</sup> und dementsprechend dem Marktelement danach nur eine Korrekturfunktion zukomme. Eine höhere Gewichtung des Kostenelements sei demnach solange angemessen und damit zulässig, wie das Marktelement die ihm zugeordnete Korrekturfunktion noch erfüllen könne.

Wie weit diese Spielräume reichen, ist indes vollkommen offen und eine Frage der Umstände des Einzelfalls. Im Zweifel sollte daher davon auszugehen sein, dass

---

<sup>96</sup> BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 273/09, 2. Leitsatz und Rn. 44, NJW 2011, 2501-2508; BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 20, NJW 2011, 3222-3226; BGH,

<sup>97</sup> siehe hierzu zuletzt: BGH, Urteil vom 27. September 2023, Az: VIII ZR 249/22, Rn. 37, juris.

<sup>98</sup> vgl. Thomale, CuR 2012, 4, 5; Thomale, CuR 2011, 64, 66; Wessling/Stopfer, EnWZ 2022, 353.

<sup>99</sup> vgl. die Begründung in BR-Drs. 90/80, 56.

eine hälftige Aufteilung rechtssicher ist und alles, was davon abweicht, seitens des Verwenders der AVB (also des Versorgers) sorgsam zu begründen ist.

Denkbar scheint die Ausführung des Fernwärmeversorgers, dass wegen einer „besonderen“ Netztopologie ein Grund für eine Abweichung von der 50:50-Regel bestünde. Das leuchtet mir aber logisch nicht ein, denn gerade das „Korrektiv-Argument“, dass es zugunsten allen Fernwärmekunden einen „Dämpfer“ in Form eines zu 50 % gebotenen Gleichlaufs aller Fernwärmekunden geben soll, greift meines Erachtens vollkommen unabhängig von der Lage und Größe des Wärmenetzes. Es gilt überall gleichermaßen. Insofern sehe ich auch nicht, dass es in bestimmten Netzen einen geringeren und in anderen einen größeren Korrekturbedarf durch das Marktelement geben würde. Selbstverständlich sind die Kostenstrukturen in kleinen Wärmenetzen ganz anders als in großen Wärmenetzen. Aber das ist eher eine Frage der Aufteilung zwischen Grund- und Arbeitspreis sowie der Frage der Gestaltung der Kostenelemente im Arbeits- und im Grundpreis. Hier gibt es selbstverständlich Preisunterschiede. Die bilden sich auch (massiv) im Gesamt-Wärme-lieferentgelt ab, ändern aber nichts an dem grds. gleichbleibenden Korrekturbedarf durch das Marktelement. Unterschiedliche Ausgangspreisniveaus und Kostenstrukturen – je nach Größe von Netz und Heizwerk – sind etwas anderes und das sollte mit der Frage des Gebotenseins, die Preisentwicklung am Markt zu orientieren, meines Erachtens nicht vermischt werden. Das würde dem Sinn und Zweck des Marktelements aus § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV widersprechen.

Sofern in erneuerbaren Netzen und/oder in kleineren Netzen ein im Verhältnis höherer Grundpreisanteil (pro Lieferjahr) besteht, wirkt das Marktelement ohnehin bereits weniger dämpfend. Denn es ist nur im Arbeitspreis aufzunehmen und kann insofern von vornherein nur die Anstiege des Arbeitspreises über das Kostenelement dämpfen, d.h. abschwächen oder aber eben sogar auch erhöhen – und dadurch zu einem Gleichlauf der Arbeitspreisentwicklung mit anderen Wärmenetzen beitragen.

Ich meine nach alledem nicht, dass die Frage des angemessenen Verhältnisses zwischen Kosten- und Marktelement von Netz zu Netz unterschiedlich zu beantworten ist.

Zur Absicherung dieses Befundes könnte der Verordnungsgeber in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV den **Satz 1** wie folgt *erweitern* (Erweiterungsvorschläge in fett markiert):

*„Preisänderungsklauseln dürfen nur so ausgestaltet sein, daß sie **jeweils zur Hälfte** sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen (**Kostenelement**) als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (**Marktelement**) angemessen berücksichtigen.“*

Hierdurch würde die oben dargestellte Rechtsprechung des BGH zum Grundsatz der hälftigen Aufteilung zwischen Kosten- und Marktelement in den Verordnungstext aufgenommen.

### **III. Fragen zur Abbildung klimaneutraler Wärmeerzeugungstechnologien in Preisänderungsklauseln**

*(1) Wie können die laufenden Kosten eines Fernwärmeversorgungsunternehmens bei der Wärmeerzeugung von Technologien, die nach allgemeinem Verständnis als klimaneutral gelten, realistisch transparent und praxisnah in den Preisänderungsklauseln abgebildet werden?*

- (aa) Holz und andere Formen von Biomasse*
- (bb) Klimaneutral erzeugter Wasserstoff*
- (cc) Abwärme aus Industrieprozessen und Rechenzentren*
- (dd) Abwärme aus der Verbrennung von biogenem Abfall*
- (ee) Großwärmepumpen*
- (ff) Geothermie*
- (gg) Solarthermische Anlagen*

Die Frage fokussiert sich auf eine „realistische, transparente und praxisnahe“ Darstellung der Kostenentwicklung der genannten unterschiedlichen Energieträger.

Mit dieser Stellungnahme habe ich mehrfach (zuletzt oben bei der Beantwortung zur Frage 1) ein Kostenelement aufgezeigt, welches ich für rechtskonform erachte. Dieses Kostenelement kommt einer „Kostenechtheit“ sehr nahe, indem es direkt die Bezugskostenentwicklungen in Bezug nimmt. Es lautet:

*„Energieträgerkosten des Fernwärmelieferanten in dem für die Preisermittlung maßgeblichen Zeitraum. Maßgeblich ist der Mischpreis in €/kWh inklusive aller Steuern und Abgaben, aber ohne Mehrwertsteuer, der sich aufgrund der bezogenen Menge und Leistung ergibt.“*

Wenn eine Fernwärmeversorger solch ein Kostenelement nutzt, hat er zugleich hinreichend transparent die Art und Weise der Berechnung und der periodischen Anpassung aufzuzeigen, so dass jeder Wärmekunde Preisänderungen ebenfalls selbst beurteilen kann. Auch wären identische Berechnungszeiträume wie im Bezugsvertrag zu verwenden (kein Zeitversatz) und müsste der Verwender (d.h. der Fernwärmeversorger) im Bestreitensfalle auch nachweisen, dass Preissteigerungen des Vorlieferanten (Energieträgerlieferanten), die im Wettbewerb nicht durchsetzbar wären, nicht vorliegen.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> argumentum ex: BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15; auch dazu bereits oben bei Frage 1.

Der BGH hat zu einem ähnlichen Kostenelement – in Bezug auf einen Weiterleitungsfall, bei dem der Fernwärmeversorger seinerseits Fernwärme von einem Vor-Wärmelieferanten bezog – dieses Kostenelement, was direkt an den Fernwärmepreis dieses Vor-Wärmelieferanten anknüpfte, für mit dem Transparenzgebot des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV im Einklang gesehen.<sup>101</sup>

Ich meine, wie in dieser Stellungnahme mehrfach dargelegt, dass man dies auf die Fälle übertragen kann, in denen der Fernwärmelieferant aus anderen Energieträgern (Brennstoffen) die Wärme selbst produziert und dann verkauft. Auch hier hat er Bezugs- bzw. laufende, wärmeverbrauchsabhängige sonstige Fremd-, Einkaufs- oder sonstige -kosten, an die er in seinem Kostenelement anknüpfen kann.

Bei Nutzung einer solchen Klausel muss der Versorger freilich im Bestreitensfalle die auf Basis eines solchen Kostenelementes geltend gemachten Preisanstiege auch nachweisen. Er muss zudem eine hinreichende Erläuterung geben und darf keine Weitergabe solcher Kostensteigerungen tätigen, die er ohne die Möglichkeit der Abwälzung auf den Kunden aus betriebswirtschaftlichen Gründen vermieden hätte.<sup>102</sup> Auch das wäre gegenüber dem Kunden im Bestreitensfalle nachzuweisen.

Ich hielte diesen Weg hier auch für näher an dem gesetzlichen Leitbild als die Anknüpfung an Indices des Stat. Bundesamtes (abgesehen davon, dass dazu kein geeigneter verfügbar scheint). Aber auch eine Anknüpfung an „private Indices“, wie z.B. Indices von CARMEN e.V. für Holz, etc., hielte ich für rechtsunsicherer. Denn dann müsste der Versorger einen „abstrakt-generellen Gleichlauf“ dieser Indices mit seinem Energieträger-Einkauf bzw. seinen sonstigen laufenden, wärmeverbrauchsabhängigen Kosten nachweisen, also seine Bezugsverträge 1:1 in gleicher Weise ausgestalten oder doch zumindest „im Wesentlichen“ in gleicher Art und Weise, wie in dieser Stellungnahme mit weiteren Einzelheiten dargestellt.

Nach alledem wäre für mich für alle in der Frage genannten Energieträger das gleiche, oben dargestellte, Kostenelement in einer Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis nutzbar. Daneben wäre ein Marktelement aufzunehmen.

Die Klausel könnte dann so aussehen:

$$AP = AP_o * (0,5 * K_{neu}/K_o + 0,5 * M_{neu}/M_o)$$

$$AP = \text{Arbeitspreis}$$

$$K = \text{Kostenelement} = \text{Energieträgerkosten des Fernwärmelieferanten in dem für die Preisermittlung maßgeblichen Zeitraum. Maßgeblich ist der}$$

---

<sup>101</sup> BGH, Urteil vom 01.06.2022, Az: VIII ZR 287/20.

<sup>102</sup> vgl. BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az. VIII ZR 268/15, Tz. 47 ff.

*Mischpreis in €/kWh inkl. aller Steuern und Abgaben, aber ohne MwSt, der sich aufgrund der bezogenen Menge und Leistung ergibt*

*M = Marktelement*

*(2) Sollten bei Technologien, die so gut wie keine laufenden Kosten erzeugen, die Investitionskosten (auch) über den Arbeitspreis der Wärme gewälzt werden können, oder weiterhin nur über den Grundpreis?*

Meines Erachtens darf bereits heute seitens der Verwender (Fernwärmeversorger) relativ frei entschieden werden, wo er seine Kosten zuordnet. Das heißt, ein Verwender von AVB kann in gewissen Spielräumen entscheiden, ob eine Kostenposition seiner Wärmeversorgung eher als „verbrauchsunabhängig“ oder als „verbrauchsabhängig“ anzusehen ist. So kann er insbesondere entscheiden, ob er Kosten aus der Wärmeproduktion eher dem Arbeitspreis oder dem Grundpreis zuordnet. Schließlich kann er sogar einen Mischpreis nehmen (also sein Wärmelieferentgelt gar nicht in Arbeits- und Grundpreis oder Leistungspreis aufteilen).

Rechtlich gibt es keinen Zwang, den Wärmepreis in Grund- und Arbeitspreis aufzuteilen. Es gibt durchaus Versorger, die nur einen Wärmepreis (Mischpreis) haben.

Der Arbeitspreis deckt üblicherweise die Kosten der Lieferung der Wärme, also die Kosten der Beschaffung der Einsatzenergie (z.B. Brennstoffe), die Kosten der Betriebsenergie (z.B. Pumpenstrom) und die bei der Umwandlung der Einsatzenergie in die Wärme vom Anlagenwirkungsgrad abhängigen Verluste (z.B. Abwärmeverluste über das Abgas).

Der Grundpreis deckt üblicherweise die Kapitalkosten für die Investition in die Energieversorgungsanlage, die Kosten der Pflege, Überwachung, Wartung und Reparatur der Anlage und – wenn nicht gesondert (in einem separaten Messpreis) vereinbart – die Kosten der Messung des Verbrauchs sowie Versicherungskosten und weitere, aus der Vorhaltung der Anlage erwachsende Kosten sowie einen Unternehmergewinn ab. Diese Kosten fallen an, solange die Anlage vorgehalten wird und sind weitgehend unabhängig von Verbrauchsschwankungen des Endkunden, was entsprechend einkalkuliert werden muss.

Insoweit können Kostenpositionen aus rechtlicher Sicht weitestgehend ohne rechtliche Grenzen auch „frei“ einem der beiden Preisbestandteile zugeordnet werden. Wie weit man da geht, dürfte aber aus Versorgersicht zumeist eine wirtschaftlich durchaus bedeutsame Frage sein,<sup>103</sup> wobei indes selbstverständlich in rechtlicher

---

<sup>103</sup> Eine Zuordnung von zu vielen Kostenpositionen in den Arbeitspreis führt dann, wenn die Kunden wesentlich weniger an Wärme (Arbeit) verbrauchen als bei der Planung vor Lieferbeginn berechnet und als Durchschnittsverbrauch angenommen, zu Problemen (Unterdeckungen) beim Versorger. Umgekehrt

Sicht auch zu beachten ist, dass auch Grundpreisanpassungsklauseln mit den sich aus dem Kostenelement ergebenden Anforderungen vereinbar sein müssen. Insofern müsste zumindest die Weitergaben von Preisanstiegen in den Preisänderungsklauseln sorgsam – und anders – austariert werden, als in der Situation, wo man nicht so viele Kostenpositionen im Grundpreis hat.

Neben der Aufteilung in Grund-, Arbeits- und gegebenenfalls Messpreis finden sich schließlich – wie bereits gezeigt – in der Fernwärmeversorgung auch durchaus Preismodelle, bei denen das Entgelt ausschließlich oder jedenfalls zu einem weit überwiegenden Anteil aus einem mengenabhängigen Preis besteht. Die Vorhaltekosten müssen dann in den Preis für die verbrauchte Wärmemenge einkalkuliert werden, wo dann die gleichen, wie in Fußnote 100 beschriebenen Probleme zu beachten sind. Auch hier kann dann eine freilich umgekehrte „Schieflage“ entstehen, dass nämlich dann, wenn die der kWh Wärme zugeordneten Vorhaltekosten sich als zu niedrig erweisen, weil die Wärmeendkunden weniger Fernwärme abnehmen als angenommen, eine Unterdeckung bei den Vorhaltekosten des Fernwärmelieferanten erfolgt – und im umgekehrten Fall, wenn die Wärmeendkunden mehr Fernwärme abnehmen, der Fernwärmeversorger Erträge erzielt, die über seinen kalkulierten Vorhaltekosten liegen.

**Fazit:** Beide Modelle, also sowohl das Modell mit Wärmemischpreisen, als auch das Modell mit Zuordnungen von verbrauchsabhängigen Kosten in den Grundpreis, haben wirtschaftliche Risiken. Sie können gar zu überproportionalen Mehrbelastungen des Kunden führen und bei großen Abweichungen vom angenommenen Fernwärmeverbrauch kann es sogar zu schwerwiegenden Verschiebungen des bei Vertragsschluss vereinbarten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung kommen.

Zwar gibt es im allgemeinen Vertragsrecht keine präzisen rechtlichen Vorgaben, die eine bestimmte Art der Preisstruktur vorschreiben<sup>104</sup> und auch im Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV ergeben sich aus § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV für die Preisbildung (des Ausgangspreises) als solche auch keine unmittelbaren Vorgaben.

Gleichwohl scheint es naheliegend, dass die Rechtsprechung den Vorgaben aus § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV auch für die Preisbildung Bedeutung beimessen dürfte. Denn gerade die in dieser Stellungnahme (erneut) breit dargelegte Kasuistik zum Kostenelement zeigt, dass der BGH davon auszugehen scheint, dass mit der Norm des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV auch ein für die gesamte Fernwärmeversorgung geltender Grundsatz der kostenorientierten Preisbildung statuiert wurde.

---

führt eine zu große Zuordnung von Kosten in den Grundpreis irgendwann bei „Wenig-Verbrauchern“ zu sehr hohen spezifischen Wärmepreisen (und zu einer Überdeckung).

<sup>104</sup> vgl. BGH, Urteil vom 04.11.2003, Az: KZR 16/02, Rn. 47.

Damit können rechtlich im Ergebnis zwar bestimmte Mischmodelle rechtswirksam sein, so dass man gewisse Anteile an verbrauchsabhängigen Kosten in den Grundpreis und umgekehrt auch gewisse Anteile verbrauchsabhängiger Kosten in den Arbeitspreis wird „verlagern“ dürfen. Auch die Vereinbarung über die Zahlung eines reinen Mengen- oder Mischpreises ist mithin nicht per se unzulässig.

Alle solche „Verschiebungen“ – abseits von der „klassischen“ Arbeits- und Leistungs-/Grund- bzw. Messpreis-Aufteilung – dürften aber nur so lange noch rechtswirksam sein, wie im Ergebnis noch eine ausgewogene Preisgestaltung vorliegt<sup>105</sup> und es also (noch) nicht zu Überdeckungen bzw. Übergewinnen beim Versorger kommt und mithin das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung sich nicht zu sehr verschiebt. Im Zweifel sollte daher meiner Meinung nach das übliche Preismodell gewählt werden.

Rechtlich wichtig ist freilich noch, dass dann, wenn ein Fernwärmeversorger wie hier skizziert abweichend vorgeht – und also ein Mengen- oder Mischpreismodell wählt oder schlicht Kostenpositionen, die eigentlich in den Arbeitspreis gehören, in den Grundpreis verschiebt – und es dadurch dann zu Mindererträgen (Unterdeckungen) bei ihm kommt (etwa aufgrund eines von ihm zu hoch angesetzten Verbrauchs), dieser Versorger sich dann nicht auf die Unangemessenheit einer solchen Preisstruktur berufen kann. Grund dafür ist, dass er der Verwender der AGB bzw. AVB ist und er also dieses (abweichende) Preissystem selbst gestellt und dem Endkunden (Verbraucher) vorgegeben hat. Ein solcher Verwender kann sich nach dem Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht) nicht nachträglich auf die Unwirksamkeit einer solchen Regelung in seinen AGB bzw. AVB berufen. Das würde gegen das für AGB bestehende Verbot der geltungserhaltenden Reduktion verstoßen.

Letztendlich ist die Zuordnung daher meines Erachtens zuvörderst eine Wirtschaftlichkeitsfrage und eine Frage, wie der Versorger sein Risiko verlagern will. Will er einen Rückerhalt verbrauchsunabhängiger Kosten (Investitionskostenzuordnungen) eher vom Nutzer- bzw. Verbrauchsverhalten des Kunden abhängig machen (dann Zuordnung zum Arbeitspreis) oder will er dies nicht (dann Zuordnung zum Grundpreis).

Aus Kunden- und Verbrauchersicht ist beides entscheidend: günstige und klimaschonende Wärme zu erhalten. Die klimaschonende Wärme erfordert Investitionen, die heute noch höher sind als bei klimaschädlicher Wärme. Dafür werden die fossilen Brennstoffkosten (nach BEHG, TEHG und künftig ETS II) in Zukunft weiter ansteigen, so dass die Betriebskosten klimaschädlicher Heiztechnologien spätestens ab 2027 immens steigen werden. Der heute und in Zukunft noch nied-

---

<sup>105</sup> ebenso bereits: Hermann/Recknagel/Schmidt-Salzer, § 24, Rn. 15.

rige Grundpreis des fossilen Versorgers wird durch einen immer höheren Arbeitspreis ergänzt werden. Diesen Nachteil haben die klimafreundlichen Technologien nicht, so dass das Verhältnis „kippen“ wird.

Ich meine, dass dieser Umstand in den Fokus gerückt werden sollte. Der zum 01.01.2024 in Kraft tretende neue **§ 71 Abs. 11 GEG** wird genau das adressieren:

*„Vor Einbau und Aufstellung einer Heizungsanlage, die mit einem festen, flüssigen oder gasförmigen Brennstoff betrieben wird, hat eine Beratung zu erfolgen, die auf mögliche Auswirkungen der Wärmeplanung und eine mögliche Unwirtschaftlichkeit, insbesondere aufgrund ansteigender Kohlenstoffdioxid-Bepreisung, hinweist. Die Beratung ist von einer fachkundigen Person nach § 60b Absatz 3 Satz 2 oder § 88 Absatz 1 durchzuführen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz und das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen stellen bis zum 1. Januar 2024 Informationen zur Verfügung, die als Grundlage für die Beratung zu verwenden sind.“*

Es wäre zu erwägen, entsprechende Informationspflichten in Abrechnungen von Vermietern (Betriebskosten) und Wärmeversorgern aufzunehmen.

Auf der anderen Seite sollte sich weiterhin sparsames Nutzerverhalten lohnen, um einen Anreiz für klimaschonendes Verhalten zu haben. Dieser Aspekt wird durch Beibehalt eines hinreichend hohen Arbeitspreises auch bei klimaschonender Wärmeversorgung aber meines Erachtens hinreichend erfüllt.

## **E. Schlussfolgerungen**

Im Fokus der vorliegenden Untersuchung stand auftragsgemäß die Aufbereitung der äußerst umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zum Thema Preisänderungsklauseln in Fernwärmelieferverträgen. Auch wenn dies keine einfache Aufgabe war,<sup>106</sup> liegt mit der vorliegenden Untersuchung nunmehr immerhin eine aktuelle Studie vor, die dem Leser einen Überblick über die äußerst komplexe Rechtslage verschaffen soll.

Mit seiner Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof insgesamt freilich die sehr offen formulierten Vorgaben aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV immer weiter konkretisiert, so dass sich daraus nunmehr ein Bild und eine immer gefestigtere Rechtslage zum Preisanpassungsrecht in der Fernwärme ergibt. Das macht es auch dem Rechtsanwender und Verbraucher (d.h. dem Endkunden der

---

<sup>106</sup> Bis kurz vor Finalisierung kam es immer wieder zu neuen Urteilen des höchsten deutschen Zivilgerichts (die Urteilsgründe des aktuellsten Urteils des BGH zu § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV erreichten den Verfasser z.B. erst eine Woche vor Abgabe).

Fernwärme) einfacher, die mathematischen Formeln, mit denen die Preisänderungsklauseln in der Fernwärmewirtschaft umgesetzt werden, auf ihre Rechtswirksamkeit zu prüfen.

Freilich steht die Fernwärmeversorgung nicht nur vor einem Ausbau – die kommunale Wärmeplanung hat als eines ihrer Ziele den Ausbau der Wärmenetze – sondern auch vor gewaltigen Dekarbonisierungsaufgaben. Dies wird sich auch auf laufende Fernwärmelieferverhältnisse auswirken.

Weil der Bundesgerichtshof im Zuge seiner zahlreichen (und mit dieser Untersuchung umfassend geprüften) Urteile zum Preisanpassungssystem bei der Fernwärme auch entschieden hat, dass ein Fernwärmelieferant grundsätzlich dann, wenn seine Preisänderungsklausel noch wirksam ist, kein Recht hat, seine einmal wirksam vereinbarte Preisänderungsklausel im laufenden Lieferverhältnis einseitig anzupassen und sich dies gerade kostenmäßig zum Nachteil der Verbraucher auswirken dürfte, wurde diesbezüglich im Rahmen dieser Untersuchung – neben den anderen Vorschlägen für eine Anpassung des Wortlauts des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV<sup>107</sup> – auch explizit hierzu ein normativer Anpassungsvorschlag entwickelt.<sup>108</sup>

Im Sinne des Verbraucher- und Klimaschutzes bliebe aus Sicht des Verfassers zu hoffen, dass dieser Vorschlag Gehör beim Ordnungsgeber findet. Denn die für die Dekarbonisierung dringend anstehenden Ausstiege aus der Verbrennung fossiler Brennstoffe (Kohle- und Gasausstieg) und die damit einhergehenden Energieträgerwechsel (hin zu den Erneuerbaren Energien, zu strombasierter Wärmeversorgung und zu einer vermehrten Nutzung unvermeidbarer Abwärme) funktionieren nur mit einer Änderung nicht nur der Preisänderungsklauseln, sondern auch des Ausgangspreises oder gar des Preissystems. Ist eine solche Anpassung aber im laufenden Lieferverhältnis rechtlich gar nicht möglich – und exakt das hat der BGH entschieden – so wird, so steht zu befürchten, nicht nur der Energieträgerwechsel unterbleiben, sondern damit auch weiterhin die Dekarbonisierung der Fernwärmeversorgung, jedenfalls wird sie dann nicht ohne erhebliche Friktionen und Kostenbelastungen für die Verbraucher durchzuführen sein.

Rechtsanwalt  
Dr. Dirk Legler

Hamburg, im November 2023

---

<sup>107</sup> vgl. die Anpassungsvorschläge auf den Seiten 32, 33, 47 und 54 dieser Untersuchung.

<sup>108</sup> siehe dazu Seite 11 dieser Untersuchung.