

1. Zur Billigkeitskontrolle von bei Vertragsschluss vereinbarten Fernwärmepreisen

AVBFernwärmeV § 2 Abs. 2 Satz 2; BGB § 315 Abs. 3

1. Als „gleichartige Versorgungsverhältnisse“ im Sinne von § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV kommen in erster Linie die von dem Fernwärmeversorger in dem Versorgungsgebiet geschlossenen Fernwärmelieferungsverträge mit anderen Endabnehmern in Betracht (Fortführung von Senatsurteil vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, WuM 2006, 207).

2. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV bestimmte Preise für die Lieferung von Fernwärme unterliegen nicht der gerichtlichen Billigkeitskontrolle in entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB.

(amtliche Leitsätze)

BGH, U. v. 17.10.2012 – VIII ZR 292/11; vorgehend: KG Berlin, E. v. 02.09.2011 – 6 U 151/10; LG Berlin, E. v. 21.10.2010 – 20 O 248/07

Mit Anmerkung von Ass. iur. Norman Fricke

Aus den Gründen:

[1] Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung von gelieferter Fernwärme.

[2] Der Beklagte erwarb aufgrund Kaufvertrags vom 17. April/31. Mai 2001 von der G. GmbH (im Folgenden: die Verkäuferin) die zum damaligen Zeitpunkt noch zu errichtende Eigentumswohnung Nr. im sogenannten Sch. V. in B. In seinem Kaufangebot vom 17. April 2001 hatte er sich dazu verpflichtet, mit der G. GmbH oder einem anderen Unternehmen der G. einen Wärmelieferungsvertrag für die zu erwerbende Immobilie abzuschließen. Die Verkäuferin hatte bereits unter dem 26. November 2000 mit der Klägerin einen Wärmelieferungs- und Projektrealisierungsvertrag geschlossen, wonach die Klägerin die Versorgung sämtlicher Wohneinheiten des zukünftigen Sch. V. mit Heizwärme und Warmwasser im direkten Verhältnis mit den Erwerbern übernehmen sollte.

[3] Der Beklagte zog am 1. August 2002 in die Wohnung ein. Seit diesem Zeitpunkt entnimmt und verbraucht er die von der Klägerin gelieferte Fernwärme. Mit Schreiben vom 2. September 2002 übersandte die Klägerin dem Beklagten ein vorformuliertes Vertragsformular für den Bezug von Heizwärme und Warmwasser, wonach der Beklagte bei jährlicher Abrechnung Abschlagszahlungen in Höhe von monatlich 117,98 € leisten sollte. Der Beklagte unterzeichnete den Vertrag nicht, da er die von der Klägerin verlangten Preise für unangemessen hoch hielt.

[4] Die Klägerin hat den Beklagten auf Zahlung von insgesamt 5.960,58 € nebst Zinsen für die in den Jahren 2002 bis 2005 gelieferte Fernwärme verklagt. Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 3.382,91 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen das Urteil des Landgerichts teilweise abgeändert und den Beklagten verurteilt, an die Klägerin weitere 1.054,26 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

[5] Die Revision hat keinen Erfolg.

[6] I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Der Beklagte sei gemäß § 433 Abs. 2 BGB grundsätzlich verpflichtet, den Kaufpreis für die von der Klägerin gelieferte Fernwärme zu bezahlen. Denn zwischen den Parteien sei durch die faktische Entnahme der Energie ab dem 1. August 2002 gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 AVBFernwärmeV ein konkludenter Wärmelieferungsvertrag zustande gekommen. Da die Parteien mangels ausdrücklichen Vertragsschlusses keinen konkreten Preis vereinbart hätten, sei die Belieferung ab dem 1. August 2002 gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV durchgehend „zu den für vergleichbare Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen“ erfolgt. Welche Versorgungsverhältnisse konkret vergleichbar seien, regele die Vorschrift nicht. Ausgehend von der Bedeutung des Wortes „gleichartig“ könnten damit Versorgungsverhältnisse gemeint sein, die unter gleichen oder zumindest annähernd gleichen Vorbedingungen geschlossen worden seien, weil nur dann auch die Preisgestaltung und -bestimmung unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten vergleichbar sei. Lege man diese Definition zugrunde, seien die etwa 400 bis 600 Vertragsverhältnisse, die die Klägerin mit den übrigen Bewohnern des Sch. V. abgeschlossen habe, zweifellos vergleichbar mit dem Versorgungsverhältnis, das zwischen der Klägerin und dem Beklagten zustande gekommen sei. Nicht nur die zunächst erbrachten Anschubinvestitionen des Fernwärmeanbieters seien identisch, sondern auch die laufenden Aufwendungen für die Instandhaltung der Anlage und die Erfüllung der Lieferpflichten im jeweiligen Zeitraum. Würde man im Rahmen der Ermittlung der vergleichbaren Versorgungsverhältnisse den Kreis – wie vom Beklagten vorgesehen – auf Gebiete erweitern, in denen andere Wärmeanbieter die Versorgung übernommen hätten, würde der Begriff der Vergleichbarkeit aufgeweicht, denn jedes Fernwärmenetz weise abweichende, bei der Preisbildung nicht zu vernachlässigende Besonderheiten auf, die eine Vergleichbarkeit in Frage stellen könnten. Für eine solche Aufweichung des Begriffs bestehe auch keine Notwendigkeit. Denn selbst wenn die Klägerin den Nutzern des Sch. V. die Preise einseitig vorgegeben hätte und diese unangemessen hoch wären, würden die Interessen der Kunden auch im Rahmen des § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV durch die sogenannte Monopol-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausreichend geschützt, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine angemessene Herabsetzung des einseitig festgesetzten Preises über § 315 Abs. 3 BGB zu erwägen sei.

[8] Entgegen der Ansicht des Beklagten komme vorliegend eine Reduzierung der Preise über § 315 Abs. 3 BGB weder in direkter noch in analoger Anwendung in Betracht. Eine direkte Anwendung scheide schon deshalb aus, weil es an einer Vereinbarung der Parteien fehle, die der Klägerin ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht einräume. Auch eine analoge Anwendung scheide aus, da weder ein Anschluss- und Benutzungszwang bestehe noch die sich aus der Monopol-Rechtsprechung ergebenden Voraussetzungen vorlägen. Bei einer rein formalen Betrachtungsweise müsse eine Monopolstellung der Klägerin, die eine Billigkeitsprüfung entsprechend § 315 Abs. 3 BGB eröffnete, bereits deshalb verneint werden, weil die Klägerin als private Versorgerin die Preise für ihre Wärmelieferung im Sch. V. nicht einseitig festgesetzt, sondern im Rahmen der Wärmelieferungsverträge mit den jeweiligen Nutzern vereinbart habe. Auch bei einer wertenden Betrachtung komme

der Klägerin keine Monopolstellung zu. Zwar sei die Klägerin im Bereich des Sch. V. seit dem Abschluss des Wärmelieferungs- und Projektrealisierungsvertrages mit der Verkäuferin die einzige Anbieterin, von der die Bewohner die Fernwärme beziehen konnten, und somit keinem unmittelbaren Wettbewerb ausgesetzt. Sie stehe aber – wie alle Fernwärmelieferanten – auf dem Wärmemarkt in einem (Substitutions-)Wettbewerb mit Anbietern konkurrierender Heizenergieträger wie Heizöl, Gas, Strom und Kohle. Unabhängig davon habe der Beklagte – wie alle übrigen Erwerber im Sch. V. – bei Abgabe seines Angebots zum Erwerb der Eigentumswohnung gewusst, dass diese mittels Fernwärme beheizt werden müsse und er zu diesem Zweck einen Wärmelieferungsvertrag mit einer zur Unternehmensgruppe der Verkäuferin gehörenden Gesellschaft werde abschließen müssen. Insoweit sei die Situation mit derjenigen, die der Monopolrechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegen habe, nicht zu vergleichen. Denn dem Beklagten sei bei der Kaufentscheidung zumindest bewusst gewesen, dass er ein Risiko eingehe in Bezug auf die Bedingungen der Wärmelieferung, da ihm diese bis dahin nicht offengelegt worden seien.

[9] II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

[10] Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Bezahlung der gelieferten Fernwärme zu den mit den übrigen Bewohnern des Sch. V. vereinbarten Preisen gemäß § 433 Abs. 2 BGB, § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV.

[11] 1. Zutreffend und von der Revision unbeanstandet ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein Vertrag über die Lieferung von Fernwärme dadurch zustande gekommen ist, dass der Beklagte ab dem 1. August 2002 Fernwärme aus dem Leitungsnetz der Klägerin entnommen hat (vgl. Senatsurteile vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, WuM 2006, 207 Rn. 14 ff.; vom 6. April 2011 – VIII ZR 66/09, WM 2011, 1042 Rn. 14).

[12] In diesem Fall erfolgt die Versorgung gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen. Das Berufungsgericht hat die 400 bis 600 Vertragsverhältnisse, die die Klägerin mit den übrigen Bewohnern des Sch. V. abgeschlossen hat, zu Recht als gleichartig angesehen und die in diesen Verträgen vereinbarten Preise auch dem Versorgungsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten zugrunde gelegt.

[13] a) Bei der Gleichartigkeit nach § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV ist zunächst darauf abzustellen, ob die Klägerin dem Vertragsverhältnis mit dem Beklagten vergleichbare Versorgungsverhältnisse mit anderen Kunden in nennenswertem Umfang unterhält oder unterhalten hat (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, aaO Rn. 29; Wollschläger/Meyer, IR 2009, 82, 84). Nur wenn dies nicht der Fall ist, müssen in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnissen zwischen anderen Fernwärmeverbrauchern im Versorgungsgebiet und Endabnehmern geltenden Preisregelungen einbezogen werden (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, aaO). Die Feststellung der Gleichartigkeit bereitet dabei in der Regel bei Wohnungen in Mehrfamilienhäusern und Wohnungsanlagen ähnlicher Struktur keine Schwierigkeiten (Danner/Theobald/Wollschläger, Energie-recht, Stand 2012, § 2 AVBFernwärmeV Rn. 12).

[14] Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, sind bei den Versorgungsverhältnissen im Sch. V. die Anschubinvestitionen sowie die laufenden Aufwendungen der Klägerin für die Instandhaltung der Anlage und die Erfüllung der Lieferpflichten im jeweiligen Abrechnungszeitraum identisch. Das Berufungsgericht ist zudem rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass in den übrigen Versorgungsverhältnissen dieselben Preiskonditionen gelten, die den streitgegenständlichen Abrechnungen zugrunde liegen.

[15] b) Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV nicht entnehmen, dass die Versorgung nur dann zu den Preisen aus gleichartigen Versorgungsverhältnissen erfolgt, wenn diese ortsüblich und angemessen sind.

[16] aa) Die Revision weist zwar zutreffend darauf hin, dass es in der Fernwärmeverversorgung – anders als bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas – an einer verbindlichen Bundestarifordnung sowie allgemeinen Tarifpreisen und der normativ vorgegebenen Unterscheidung zwischen Tarif- und Sonderkunden fehlt (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, aaO Rn. 16). Das ist der Grund, warum § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV auf die für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preise abstellt (vgl. Senatsurteil vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, aaO). Dadurch wird sichergestellt, dass das Versorgungsunternehmen auch beim Fehlen einer verbindlichen Preisabsprache zu den üblichen Versorgungsbedingungen abzurechnen hat (LG Arnberg, CuR 2007, 26, 28 mwN). Der Kunde, der allein durch die Entnahme von Fernwärme den Vertrag mit dem Unternehmen schließt, soll weder schlechter noch besser stehen als die Kunden, mit denen das Vertragsverhältnis schriftlich abgeschlossen worden ist (vgl. Wollschläger/Meyer, aaO S. 85).

[17] bb) Die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV knüpft an die Bestimmung in Satz 1 an, die der Tatsache Rechnung trägt, dass in der öffentlichen leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklichen schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden. Dabei soll ein vertragsloser Zustand bei Energielieferungen vermieden werden (Senatsurteile vom 15. Februar 2006 – VIII ZR 138/05, aaO Rn. 15; vom 18. Juli 2012 – VIII ZR 337/11, juris, Rn. 23). § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV regelt, welchen Inhalt ein auf diese Weise geschlossener Vertrag hat. Er schafft Rechtssicherheit für die Parteien, da er etwaige Zweifel, zu welcher Gegenleistung der Kunde verpflichtet ist, ausgeräumt. Ergänzt wird dies durch § 2 Abs. 3 AVBFernwärmeV, welcher das Fernwärmeverorgungsunternehmen verpflichtet, jedem Neukunden bei Vertragsabschluss sowie den übrigen Kunden auf Verlangen die dem Vertrag zugrunde liegenden allgemeinen Versorgungsbedingungen einschließlich der dazugehörigen Preisregelungen und Preislisten unentgeltlich auszuhändigen. Die Bestimmungen verfolgen somit ersichtlich das Ziel, dem Kunden Klarheit über seine Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zu verschaffen und ihn entsprechend zu informieren (vgl. BR-Drucks. 90/80, S. 36). Anforderungen an die Wirksamkeit der Versorgungsbedingungen und der dazugehörigen Preisregelungen enthalten sie nicht. Diese können sich aus anderen Vorschriften ergeben und von allen Kunden – unabhängig davon, wie der Vertragsschluss erfolgt ist – in gleicher Weise geltend gemacht werden.

[18] 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass die Ausgangspreise der Klägerin nicht der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliegen.

[19] a) Eine unmittelbare Anwendung von § 315 Abs. 1 und 3 BGB setzt voraus, dass die Parteien vereinbart haben, eine von ihnen solle nach Abschluss des Vertrages die Leistung bestimmen. Daran fehlt es, wenn zwischen den Parteien eine vertragliche Einigung über den Preis zustande gekommen ist (Senatsurteile vom 19. November 2008 – VIII ZR 138/07, BGHZ 178, 362 Rn. 16; vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, BGHZ 171, 374 Rn. 13 ff.). Entsprechendes gilt, wenn bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Preis nach gesetzlichen Vorgaben bestimmt ist. So liegt es hier. Zwar haben die Parteien keine ausdrückliche Preisvereinbarung getroffen. Allerdings ist die Lücke im Vertrag nicht durch eine einseitige Preisbestimmung der Klägerin, sondern durch § 2 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV geschlossen worden, wonach die Versorgung zu den für gleichartige Versorgungsverhältnisse geltenden Preisen erfolgt. Diese wurden mit Vertragsschluss zum vereinbarten Preis.

[20] b) Auch eine Billigkeitskontrolle der von den Parteien bei Vertragsschluss vereinbarten Preise in entsprechender Anwendung von § 315 BGB wegen des Bestehens eines Anschluss- und Benutzungszwangs oder einer Monopolstellung der Klägerin scheidet aus.

[21] Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist, nach billigem Ermessen festgesetzt werden müssen und entsprechend § 315 BGB einer Billigkeitskontrolle unterworfen sind (BGH, Urteil vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 unter II 1 a mwN, insoweit in BGHZ 163, 321 ff. nicht abgedruckt; Senatsurteil vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, aaO Rn. 17 mwN). Dies ist zum Teil aus der Monopolstellung des Versorgungsunternehmens hergeleitet worden, gilt aber auch für den Fall des Anschluss- und Benutzungszwangs (Senatsurteil vom 28. März 2007 – VIII ZR 144/06, aaO). Denn in diesen Fällen muss der Kunde, wenn er die Leistung in Anspruch nehmen will, mit dem Unternehmer kontrahieren, auch wenn er mit dem vorgeschriebenen Preis oder Tarif nicht einverstanden ist (BGH, Urteile vom 4. Dezember 1986 – VII ZR 77/86, NJW 1987, 1828 unter II 2 b; vom 5. Juli 2005 – X ZR 60/04, aaO). An beiden Voraussetzungen fehlt es im Streitfall.

[22] Ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht. Auch die Tatsache, dass die Klägerin im Bereich des Sch. V. die einzige Anbieterin von Fernwärme ist, führt nicht dazu, dass die von der Klägerin verlangten Preise der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegen.

[23] Entgegen der Auffassung der Revision liefe eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Preise eines Fernwärmeversorgungsunternehmens der Intention des Gesetzgebers zuwider, der eine staatliche Prüfung und Genehmigung dieser Tarife abgelehnt hat. Auch bei der gerichtlichen Kontrolle der Billigkeit der Ausgangspreise fände für das betroffene Fernwärmeunternehmen eine Preisregulierung statt, wenn der Preis nach Auffassung des Gerichts unbillig überhöht und deshalb durch Urteil zu bestimmen wäre (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2008 – VIII ZR 138/07, aaO Rn. 18).

[24] Der Gesetzgeber hat auf die Einführung eines Regulierungsrechts verzichtet, obwohl er davon ausging, dass einem Fernwärmeversorgungsunternehmen eine faktische Monopolstellung zukommt. Die amtliche Begründung zur AVBFernwärmeV nimmt die Zielvorstellung einer „möglichst kostengünstigen, zu weitgehend gleichen Bedingungen erfolgenden Versorgung“ auf, wobei einerseits die „rechtliche, zumindest aber faktische Monopolstellung der Unternehmen“ und andererseits „die Leitungsgebundenheit und der damit verbundene Zwang zu hohen Investitionen“ zu berücksichtigen seien (BR-Drucks. 90/80, S. 32; Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – VIII ZR 37/86, BGHZ 100, 1, 9 f.).

[25] Aus der monopolartigen Stellung der Fernwärmeversorgungsunternehmen und der dadurch bedingten Abhängigkeit der Verbraucher ergäben sich spezifische Regelungsbedürfnisse (BR-Drucks. 90/80, aaO). Dies hat den Gesetzgeber aber nicht veranlasst, eine Genehmigungspflicht für Fernwärmepreise einzuführen; eine solche bestand für Fernwärmepreise noch nie, während sie für Gaspreise bis 1959 und für Strompreise bis zum 30. Juni 2007 galt (Büdenbender, NJW 2007, 2945, 2946). Soweit in der amtlichen Begründung zur AVBFernwärmeV auf die Preisgestaltung des Versorgungsunternehmens eingegangen wird, wird nur auf die Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden hingewiesen. Es sei deren Aufgabe, darauf zu achten, dass die Unternehmen bei Vertragsanpassungen ihre Befugnis zu anderweitiger Preisgestaltung nicht missbrauchten (BR-Drucks. 90/80, S. 37). Auch hätten sie dafür zu sorgen, dass das Verhältnis zwischen Baukostenzuschüssen und allgemeinen Fernwärmepreisen nicht missbräuchlich ausgestaltet werde (BR-Drucks. 90/80, S. 44 f.). Im Rahmen der kartellbehördlichen Aufsicht werde darauf geachtet, dass die Unternehmen Preisgestaltungsspielräume nicht missbräuchlich ausüpten (BR-Drucks. 90/80, S. 56).

Anmerkung von Ass. iur. Norman Fricke, Frankfurt am Main*

A. Seit jeher ist anerkannt, dass ein Wärmeliefervertrag auch dadurch zustande kommen kann, dass ein Kunde einer Leitung Wärme entnimmt. An diesen Modus des Vertragsschlusses knüpft § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV an. Indes führt diese Regelung nicht zu einem Vertrag kraft Gesetzes, sondern setzt einen Vertragsschluss nach Maßgabe der rechtsgeschäftlichen Lehren voraus¹. Bei Erlass der AVBFernwärmeV im Jahre 1980 ging der Gesetzgeber noch davon aus, dass ein Vertrag nach der von *Larenz*² entwickelten Lehre vom sozialtypischen Verhalten geschlossen wird³. Heute beruht der Vertragsschluss auf dem Konzept der sog. Realofferte. Danach ist in dem Leistungsangebot eines Versorgers ein schlüssiges Vertragsangebot zu sehen, welches von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Leitungsnetz Wärme entnimmt⁴.

Damit steht lediglich fest, dass ein Vertrag zustande kommt; offen bleibt jedoch, mit welchem Inhalt. Da ein solcher Vertrag unter Umständen ohne unmittelbare Kommunikation zwischen den Vertragspartnern geschlossen wird, kennen sie im Extremfall weder einander noch sind ihnen die jeweiligen Konditionen, zu denen sie den Vertrag schließen wollen bekannt (zB Wärmebedarf des Wärmekunden; Preisvorstellungen des Wärmelieferanten). Mitunter wird deshalb die Auffassung vertreten, dem Kunden werden durch den konkludenten Vertragsschluss die Konditionen des Versorgers aufgetrocknet, was eine gerichtliche Billigkeitskontrolle im Sinne des § 315 BGB gebietet⁵.

Eine solche Gemengelage hatte der 8. Zivilsenat des BGH mit dem vorliegenden Urteil vom 17. Oktober 2012 zu entscheiden. Ein Bauträger errichtete in Berlin eine Wohnanlage mit etwa 500 Wohneinheiten, welche mit Fernwärme versorgt werden sollte. Mit dem Kauf der Eigentumswohnung verpflichtete sich der beklagte Wärmekunde, einen Wärmeliefervertrag mit dem klagenden Wärmeversorger zu schließen. Seit seinem Einzug in die Wohnung bezog der Kunde die dargebotene Wärme, woraufhin ihm der Wärmelieferant ein vorformuliertes Vertragsformular zusandte. Dessen Unterzeichnung verweigerte der Kunde, weil er den Wärmepreis als unangemessen hoch beanstandete. Der 8. Zivilsenat entschied, dass der Kunde die Realofferte des Versorgers konkludent durch Wärmebezug zu gleichartigen Preisen im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV angenommen habe (Rn. 11ff). Gleichartig seien diejenigen Preise, die der Wärmeversorger mit den übrigen Bewohnern der Wohnanlage vereinbart hat. Dabei komme es nicht darauf an, ob diese Preise ortsüblich oder angemessen sind. Ein solcher Preis unterliege auch nicht der Billigkeitskontrolle, weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung des § 315 BGB (Rn. 18ff). Die Erwägungen des 8. Zivilsenats überzeugen im Ergebnis. Gleichwohl bedürfen sie einer näheren Untersuchung.

B. I. Die Norm des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV lässt offen, was unter gleichartigen Versorgungsverhältnissen zu verstehen ist. Gleichwohl behandelte die Literatur und Rechtsprechung diese Frage nach der Diagnose von *Klotz* nur stiefmütterlich⁶. Dies mag darin liegen, dass in den meisten Fällen, insbesondere bei Wohnungen in Mehrfamilienhäusern und Wohnanlagen die Feststellung auf der Hand liegt, wie der 8. Zivilsenat zu Recht feststellt (Rn. 13).

* Ass. iur. Norman Fricke, AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e. V., Frankfurt am Main

1. *Witzel* in *Witzel/Topp*, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl. (1997), S. 60; *Wollschläger/Meyer*, IR 2009, 82 (83).

2. *Larenz*, NJW 1956, 1897ff.

3. BR-Drucks. 90/80, S. 36.

4. Explizit für Fernwärme *BGH ZNER* 2004, 62 (62); *BGH ZNER* 2006, 146 (147) Rn. 15.

5. So *Markert*, RdE 2007, 263 (265).

6. So *Klotz*, RdE 2011, 88 (88).

Doch nach wie vor ist unklar, welche Versorgungsverhältnisse in die Betrachtung einzubeziehen sind. Sind es (1) die jeweiligen örtlichen Verhältnisse, sind in den Vergleich sämtliche im Gemeindegebiet liegende Wärmeversorgungen einzuziehen, ggf. auch solche von anderen Unternehmen. Sind indes (2) die Versorgungsverhältnisse des jeweiligen Unternehmens maßgeblich, sind sämtliche Versorgungskonzepte des Unternehmens in Betracht zu ziehen, selbst wenn sie lokal, regional oder national verstreut liegen mögen. Sind es schließlich (3) diejenigen Versorgungsverhältnisse, die der Wärmelieferant mit demselben technisch-wirtschaftlichen Wärmeversorgungskonzept erbringt, sind allein die Vertragsverhältnisse von Bedeutung, die über genau diese Wärmeversorgung beliefert werden, selbst wenn es unter Umständen nur ein einziges Vertragsverhältnis gibt.

Nach dem Normzweck des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV ist allein die letzte Variante richtig. Zwar ist das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung mit dieser Erwägung vereinbar. So stellt der 8. Zivilsenat zu Recht auf die Versorgungsverhältnisse der Wohnanlage ab (Rn. 12). Doch wird seine Begründung dem Normzweck nicht gerecht. So führt der Senat im Anschluss an seine Entscheidung vom 15. Februar 2006⁷ aus, dass zunächst zu untersuchen sei, ob der Wärmeversorger dem fraglichen Vertragsverhältnis vergleichbare Versorgungsverhältnisse mit anderen Kunden in nennenswerten Umfang unterhält. Nur wenn dies nicht der Fall ist, sollen in die Betrachtung ergänzend die in gleichartigen Versorgungsverhältnisse zwischen anderen Fernwärmeversorgern im Versorgungsgebiet einbezogen werden (Rn. 13).

Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV ist es indes, dem durch Realofferte geschlossenen Vertrag denjenigen Preis zuzuordnen, welcher der Wärmelieferant dem Wärmekunden ausdrücklich angeboten hätte, wenn er gewusst hätte, dass dieser Wärme von ihm beziehen will. Erfahrungsgemäß bietet der Wärmeversorger gleichartigen Kunden gleiche Preise an. Dazu verpflichtet ihn zwar im Grundsatz kein Gesetz. Es beruht gleichwohl auf ökonomischer Rationalität: Zum einen kann der Wärmelieferant durch ein einheitliches Preissystem langfristig und überschaubar die Deckungsbeiträge kalkulieren. Gerade ein Wärmelieferant ist mit Rücksicht auf den hohen Investitionsaufwand auf den Erhalt der Kalkulationsgrundlage angewiesen⁸. Zum anderen erlaubt der Verkauf von Waren zu Einheitspreisen eine den Geschäftsablauf rationalisierende Mischkalkulation⁹.

In einem klassischen Wärme-preissystem bietet deshalb der Wärmeversorger sämtlichen Kunden der betreffenden Versorgung denselben Preis an. Häufig bedient er sich auch eines Preissystems, mit dem er seine Kunden nach bestimmten Gruppenmerkmalen differenziert, so etwa beim Grundpreis nach Maßgabe des Anschlusswerts oder beim Arbeitspreis nach Umfang der Abnahmemenge¹⁰. Auf diesen Gegebenheiten beruht § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV: Der Kunde soll in diejenige Preisstufe eingruppiert werden, der seinem Abnahmeverhalten entspricht.

Mit dieser Wertung wäre es nicht vereinbar, würde geprüft werden, ob die in den Vergleich einzubeziehenden Preise ortsüblich und angemessen sind. Zu Recht stellt deshalb der 8. Zivilsenat fest, dass der Kunde, der den Vertrag allein durch die Entnahme von Wärme schließt, weder schlechter noch besser stehen soll als ein Kunde, der den Vertrag schriftlich schließt (Rn. 16). Er soll ebenso gestellt werden, wie ein Kunde, der den Vertrag ausdrücklich schließt.

II. Aus diesen Gründen kommt es bei der Bestimmung der gleichartigen Preise weder auf quantitative Voraussetzungen noch auf einen Vergleich mit anderen Wärmeversorgern an. So ist nicht einzusehen, warum dem 8. Zivilsenat zufolge für einen Vergleich eine gewisse Mindestanzahl von Versorgungsverhältnissen („nennenswerter Umfang“) erforderlich sein soll (Rn. 13). Sofern ein Versorgungsverhältnis mit einem anderen Versorgungsverhältnis qualitativ vergleichbar ist, liegt Gleichartigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV vor. Auch läuft ein Vergleich mit an-

deren Versorgungskonzepten Gefahr, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden, weil dann die Besonderheiten des jeweiligen Versorgungskonzepts unberücksichtigt bleiben. Darauf hat bereits *Klotz* eindringlich hingewiesen¹¹.

In der Tat hängt die jeweilige Versorgung von einer Vielzahl unterschiedlicher Faktoren ab, beispielsweise von den folgenden:

- (1) Erzeugungsweise der Fernwärme: KWK-Anlagen oder Heizkessel;
- (2) Einsatz der Energieträger: erneuerbare Brennstoffe (Holz, Biomethan), fossile Brennstoffe (Erdgas, Heizöl, Steinkohle, Braunkohle), sonstige Brennstoffe (Müll, Ersatzbrennstoffe), alternative Technologien (Geothermie, Solarthermie, Umwandlung von Windstrom), Abwärme; Wärmebezug von Vorlieferanten;
- (3) Größe der Erzeugungsanlage;
- (4) Standort der Anlage;
- (5) Struktur des Wärmenetzes nach Art der Rohrleitungen (Kunststoffmantelrohre, Stahlmantelrohre) und nach Art der Verlegungsweise (unterirdisch/oberirdisch, Haubenkanäle, Erdverlegung etc.);
- (6) Struktur des Versorgungsgebiets (hohe Wärmedichte; niedrige Wärmedichte).

All diese Faktoren machen die jeweilige Versorgung einzigartig. Damit verbietet sich von vornherein ein Vergleich mit anderen Versorgungskonzepten¹². Aus diesem Grund können im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV allein solche Versorgungsverhältnisse gleichartig sein, die der technisch-wirtschaftlichen Versorgung zuzurechnen sind. Werden wie im vorliegenden Fall etwa 500 Wohneinheiten über dasselbe System versorgt, sind diese in der Tat für den Vergleich maßgeblich. Nichts anderes gilt, wenn die Versorgung singulär ist, weil über sie ein einziger Kunde versorgt wird (zB ein Vermieter oder eine Wohnungseigentümergeinschaft). In diesem Falle ist nur ein Versorgungsverhältnis gleichartig, nämlich das vorangegangene Vertragsverhältnis¹³. Praktisch relevant wird dies in den Fällen, in denen der ursprünglich geschlossene Vertrag entweder durch die Vertragspartner (Kündigung, Befristung) oder aufgrund eines von außen einwirkenden Ereignisses (Auflösung durch Insolvenzverwalter; Zwangsverwaltung oder Zwangsvollstreckung) beendet wird.

III. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass nicht in jedem Fall, in dem der Kunde konkludent die Annahme des Vertragsangebots durch Wärmebezug erklärt, § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV zum Zuge kommt. So sind auch Fälle denkbar, in denen zwar der Versorger dem Kunden ein ausdrückliches Angebot unterbreitet, der Kunde sich aber entweder überhaupt nicht erklärt oder aber einen Vorbehalt gegen den Vertragsschluss anbringt und gleichwohl Wärme bezieht. In diesem Fall nimmt der Kunde nicht die Realofferte (tatsächliches Bereitstellen der Wärme durch den Versorger), sondern das ihm ausdrücklich unterbreitete Angebote an. Auf die Anwendung des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV kommt es dann nicht an. Maßgeblich sind allein die Preise des ausdrücklich erklärten Angebots, seien sie niedriger oder höher als die gleichartigen Preise. Eine solche Situation lag der vorliegenden Entscheidung zugrunde, da der Wärmelieferant dem Kunden kurze Zeit nach dessen Einzug in die Wohnung ein schriftliches Angebot unterbreitet hatte (Rn. 3). Dies hat der 8. Zivilsenat übersehen.

7. Dazu *BGH ZNER* 2006, 146 (149) Rn. 29.

8. So schon *BGH NJW* 1984, 846 (846) – *Favorit*.

9. Dazu *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 254.

10. AGFW (Hrsg.), Fernwärmemarketing – Strategien im Wärmemarkt, 2. Aufl. (2012), S. 79ff.

11. *Klotz*, RdE 2011, 88 (90).

12. So auch *Klotz*, RdE 2011, 88 (90).

13. So auch *Klotz*, RdE 2011, 88 (91).

C. I. Was die Überprüfung des Wärmepreises nach Maßgabe des § 315 BGB anbelangt, äußerte sich der 8. Zivilsenat allein zum bei Vertragsschluss geltenden Anfangspreis. Dass sich zwischenzeitlich die Wärmepreise verändert hätten, trugen die Prozessparteien nicht vor. Darum gab es in der Tat keinen Anlass dazu, auf die Frage einzugehen, ob und inwieweit Folgepreise einer Billigkeitskontrolle unterliegen. Für die Kontrolle des Anfangspreises stellte der Senat zwei Fallgruppen heraus: einmal die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB wegen vertraglicher Vereinbarung eines Leistungsbestimmungsrechts (Rn. 19); sodann die analoge Anwendung auf beiderseits vereinbarte Preise nach der sog. Monopolpreisrechtsprechung (Rn. 20ff).

II. Zu Recht behandelte der 8. Zivilsenat die unmittelbare Anwendung des § 315 BGB kurz und knapp: Diese setzt voraus, dass die Vertragsschließenden anstelle einer beiderseitigen Einigung über den Preis einen von ihnen die Befugnis einräumen, den Preis einseitig zu bestimmen. Haben indes die Vertragspartner den Preis bereits beiderseits vereinbart, kommt die unmittelbare Anwendung von vornherein nicht in Betracht (Rn. 19). Diese zwingende Schlussfolgerung war für den 8. Zivilsenat seit jeher selbstverständlich¹⁴; für den Kartellsenat des BGH indes nur dann, wenn der Preis „ein für alle Mal feststeht“¹⁵.

Neuland betritt der 8. Zivilsenat mit der sich daran anschließenden Erwägung, dass entsprechendes auch dann gelte, wenn bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Preis nach gesetzlichen Vorgaben bestimmt wird. Seiner Auffassung zufolge werde die in Ermangelung einer ausdrücklichen Vereinbarung verbleibende Lücke nicht durch eine einseitige Preisbestimmung des Wärmelieferanten, sondern durch § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV geschlossen (Rn. 19). Dieses Argument verwundert, denn der Wärmelieferant unterbreitet mit der Realofferte ein bestimmtes Preisangebot. Auch wenn der Preis nicht ausdrücklich verabredet, sondern sich nur durch schlüssiges Verhalten darüber verständigt wird, wird er gleichwohl beiderseits vereinbart. Eine Vertragslücke besteht dann gerade nicht. Darum dient § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV nicht zur Lückenfüllung. Die Norm setzt den Preis nicht kraft Gesetzes fest, sondern stellt vielmehr fest, was bereits vereinbart worden ist. Auch der Gesetzgeber geht offenbar von einer deklaratorischen Funktion aus („Absatz 2 stellt [...] klar“)¹⁶. Dem 8. Zivilsenat ist jedoch zuzugeben, dass der Wortlaut zu dem Verständnis einlädt, der Preis werde kraft Gesetzes bestimmt.

In der Praxis dürfte es aus dieses Problem nicht ankommen, da der Wärmelieferant im Regelfall seinen Kunden den Vertrag, gleich ob sie ihn ausdrücklich oder durch Realofferte schließen, zu gleichartigen Preisen antragen wird. Anders verhält es sich für den Sonderfall, dass der Wärmelieferant dem Kunden ausdrücklich einen besonderen Preis anbietet. Erklärt sich in diesem Fall der Kunde nicht ausdrücklich, bezieht er aber gleichwohl Wärme, würde nach dem Verständnis des 8. Zivilsenats der im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV gleichartige Preis zum Vertragsinhalt werden. Dieses Ergebnis wäre befremdlich; insbesondere dann, wenn der Wärmelieferant dem Kunden einen günstigeren Preis angeboten hatte.

III. Begreift der 8. Zivilsenat § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV als gesetzliche Vorschrift, die vertragliche Lücken füllt, brauchte er folgerichtig mit keinem Wort auf die vom Kartellsenat des BGH begründete Interimsrechtsprechung¹⁷ einzugehen. Danach solle der Energielieferant dann den Preis gemäß §§ 315, 316 BGB einseitig bestimmen, wenn der (Sonder-)Kunde die Energie zwar abnimmt, jedoch gegen das Angebot des Lieferanten Widerspruch erhebt¹⁸. Zwar verwarnte sich der Kunde im vorliegenden Fall gegen den Vertrag wegen vermeintlich unangemessener Preise (Rn. 3). Dieser Widerspruch wäre aber nach dem Verständnis des 8. Zivilsenats von vornherein irrelevant, käme es doch wegen § 2 Abs. 2 S. 2 AVBFernwärmeV nicht auf die rechtsgeschäftliche Vereinbarung an, weil der Preis gesetzlich fixiert wurde.

Im Übrigen überzeugt die Interimsrechtsprechung nicht. Entweder ist der Vorbehalt gegen den Vertragsschluss beachtlich. Dann aber kommt kein Vertrag zustande; selbst dann nicht, wenn die bereits ausgetauschten Leistungen rückabgewickelt werden müssten. Auch wenn die Vorschriften des Bereicherungsrechts für Energielieferverträge nicht passen mögen, wie der Kartellsenat des BGH ausführt¹⁹, so ist dies kein Grund, einen Vertrag zu fingieren²⁰. Im Übrigen bleibt der Kartellsenat den Nachweis schuldig, warum die Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht für Energielieferverträge nicht funktionieren soll. Zwar mag es Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Wertersatzes iSd § 812 Abs. 2 BGB geben. Diese Hürden sind aber nicht unüberwindbar, wie die Entscheidung des 6. Zivilsenats des BGH zur Bemessung des Wertersatzes nach unbefugter Stromentnahme zeigt²¹. Oder aber der Widerspruch ist richtigerweise nach den Grundsätzen der *protestatio facto contraria* unbeachtlich. Dann kommt ein Vertrag so zustande, wie er vom Energielieferanten angeboten wurde. Das gilt nicht für Strom- und Gaslieferverträge der ehemaligen Tarifversorgung²² bzw. der heutigen Grundversorgung²³, sondern entgegen der offenbar gefestigten Rechtsprechung²⁴ auch für Sonderkundenverträge²⁵. Der dritte Weg, den die Interimsrechtsprechung beschreitet, führt jedoch in die Irre: Es bewirkt das Gegenteil dessen, was die Vertragspartner wollen. Insbesondere wird der Kunde dem Lieferanten nicht als Belohnung ein einseitiges Bestimmungsrecht für dessen unnachgiebige Haltung einräumen wollen, nachdem der Kunde es nicht vermocht hatte, seinem Vertragspartner Preiszugeständnisse abzurufen. Zu Recht diagnostizierte Köhler bereits im Jahre 1973, dass es der Interimsrechtsprechung nur um die erwünschte Rechtsfolge geht²⁶, nämlich um die Überprüfbarkeit des vermeintlich einseitig bestimmten Preises nach Maßgabe des § 315 BGB. Allein dies ist der Grund, warum die Interimsrechtsprechung beim Kartellsenat des BGH eine unverdiente Renaissance erlebt: nicht nur bei Stromnetznutzungsentgelten²⁷, sondern neuerdings auch bei Infrastrukturentgelten der Eisenbahnwirtschaft²⁸.

IV. Der 8. Zivilsenat hält auch weiterhin im Grundsatz an seiner sog. Monopolrechtsprechung fest, wonach Tarife von Unternehmen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses Leistungen der Daseinsvorsorge anbieten, auf deren Inanspruchnahme der andere Vertragsteil im Bedarfsfalle angewiesen ist, entsprechend § 315 BGB einer Billigkeitskontrolle unterworfen sind (Rn. 21). Dies leitet er zum Teil aus der Mono-

14. BGH ZNER 2007, 167 (168) Rn. 11 – *E.On edis*; BGH ZNER 2007, 313 (316) Rn. 32 – *HVG*; BGH ZNER 2008, 362 (364) Rn. 16 – *SW Dinslaken*; zuletzt BGH ZNER 2012, 73 (74).

15. BGH ZNER 2005, 320 (321) – *Stromnetznutzungsentgelt I*.

16. BR-Drucks. 90/80, S. 36.

17. Grundlegend BGHZ 41, 271 (276) – *Werkmilchabzug*; erstmals für Energielieferverträge BGH WM 1971, 1456 (1456) – *Pegulan*.

18. BGH WM 1971, 1456 (1456) – *Pegulan*; zuletzt BGH NJW-RR 1992, 183 (184) – *Elektrizitätsgenossenschaft Hagen*.

19. BGH WM 1971, 1456 (1456) – *Pegulan*.

20. So auch Hamacher, FS Baur, 1998, S. 23 (30).

21. BGHZ 117, 29 (31ff).

22. BGH ZNER 2007, 167 (168) Rn. 13 – *E.on edis* zu § 10 Abs. 1 EnWG 1998.

23. BGH ZNER 2012, 73 (74) Rn. 3 zu § 36 Abs. 1 EnWG.

24. BGH WM 1971, 1456 (1456) – *Pegulan*; zuletzt BGH NJW-RR 1992, 183 (184) – *Elektrizitätsgenossenschaft Hagen*; anders aber noch BGH LM Nr. 7 zu Vorb. zu § 145 BGB.

25. So bereits B. Börner, FS Nipperdey, 1965, Band 1, S. 185 (192); Wehberg, Der sog. vertragslose Zustand in der Energiewirtschaft, 1972, S. 84; im Ergebnis auch Hamacher, FS Baur, 1998, S. 23 (29). Jüngst Rottbauer, RdE 2012, 350 (351) sowie LG Stuttgart RdE 2012, 347 (34).

26. Köhler, ZHR 137 (1973), 237 (241).

27. BGH ZNER 2007, 136 (136f) Rn. 12 – *Stromnetznutzungsentgelt II*; BGH ZNER 2012, 481 (481) Rn. 15f – *Stromnetznutzungsentgelt V*.

28. BGH NVwZ 2012, 189 (190) Rn. 12 – *Stornierungsentgelt*.

polstellung, zum Teil aus einem Anschluss- und Benutzungszwang her (Rn. 21). Indes schränkt der 8. Zivilsenat diesen weitgreifenden Ansatz seit der *Dinslaken*-Entscheidung vom 19. November 2008 ein: Danach stehe der gerichtlichen Kontrolle von allgemeinen Preisen eines Gasversorgers in analoger Anwendung des § 315 Abs. 3 BGB die Intention des Gesetzgebers entgegen, dass dieser von einer staatlichen Prüfung und Genehmigung dieser Tarife wiederholt abgesehen hat²⁹. Ausweislich der *EVM*-Entscheidung vom 13. Juli 2011 gilt dies jedoch keineswegs für jede Sparte: Erst dann sei der analogen Anwendung die Grundlage entzogen, wenn der Gesetzgeber ähnlich deutlich wie auf dem Gebiet der Strom- und Gasversorgung erkennen lassen hat, dass Preise durch eine Verschärfung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht und nicht im Wege der zivilrechtlichen Auseinandersetzung bekämpft werden sollen³⁰. Für Wasserpreise sei dies gerade nicht der Fall³¹.

Angesichts dieser Entwicklung entbehrte es nicht einer gewissen Spannung, wie der 8. Zivilsenat die Lage für Wärmepreise einschätzen würde. Mit dem vorliegenden Urteil stellt er nunmehr fest, dass die Billigkeitskontrolle der Wärmepreise ebenfalls der Intention des Gesetzgebers zuwider laufen würde (Rn. 23). So habe der Gesetzgeber bewusst auf die Regulierung von Wärmepreisen verzichtet, obwohl er davon ausging, dass einem Wärmeversorger eine faktische Monopolstellung zukommt. Dies habe ihn aber nicht dazu veranlasst, eine Genehmigungspflicht für Fernwärmepreise einzuführen, die im Übrigen für Fernwärmepreise noch nie gegolten habe. Vielmehr habe er stattdessen auf die Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden verwiesen (Rn. 24).

Insoweit überzeugt die Entscheidung. In der Tat gab es fernwärmespezifisches Preisrecht noch nie. Vielmehr ging der Gesetzgeber für Fernwärmepreise einen im Energiewirtschaftsrecht einzigartigen Weg³². Mit konkreten Anforderungen an die Gestaltung von Preisänderungsklauseln (§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV), wonach insbesondere die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt zu berücksichtigen sind, stellte er sicher, dass sich die Fernwärmepreise nicht losgelöst von den Preisentwicklungen anderer Heizsysteme entwickeln können³³. Damit begegnete der Gesetzgeber ersichtlich der Gefahr, dass der Wärmeversorger während der Vertragslaufzeit lediglich die Kosten auf die Kunden weiterwälzt und ihm damit der Anreiz genommen wird, die Wärmeversorgung effizient zu gestalten³⁴. Darüber hinaus war die Fernwärmewirtschaft seit jeher liberalisiert. Kennzeichen der ehemals monopolisierten Strom- und Gaswirtschaft war die kartellrechtliche Duldung sowohl von Demarkationsverträgen, mit denen Versorger ihre Gebiete untereinander absteckten als auch von Ausschließlichkeitsvereinbarungen in Konzessionsverträgen, mit denen Gemeinden ausschließlich einem Unternehmen die Konzession zur Versorgung im Gemeindegebiet erteilten (§ 103 GWB aF). Eine solche Privilegierung der Fernwärme gab es zu keiner Zeit³⁵. Gebietsschutzabreden wären für die Fernwärmewirtschaft auch von geringem Wert gewesen, da sie nicht wirkungsvoll vor Substitutionswettbewerb hätten schützen können³⁶.

Gleichwohl gibt die Monopolpreisrechtsprechung des 8. Zivilsenats Anlass zur grundsätzlichen Kritik, da er sie nur schablonenhaft anwendet. So ist bereits fraglich, warum ausgerechnet Leistungen der Daseinsvorsorge der analogen Anwendung des § 315 BGB unterliegen sollen. *Markert* hat bereits vor einigen Jahren zu bedenken gegeben, dass § 315 BGB konsequenterweise auf alle Waren und Dienstleistungen, die von einer marktbeherrschenden Stellung beeinflusst sind, analog angewendet werden müsste³⁷. Die Eingrenzung auf Waren, die im Rahmen der Daseinsvorsorge angeboten werden, hält er für untauglich, weil er den Begriff der Daseinsvorsorge in einer marktwirtschaftlichen Ordnung für fragwürdig erachtet³⁸. Folgt man dem überzeugenden Ansatz von *Britz*, die von einer kommunalen Gewährleistungsverantwortung dort ausgeht, wo sie ausdrücklich durch Gesetz begründet ist³⁹, wird man feststellen können, dass zwar die Wasserversorgung und die Abwasserentsorgung eine Aufgabe der (kommunalen) Daseinsvorsorge ist, weil dies kraft Gesetzes so begründet wird (§§ 50 Abs. 1, 56 WHG in

Verbindung mit dem einschlägigen Landesrecht). Für die Fernwärme fehlt es indes an einer solchen Aufgabenzuweisung. Auch wenn es ein gutes Recht der Kommunen ist, sich auf dem Wärmemarkt als Anbieter von Fernwärme zu betätigen, so sind weder dazu verpflichtet noch sind sie die einzigen Marktakteure, wie die lebendige Wärme-Contractingbranche beweist und auch der vorliegenden Fall zeigt: Hier stellte der Investor der Wohnanlage zugleich die Wärme für die Wohnungen bereit. Es wäre befremdlich ihn als Anbieter von Leistungen der Daseinsvorsorge zu kennzeichnen, nur weil er die Wohnungen mit Wärme versorgt.

Gleiches gilt für das ebenso formelhaft vorgetragene Merkmal der Monopolpreisrechtsprechung, wonach Leistungen einer analogen Anwendung des § 315 BGB unterliegen, die mittels eines privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses angeboten werden. Damit knüpft der 8. Zivilsenat an die verwaltungsrechtliche Lehre der Zweistufentheorie an, wonach das Nutzungsverhältnis einer öffentlichen Einrichtung auch in den Rechtsformen des Privatrechts ausgestaltet sein kann⁴⁰. Das setzt aber voraus, dass die fragliche Leistung von einer öffentlichen Einrichtung erbracht wird. Aus dem vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass die Wärmeversorgung des Wohnanlageninvestors eine öffentliche Einrichtung.

Damit wird einmal mehr⁴¹ deutlich, dass der 8. Zivilsenat den konkreten Fall nicht unter die Voraussetzungen seiner Monopolpreisrechtsprechung subsumiert. In Wirklichkeit beruht sie auf der Monopolstellung des Leistungserbringers⁴²; nur kleidet der 8. Zivilsenat dies in andere Worte⁴³. Daraus wird ersichtlich, dass der Anschluss- und Benutzungszwang richtigerweise keine eigenständige Fallgruppe neben der Monopolstellung ist, sondern deren Unterfall, der sich aus der Besonderheit ableitet, dass die Monopolstellung auf einer rechtlichen Beschränkung des Wettbewerbs beruht.

Kommt es letztlich auf die Monopolstellung an, stellt sich die freilich altbekannte Frage, ob angesichts der kartellrechtlichen Rechtsbehelfe (§ 33 GWB iVm §§ 19, 29 GWB) überhaupt noch eine Lücke besteht, die durch die analoge Anwendung des § 315 BGB geschlossen werden müsste. Dazu nahm die Literatur bereits umfassend Stellung⁴⁴, weshalb dieser Punkt an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden soll. Erlaubt sei jedoch folgender Hinweis: Entgegen allem Anschein hat der 8. Zivilsenat diese Streitfrage bislang noch nicht entschieden. So gelangt er in der *Heilbronn*-Entscheidung vom 13. Juni 2007 allein zu dem Schluss, dass § 315

29. *BGH ZNER* 2008, 362 (364) Rn. 19 – *SW Dinslaken*.

30. *BGH NJW* 2011, 2800 (2802f) Rn. 36 – *EVM*.

31. *BGH NJW* 2011, 2800 (2803) Rn. 36 – *EVM*.

32. *Fricke*, *EuroHeat&Power* 2/2011, 22 (27).

33. *BR-Drucks.* 90/80, S. 56.

34. *Fricke*, *N&R* 2010, 71 (74); *ders.*, *EuroHeat&Power* 2/2011, 22 (27).

35. *Fricke*, *EuroHeat&Power* 2/2011, 22 (28).

36. So schon *Westermann/Schapp*, *Fernwärme International* 5/1973, 95 (106).

37. *Markert*, *RdE* 2008, 176 (177).

38. *Markert*, *RdE* 2007, 161 (162).

39. *Britz*, *Verw* 37 (2004), 145 (163).

40. Erstmals zur Anwendung des § 315 BGB auf Leistungen, die in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe in der Rechtsform eines privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses erbracht werden *BGHZ* 115, 311 (316) – *Abwasserentgelt*.

41. Siehe bereits *Büdenbender*, *Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmerversorgungsverträgen nach § 315 BGB*, 2005, S. 46 in Auswertung der älteren Rechtsprechung.

42. *Bremer/Höppner*, *N&R Beilage* 1/2010, 1 (5); v. *Hammerstein*, *ZNER* 2005, 9 (13).

43. So *Büdenbender*, *NJW* 2007, 2945 (2948); *ders.*, *LMK* 2008, 264558.

44. Für die analoge Anwendung des § 315 BGB, weil das Kartellrecht eine „Schutzlücke“ hinterlasse: *Becker/Blau* in *Schneider/Theobald*, *Recht der Energiewirtschaft*, 3. Aufl. (2011), § 12 Rn. 98; *Böcker*, *ZWeR* 2009, 105 (111); *Bremer/Höppner*, *N&R Beilage* 1/2010, 1 (5); *Halfmeier*, *VuR* 2006, 417 (420); *Markert*, *RdE* 2006, 84 (85); *ders.*, *RdE* 2006, 137 (138); *ders.*, *RdE* 2007, 161 (162); *Metzger*, *ZHR* 172 (2008), 458 (473); wohl auch *Hirsch*, *FS Baudenbacher*, 2007, S. 405 (416f). Gegen die analoge Anwendung des

BGB in unmittelbarer Anwendung und § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB aF (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB 2013) in Idealkonkurrenz zueinander stünden, weil erstere Norm vertraglicher und letztere deliktischer Rechtsnatur sei⁴⁵. Damit ist lediglich die konkurrenzrechtliche Frage der Verdrängung angesprochen. Diese Frage stellt sich allerdings erst dann, wenn feststeht, dass auf denselben Sachverhalt mehrere Anspruchsgrundlagen anwendbar sind. Demgegenüber untersucht der Analogieschluss die formallogisch vorher zu beantwortende Frage, ob überhaupt eine neue Anspruchsgrundlage für einen bisher unregulierten Sachverhalt etabliert werden darf, indem eine Rechtsnorm mit anderen Tatbestandsvoraussetzungen auf ein bislang unregulierten Fall übertragen wird⁴⁶.

D. Mit der vorliegenden Entscheidung dürfte jedenfalls für die Praxis die Diskussion abgeschlossen sein, unter welchen Voraussetzungen Wärmepreise der Anwendung des § 315 BGB unterliegen. Bei Vertragsschluss vereinbarte (Anfangs-)Preise sind nach dieser Entscheidung von vornherein nicht dem § 315 BGB unterworfen, weder in unmittelbarer noch in analoger Anwendung. Für während der Vertragslaufzeit veränderte (Folge-)preise gilt bereits das Diktum des 8. Zivilsenats vom 11. Oktober 2006, wonach sog. automatische Preisgleitklauseln keiner (analogen) Anwendung des § 315 BGB unterliegen, wenn die Vertragspartner die Berechnungsfaktoren für eine Preisänderung vertraglich so bestimmen, dass bei der Berechnung des geänderten Preises ein Ermessensspielraum des Wärmeversorgers nicht besteht⁴⁷. Solche Preisgleitklauseln finden sich in nahezu sämtlichen Wärmelieferverträgen⁴⁸. Vom BGH noch nicht entschieden sind bislang nur diejenigen Fälle, in denen Preise aufgrund öffentlicher Bekanntgabe (§ 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV) einseitig angepasst werden⁴⁹.

Aus rechtstheoretischer Sicht wäre es jedoch wünschenswert, würde der 8. Zivilsenat seine Monopolrechtsprechung noch einmal grundlegend überdenken. Er sollte sie nicht nur wie im vorliegenden Falle sektoral einschränken, sondern ganz aufgeben, da ihre rechtsmethodische Grundlage überaus fragwürdig ist. Für Situationen, in denen die Gefahr besteht, dass eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt wird, hat der Gesetzgeber gerade das Kartellrecht berufen. Eines Lückenschlusses durch eine Analogie bedarf es deshalb nicht. Vielmehr würde die analoge Anwendung des § 315 BGB die besonderen Wertungen des Kartellrechts konterkarieren. Dies gilt gerade für diejenigen Leistungen, die der BGH unter dem Begriff der Daseinsvorsorge zusammenfasst. Hier hat der Gesetzgeber zuletzt ein den jeweiligen Gegebenheiten angepasstes, fein austariertes System von Missbrauchstatbeständen geschaffen: Für (1) Strom und Gas gelten § 19 und § 29 GWB; für (2) Wasser § 19 und § 31 GWB 2013; und für (3) Fernwärme § 19 GWB.

2. Zur Frage der Rechtsunkenntnis für den Verjährungsbeginn bei einem Rückforderungsanspruch wegen überzahlter Gaspreise

AVBGasV § 4; BGB § 199 Abs. 1, § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1; ZPO § 256 Abs. 1

Zum Beginn der Verjährung für Rückzahlungsansprüche aufgrund unwirksamer Preisänderungsklauseln in einem Gaslieferungsvertrag mit Sonderkunden.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, U. v. 26.09.2012 – VIII ZR 249/11; vorgehend: OLG Koblenz, E. v. 07.07.2011 – U 955/10 Kart; LG Koblenz, E. v. 13.07.2010 – 1 HKO 88/09

Aus dem Tatbestand:

[1] Der Kläger bezieht von der Beklagten seit 1991 leitungsgebunden Erdgas.

[2] Die Parteien schlossen am 18./19. Juni 1991 einen vorformulierten „Gasversorgungs-Sondervertrag“. Als Arbeitspreis waren 4,20 Pf/kWh (2,15 ct/kWh) netto, als Grundpreis 30,00 DM/Monat (15,34 €/Monat) netto vereinbart. Unter II 2 des Vertrages heißt es, dass sich der Gaspreis ändert, wenn eine Änderung der allgemeinen Tarife der Beklagten eintritt.

[3] Nach Ziffer VI des Vertrages kann dieser erstmals nach Ablauf von 24 Monaten und danach jeweils mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Abrechnungsjahres schriftlich gekündigt werden.

[4] Die Beklagte änderte aufgrund der Preisankpassungsklausel wiederholt ihre Preise. Der Kläger widersprach den Preiserhöhungen erstmals nach Schreiben vom 3. Januar 2006; die vorangegangenen Jahresabrechnungen beanstandete er nicht.

[5] Mit der Klage hat der Kläger zunächst die Feststellung begehrt, dass diverse – im Einzelnen mit Daten benannte – Gaspreisbestimmungen der Beklagten im Zeitraum von 2004 bis 2008 sowie die Endabrechnungen aus den Jahren 2005 bis 2008 unwirksam und unbillig seien. Ferner hat er beantragt festzustellen, dass die von der Beklagten aufgrund der Jahresabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 ermittelten Abschlusszahlungen unbillig und unwirksam seien.

[6] Das Landgericht hat – unter Abweisung der Klage im Übrigen – festgestellt, dass die von der Beklagten in dem zwischen den Parteien bestehenden Gaslieferungsvertrag vorgenommenen – im Einzelnen mit Daten benannten – Preisbestimmungen im Zeitraum vom 1. Juli 2005 bis 1. Januar 2008 (Ausspruch zu 1) sowie die Endabrechnungen der Beklagten aus den Jahren 2006 bis 2008 auf den Gasverbrauch unwirksam (Ausspruch zu 3) und die von der Beklagten ermittelten Abschlusszahlungen unbillig und unwirksam sind (Ausspruch zu 2).

[7] Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt.

[...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

Aus den Gründen:

[26] II. Soweit die Revision zulässig ist, ist sie teilweise begründet.

[...] [Vom weiteren Abdruck wurde abgesehen.]

[29] Damit hat die Beklagte ihr Rechtsmittel auf die Feststellungsanträge zu 2 und 3 beschränkt. Diese Beschränkung ist wirksam, denn es handelt sich hierbei um verschiedene selbstständige Klageansprüche und damit abtrennbare Teile des Gesamtstreitstoffs (vgl. nur Senatsurteile vom 12. Mai 2010 – VIII ZR 96/09, WuM 2010, 484 Rn. 21; vom 13. Juni 2001 – VIII ZR 294/99, WM 2001, 2023 unter II 2).

[30] b) Eine derart wirksame Beschränkung eines Rechtsmittels hat zur Folge, dass das Rechtsmittelgericht das angefochtene Urteil gemäß §§ 308, 528 ZPO nur aufheben oder abändern darf, soweit es angefochten ist, also nur hinsichtlich der Entscheidung der Vorinstanz über die angegriffenen Ansprüche. Soweit der Streitstoff von dem zulässig beschränkten Rechtsmittel nicht erfasst wird, unterliegt er dagegen nicht der Prüfungscompetenz des Rechtsmit-

§ 315 BGB: Berkner/Topp/Kuhn/Tomala, ET 2005, 952 (959); Bork, JZ 2006, 682 (685); Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen, 2005, S. 64 und 84; ders., NJW 2007, 2945 (2948); Büdenbender/Wesche, EuroHeat&Power 3/2005, 24 (34); Ehrliche, JZ 2005, 599 (602); Kühne, NJW 2006, 654 (655); ders., VEnergR 139 (2008), S. 27 (40); Säcker, ZNER 2007, 114 (116); Schulz-Gardyan, N&R 2005, 97 (101); Staudinger/Rieble, Neubearb. 2009, § 315 BGB Rn. 57, 59; Topp, ZNER 2005, 241 (241); ders., RdE 2006, 136 (137); Zenke/Wollschläger in Zenke/Wollschläger, § 315 BGB: Streit um Versorgerpreise, 2. Aufl. (2009), S. 35; wohl auch Lippert, RdE 2006, 283 (284) und Wielsch, JZ 2008, 68 (70f); das Fehlen einer Regelungslücke zumindest für möglich haltend Hanau, ZIP 2006, 1281 (1282).

45. BGH ZNER 2007, 313 (314) Rn. 18 – HVG.

46. Zum Analogieschluss Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. (2011), Rn. 889.

47. BGH ZNER 2006, 341 (342) – Rn. 19.

48. Topp, IR 2007, 17 (18).

49. Dazu Dibbern/Wollschläger, CuR 2011, 148ff.