

RdE Recht der Energiewirtschaft

Sonderdruck



Carl Heymanns Verlag

schließt.⁹⁴ Daher sind die Normen des VwVfG ohnehin anwendbar. Das OLG Düsseldorf stellte im Übrigen nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 45, 46 VwVfG im Kartellrecht in Frage, sondern erörterte die Auslegung dieser Vorschriften im konkreten Verfahren.⁹⁵ § 67 Abs. 4 EnWG ebenso wie die Vorbildregelung des § 56 Abs. 4 GWB sind insoweit deklaratorischer Natur und überflüssig. Die konstitutive Wirkung des § 67 Abs. 4 EnWG besteht allein darin, dass er die §§ 45, 46 VwVfG des Bundes, auf die § 67 Abs. 4 EnWG verweist, auch für die Regulierungsbehörden der Länder⁹⁶ für anwendbar erklärt.⁹⁷

IV. Schlussbemerkung

§§ 45, 46 VwVfG bedürfen in der Energieregulierung restriktiver Interpretation. Keinesfalls sollte die Regulierungsbehörde auf Verfahrenshandlungen bewusst verzichten und auf eine Heilung im Prozess vertrauen. Hiergegen spricht bereits ein praktisches, den §§ 45, 46 VwVfG immanentes Problem:⁹⁸ Will die Behörde einen Verfahrens- oder Formfehler nach § 45 VwVfG heilen, so muss sie darlegen, dass eine offene Entscheidungssituation gegeben ist, der Fehler mithin noch real heilbar ist. Für den Fall, dass das Gericht anderer Auffassung ist, verschließt sich die Behörde die Möglichkeit, den Fehler nach § 46 VwVfG für unbeachtlich zu erklären, da er nach ihrer eigenen Argumentation Auswirkungen auf das Ergebnis haben kann. Behauptet die Behörde umgekehrt, der Fehler wirke sich nach § 46 VwVfG nicht auf das Ergebnis

aus, so scheidet eine Heilung nach § 45 VwVfG aus, da eine heilungsoffene Entscheidungssituation nach ihrem eigenen Bekunden nicht mehr gegeben ist.

Die Aufwertung, die das Verfahrensrecht in der jüngeren Vergangenheit erfahren hat, schlägt sich in der Energieregulierung nieder. Der Ausspruch *Carl Hermann Ules* besitzt mehr Aktualität denn je: »Ein durch rechtsstaatliche Grundsätze bestimmtes Verwaltungsverfahren kann die Aufgabe, die ihm in der rechtsstaatlichen Ordnung zukommt, nur dann erfüllen, wenn es von den Verwaltungsbehörden, die sich nach ihm zu richten haben, auch eingehalten wird.«⁹⁹

94 *Greinacher/Helmes*, NVwZ 2008, 12, 13. Zum Kartellrecht *Becker*, in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg.), Kartellrecht, § 56 GWB, Rn. 24; *Staebe*, WuW 2003, 714, 723; *Posser/Reitz*, RdE 2003, 255, 256.

95 OLG Düsseldorf, RdE 2003, 114, 115 ff.; vgl. *Staebe*, WuW 2003, 714, 722.

96 Diese sind in den in § 54 Abs. 2 EnWG aufgeführten Fällen zuständig.

97 Vgl. zu § 56 Abs. 4 GWB BT-Drucks. 15/3640, S. 63; *K. Schmidt*, in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 56, Rn. 25; *Bracher*, in *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, § 56 GWB, Rn. 34. Da das EnWG mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen wurde, konnte der Bund aufgrund von Art. 84 Abs. 1 GG a.F. das Verwaltungsverfahren regeln. Die landesrechtlichen Regelungen über die Folgen von Verfahrens- und Formvorschriften stimmen aber weitestgehend mit der bundesrechtlichen Regelung überein.

98 Hierauf weist *Hufen*, JuS 1999, 313, 318, hin; ähnlich *Bader*, NVwZ 1998, 674, 676.

99 *Ule*, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, 1965, 53, 71.

Der Begriff der Fernwärme

Von *Adolf Topp*, Frankfurt/M.

1. Fernwärmebegriff

Der Gesetzgeber hat den Begriff »Fernwärme« nicht definiert, weshalb dieser lange Zeit lebhaft umstritten war. Dabei spielten Vorstellungen des Mieterschutzes, maschinentechnische Auffassungen und die Entwicklung von Nah- und Direktwärme Konzepten eine Rolle. Dass die Auslegung des Begriffs auch heute noch Schwierigkeiten verursacht, zeigt ein Urteil des OLG Rostock vom 15. 1. 2004¹, in dem das Gericht über die Wirksamkeit der Kündigung eines Wärmelieferungsvertrages durch eine Wohnungseigentümergeinschaft und über die Eigentumsverhältnisse an der Heizungsanlage zu entscheiden hatte. Neben der eigentumsrechtlichen Beurteilung² entschied das OLG, der Wärmelieferungsvertrag verstoße gegen § 11 Nr. 12 AGBG (jetzt § 309 Nr. 9 a-c BGB), da er eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren und eine Kündigungsfrist von mehr als drei Monaten vorsieht. Die Anwendung des AGB-Gesetzes wäre jedoch zu Unrecht erfolgt, wenn es sich vorliegend um Fernwärmever-

sorgung handelt und die AVBFernwärmeV als *lex specialis* dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach §§ 305 ff. BGB vorgeht.

Es ist daran gut zu sehen, dass der Begriff der Fernwärme noch immer der Klärung oder vielmehr der Aufklärung bedarf.

Deshalb soll im Folgenden die Diskussion um den Fernwärmebegriff und dessen Entwicklung, die zum heutigen Verständnis des Begriffs Fernwärme führte, dargestellt werden.

1 OLG Rostock, Urteil v. 15. 1. 2004 – 7 U 91/02 = CuR 2004, S. 145 ff.

2 Siehe dazu Urteilsanmerkung von *Hasenbein* in CuR 2004, S. 148 f.

2. Diskussion um den Fernwärmebegriff

a) Technische Definition

Technisch gesehen wird Fernwärme meist als eine leitungsgebundene Energie zur Wärmeversorgung von Kunden über die Energieträger Heizwasser oder Dampf definiert. Dabei wird die Fernwärme zentral erzeugt und dem Kunden über Wärmeverteilungsnetze zugeführt. Ganz ähnlich wird in der juristischen Literatur vertreten, Fernwärme liege vor, wenn der Lieferant durch die von ihm betriebene Heizzentrale mehrere Gebäude oder ganze Stadtteile über ein eigenes Versorgungsnetz und über Anschlüsse an die Kundenanlage mit Wärme versorgt.³ Die maschinentechnische Definition ist jedoch zur Auslegung des Begriffs »Fernwärme« nicht geeignet.

b) Juristische Definition

In Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen folgende Auffassungen vertreten: Nach Ansicht des LG Hamburg⁴ liegt Fernwärme nicht vor, wenn Nah- oder Direktwärme geliefert wird. Auch *Lammel*⁵ fordert für das Vorliegen »echter« Fernwärmeversorgung, dass Heiz- und Wohnanlagen nicht im Eigentum derselben Person stehen, kein örtlicher Zusammenhang zwischen beiden Bauten besteht und für beide Anlagen kein einheitlicher Finanzierungsplan gegeben war.

Demgegenüber vertreten mehrere Autoren⁶ die Auffassung, Fernwärmeversorgung beinhalte die Versorgung Dritter mit Wärme gegen Zahlung eines regelmäßigen Entgeltes für die Wärmelieferung aufgrund einer Preisregelung.

Ähnlich liegt nach *Lubman* und *Milbahn*⁷ Fernwärme vor, wenn Wärme nicht vom Gebäudeeigentümer sondern von einem Dritten bereitgestellt wird und die Lieferung nach den Vorschriften der AVBFernwärmeV erfolgt.

Fernwärme liegt auch dann vor, wenn die Produktionsanlage im Eigentum des Gebäudeeigentümers steht und sich in dem Gebäude befindet. Erforderlich ist hier lediglich, dass der Lieferant nicht mit dem Gebäudeeigentümer identisch ist und die Anlage im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt.⁸

Die amtliche Begründung zu § 1 Abs. 1 HeizkVO⁹ sieht als Fernwärme die Wärmelieferung für Gebäude dann an, wenn sie nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem Dritten erfolgt und dieser die Wärmelieferung nach den Vorschriften der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme oder unter Zugrundelegung von Individualverträgen vornimmt. Die Begründung will ausdrücklich die herkömmlichen Fernwärmeversorgungsunternehmen (Fernheizwerk, Kraftwerk mit Kraft-Wärme-Kopplung usw.) und diejenigen Unternehmen erfassen, die es übernommen haben, die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für diesen im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu betreiben.

Nach Auffassung des BGH¹⁰ liegt im Rahmen des preisgebundenen Wohnraums Fernwärme vor, wenn die Wärmelieferung von einer nicht zur Wirtschaftseinheit gehörenden Anlage stammt. Die Kosten der Versorgung mit Fernwärme sind umlagefähig, sofern sie nicht schon in

die Einzelmiete eingerechnet worden sind. Der BGH geht davon aus, dass die Wärmelieferungskosten entweder in die Miete eingerechnet werden, weil sie aus der Wirtschaftseinheit stammenden Anlagen stammen, oder in voller Höhe auf die Mieter umgelegt werden, weil sie nicht in die Miete eingerechnet wurden.

In seiner Entscheidung vom 9. 4. 1986¹¹ zu §§ 1, 6 Abs. 1 Satz 2 HeizkVO a.F. hatte der BGH die Versorgung aus einer dem Hauseigentümer gehörenden Anlage jedoch nicht mehr als Fernwärme angesehen, da die Anlage dem Wärmeversorgungsunternehmen nicht gehörte, sondern ihm verpachtet worden war. In dieser Entscheidung stützt sich der BGH auf den allgemeinen Sprachgebrauch zur Auslegung des Begriffs »Fernwärme«. Danach setze die Versorgung mit Fernwärme voraus, dass der Lieferant durch die von ihm betriebene Heizzentrale Gebäude oder ganze Stadtteile über ein eigenes Versorgungsnetz und über Anschlüsse an die Kundenanlage mit Wärme versorgt.

Die Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte zum Fernwärmebegriff war bis zum Urteil des BGH vom 25. 10. 1989 ebenfalls uneinheitlich.

c) Urteil des BGH vom 25. 10. 1989

Die Diskussion um den Fernwärmebegriff wurde vom BGH in seinem Urteil vom 25. 10. 1989¹² dahingehend entschieden, dass Fernwärme im Sinne des § 1 AVBFernwärmeV jedenfalls dann vorliege, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird. Der BGH betont, dass es auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebenso wenig ankommt, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes.

3 Vgl. *Pauls*, NJW 1984, S. 2448, 2449; *Brintzinger*, in Fischer-Dieskau-Pergande-Schwender, Wohnungsbaurecht, Band V, § 1 HeizkVO Anmerkung 5, S. 8.

4 LG Hamburg, MDR 1983, S. 989; NJW 1984, S. 1562.

5 *Lammel*, Kommentar zur Heizkostenverordnung, 2. Auflage, § 1 Rn. 14; *ders.* Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Auflage, S. 2436.

6 *Witzel* in *Witzel/Topp*: Kommentar zur Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV), 2. Auflage, S. 32 ff.; ebenso: *Ebel*, ET 1985, S. 267, 269, 270; *Topp* in *Berliner Kommentar zum Energierecht*, KWKModG § 5, Rn. 56; *Hack*, Energie-Contracting, S. 15; *Lippert*, Energiewirtschaftsrecht, S. 654 f.

7 *Lubmann/Milbahn*, Das neue Mietrecht, Teil 5, Kap. 5.2.2, S. 3.

8 *Schubert*, NJW 1985, S. 1682 (1685); *ders.*, in *Schade-Schubert-Wienecke*, Der Wirtschaftskommunikations-, Soziales Miet- und Wohnungsrecht, September 1986, Anhang B S. 99, 100; *Blank/Börstinghaus*: Miete, 2. Auflage, § 556, Rn. 31.

9 BR-Drs. 632/80, S. 17.

10 BGH NJW 1979, S. 1304 unter 1b aa.

11 BGH NJW 1986, S. 3195.

12 BGH NJW 1990, S. 1181, 1183.

Der BGH stützte sich dabei auf die amtliche Begründung der HeizkVO¹³ und die Änderungsverordnung vom 19. 1. 1989¹⁴. Der Gesetzgeber wollte darin ausdrücklich jede Art der eigenständigen gewerblichen Wärmelieferung abdecken ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung vereinbart oder deklariert wird. Die nach Erlass der AVBFernwärmeV entwickelten Nah- und Direktwärmerversorgungskonzepte sollten der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt werden.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn das Eigentum an der Heizungsanlage beim Grundstückseigentümer verbleibt. Denn § 1 Abs. 1 Nr. 2 HeizkVO, auf den sich das BGH-Urteil vom 25. 10. 1989 ausdrücklich bezieht, schließt diese Fälle ein.

d) Urteil des BGH vom 20. 6. 2007¹⁵

Nach dem klarstellenden Urteil von 1989 folgt das Urteil des BGH vom 20. 6. 2007 nicht der daraus hervorgegangenen Definition von Fernwärme. In diesem Urteil unterscheidet der BGH scheinbar zwischen Fern- und Nahwärme, obwohl er doch in seiner Leitsatzentscheidung von 1989 klargestellt hat, dass es auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebenso wenig ankommt, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. Diese Entscheidung passt weder in die bisherige Rechtsprechung noch geht aus dem Urteil hervor, auf welche Überlegungen der achte Senat diese Unterscheidung stützt. Die bloße Verwendung unterschiedlicher Wörter wie Fern- oder Nahwärme lässt indes auf keine juristische Auslegung und Definition der Begrifflichkeiten schließen.¹⁶ Es handelt sich um keine das Urteil tragende Überlegung, entscheidend war, dass der formularmäßige Mietvertrag aus dem Jahr 2000 keine eindeutige Umlagenvereinbarung enthielt.

e) Urteil des BGH vom 16. 4. 2008¹⁷

Das Urteil bezieht sich auf die nachträgliche Umstellung eines Mietgebäudes von einer Zentralheizung auf Fremdversorgung durch Wärmecontracting.¹⁸ Der BGH lässt diese Umstellung auf die Umlage der Nebenkosten auf den Mieter mit der zutreffenden Begründung zu, der Mietvertrag sehe auch die Umlage von Kosten der Versorgung mit Fernwärme vor. Der Begriff der Fernwärme umfasst also alle Formen der gewerblichen Lieferung von Wärme einschließlich Contracting.

3. Auslegung des Begriffs »Fernwärme«

a) Wortlaut

Sofern ein Begriff gesetzlich nicht definiert ist, ist zu seiner Auslegung zunächst von seinem Wortlaut auszugehen. Der Duden definiert »Fernwärme« als »die Wärme aus der Fernheizung« und beschreibt damit nur die historisch vorgefundene Form der Wärmelieferung. Das Wort »fern« drückt in Verbindung mit Substantiven aus, dass die entsprechende Person oder Sache sich nicht in räumlicher Nähe zum Sprecher befindet.

b) historische Auslegung

Bei der Einführung dieser Heizungsform vor 50 bis 100 Jahren¹⁹ in Deutschland hat man an Direkt- oder Nahwärmekonzepte nicht gedacht, weil solche erst in jüngerer Zeit entwickelt worden sind. Es war allgemein üblich, Wärme in Heiz- oder Heizkraftwerken zentral zu erzeugen und über Leitungsnetze zu verteilen.

c) systematische Auslegung

Durch eine Reihe von vier Verordnungen sollten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Versorgung mit Strom, Gas, Wasser und Wärme umfassend geregelt werden. Bei Strom, Wasser und Gas ist unstreitig, dass die Anwendung der AVB weder von der Entfernung des Werkes vom Kunden noch vom Vorhandensein eines Leitungsnetzes abhängt. Die immerhin praktisch denkbare Möglichkeit, dass die Wasserversorgung aus einer nahe gelegenen Quelle erfolgen kann, führt ebenfalls nicht zur Unanwendbarkeit der AVB. Es wäre systemwidrig, einen Teilabschnitt der Versorgung mit Wärme aus dem gesetzgeberischen Gesamtkonzept der AVB Strom, Gas, Wasser und Fernwärme herauszunehmen.

Die Konsequenz wäre, dass dann Wärme im so genannten Nah- oder Direktbereich ausschließlich gemäß § 433 BGB²⁰ behandelt wird. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dieser Kaufverträge blieben ungeregt und der Kunde würde nicht in den Schutzbereich des § 310 Abs. 2 BGB (Allgemeine Geschäftsbedingungen für Fernwärme) einbezogen werden. Damit würde sich die Auslegung des Begriffs »Fernwärme« selbst ad absurdum führen.

Dies wird von den Contracting – Nahwärme oder Direktwärmeserviceunternehmen ebenso gesehen und die Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV auf diese Konzepte für selbstverständlich gehalten.²¹

d) Argument des Mieterschutzes

Gegen die Ausweitung des Begriffes »Fernwärme« auf alle Formen der Wärmelieferung wurden verschiedentlich Gedanken des Mieterschutzes geltend gemacht. In besonders prononcierter Weise macht sich das Landgericht Hamburg den Mieterschutz zueigen.²² Die Befürchtung wird mit folgendem Beispielfall unterlegt:

13 BR-Drs. 652/80, S. 17.

14 BR-Drs. 494/88, S. 19, 21 und 22.

15 BGH VIII ZR 244/06 vom 20. 6. 2007 CuR 2007, 98 = WuM 2007, 445 = GE 2007, 1118.

16 Ebenso *Klemm* CuR 2008, 124, 130.

17 NZM 2008, 442; WuM 2008 Heft 6, S. 350 f.

18 Rdnr. 11 des Urteils, s.o. Fn. 17.

19 Einführung der Fernwärmerversorgung in Erfurt 1961, Mosbach/Saarland 1963, Weißenfels: 60er Jahre; Zürich 1927/28, Berlin ca. 1912; Karlsruhe 1904.

20 Vgl. BGH NJW 1979, S. 1304, 1305.

21 Vgl. *Helle*: Energiedienstleistungsbezogene Diversifikation – Nutzwärme-Angebote in der Gaswirtschaft in: ZögU, Band 15, Heft 2, 1992, S. 131, 138, 139.

22 Vgl. LG Hamburg, a.a.O.

Ein Wohnungseigentümer vermietet eine Wohnung, die mit einer Zentralheizung beheizt wird. Der Wärmeerzeuger befindet sich, wie meist üblich, im Keller des Hauses und wird vom Vermieter betrieben. Vermieter und Mieter vereinbaren die Umlagefähigkeit der Kosten für Brennstoff und Betrieb der Heizung entsprechend Anlage 3 Nr. 4 der II. BV²³.

Daraus ergibt sich folgende Rechtslage: Der Vermieter hat als Nebenleistung für die Beheizung der Wohnung zu sorgen. Auch wenn die Beheizung der Wohnung nicht ausdrücklich im Mietvertrag vereinbart wurde, ergibt sich aus dem Vorhandensein der Heizung bei Abschluss des Mietvertrages, dass der Vermieter den Mieter aus dieser Heizung mit Wärme versorgen muss.²⁴

Der Vermieter hat einen Anspruch auf Zahlung der Brennstoff- und Betriebskosten der Heizung. Der Anspruch ergibt sich analog aus dem Mietvertrag i.V.m. § 535 BGB und Anlage 3 Nr. 4 der II. BV. Es darf nur vereinbart werden, Nebenkosten abzurechnen, die in der Anlage 3 der II. BV genannt sind.²⁵

Nun würde, so befürchtet man, der Vermieter in der Lage sein, seine Heizungsanlage etwa an einen Dritten (z.B. seinen Heizungswart) zu verkaufen oder auch nur zu verpachten. Der Dritte könne dann dem Mieter wie ein FVU Fernwärmepreise in Rechnung stellen. Der Fernwärmepreis richtet sich dann nach dem, was der Markt hergibt und würde nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen kalkuliert. In diesem Preis sei dann auch kalkulatorisch der Aufwand oder die Pacht für die zentrale Heizungsanlage einschließlich aller sonstigen Kosten und ein Unternehmervorgewinn enthalten. Der Vermieter würde also einen Gewinn machen, weil er die Kosten der Heizung zweimal, nämlich einmal über die Mieten und zum zweiten über den Fernheizungspreis bekomme.

Um die Überzeugungskraft dieses Einwandes bewerten zu können, ist zu prüfen, ob die befürchtete Rechtsfolge tatsächlich eintreten kann. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sich die materiellen bürgerlich-rechtlichen Ansprüche auf Bezahlung mietrechtlicher Nebenkosten nicht nach dem Mietvertrag und der II. BV, sondern ausschließlich nach der HeizkVO richten würden. Dies ist jedoch nicht der Fall:

Die HeizkVO selbst regelt keine materiellen Ansprüche, sondern lediglich die Verteilung von Heizkosten. Sie regelt also nicht das »Ob« der Umlage, sondern das »Wie«. Ob auf die Heizkosten materiell ein Anspruch besteht, ergibt sich ausschließlich aus der vertraglichen Vereinbarung.²⁶ Die Rechtsgrundlage der HeizkVO, das Energieeinsparungsgesetz, stellt nämlich keine Ermächtigungsgrundlage für die Abänderung des BGB dar, deshalb bleiben die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften von der Kostentragungsregelung der HeizkVO unberührt.²⁷ Die HeizkVO führt nur zu einer Verteilung der Kosten, nicht aber zu einer Verlagerung.

Die mögliche Umlage von Contracting-Kosten auf den Mieter ist folglich eine Frage des Mietrechts und hängt von der Ausgestaltung des Mietvertrages ab.²⁸ In Rechtsprechung und Literatur sind allerdings das »Ob« und das »Wie« der Umlage heillos umstritten. Die Bandbreite der Ansichten reicht von einer völligen Ablehnung jeglicher

Umlagemöglichkeit bis zur vollständigen Umlage sämtlicher Kosten.

1. Sofern eine ausdrückliche Regelung im Mietvertrag vorhanden ist, die den Vermieter zu einer Umstellung ermächtigt bzw. beim Abschluss von Neuverträgen, ergeben sich keine größeren Probleme. Die formularmäßige Vereinbarung eines einseitigen Umstellungsrechts durch den Vermieter ist möglich und verstößt auch nicht automatisch gegen § 307 BGB,²⁹ sofern sie die Interessen des Mieters hinreichend berücksichtigt. Ein ausreichender Schutz des Mieters erfolgt in diesen Fällen in der Regel durch die Vorschrift des § 315 III BGB. Danach muss die Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts billigem Ermessen entsprechen. Ist die einseitige Leistungsbestimmung durch den Vermieter unbillig, so ist sie nicht wirksam.³⁰

2. In der Praxis dürfte in der überwiegenden Zahl der Fälle jedoch keine ausdrückliche Regelung getroffen worden sein. Es wird nun diskutiert, ob die Umlage von Wärmeversorgungskosten der Zustimmung des Mieters bedarf oder ob der Vermieter diese Kosten einseitig umlegen darf.

Nach einer Ansicht sind die Vorschriften und Grundsätze über den Mietvertrag, § 535 BGB und die II. BV in der Auslegung der Rechtsprechung abschließend. Grundsätzlich darf an Nebenkosten nur umgelegt werden, was ausdrücklich vereinbart wurde.³¹

In der Literatur wird von *Lammel* vertreten, dass der vereinbarte Mietvertrag sich auf den Eigenbetrieb einer bestimmten Heizung konkretisiert hätte. Dadurch sei es zu einer Beschränkung der dem Vermieter grundsätzlich zustehenden Organisationshoheit gekommen.³²

Auch in der Rechtsprechung wird diese Ansicht vertreten. Die Landgerichte Frankfurt/Main und Bochum fordern eine gesetzliche Grundlage oder eine besondere Vereinbarung der Mietvertragsparteien für die Umlage von Kapitalkosten oder Instandsetzungskosten.³³ So auch das AG Waiblingen. Danach könne von den umlagefähigen Kosten des § 7 HeizkVO nur abgerechnet werden, was tatsächlich auf den Mieter umgelegt wurde. Ist die ent-

23 Zweite Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen.

24 MüKo-Voelskow, §§ 535, 536 Rn. 71.

25 Vgl. Rechtsentscheid des OLG Koblenz vom 7. 1. 1986, NJW 1986, S. 995 f.

26 *Lammel*, a.a.O., § 1 Rn. 18.

27 *Lammel*, a.a.O., § 2 Rn. 35.

28 So auch LG Frankfurt/Main, Urt. v. 10. 12. 2002 – 2/11 S 194/02 = WM 2003, S. 217 (219).

29 So aber LG Berlin CuR 04/2004, S. 150.

30 Vgl. *Brocke/Topp*: Die Durchführung von Wärmecontracting-Vorhaben und Auswirkungen auf bestehende Mietverträge, IR 2005, S. 56.

31 BGH NJW 1986, S. 995; *Eisenschmid*: Heizpflicht des Vermieters und Contracting, in *AnwaltInfo Mietrecht* 2003, S. 10 ff.

32 *Lammel*, in: *Schmitt-Futterer, Mietrecht*, 8. Auflage, S. 2435 – § 1 Heizkostenverordnung, Rn. 18; *Tiefenbacher*, NZM 2000, S. 161 ff.

33 LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10. 12. 2002, a.a.O.; LG Bochum, Urteil vom 3. 11. 2004 – 9 S 152/04 = WM 2005, S. 245 ff.

sprechende Formulierung im Mietvertrag oder einer sonstigen Vereinbarung unklar, gehe dies zu Lasten des Vermieters.³⁴

Das LG Neuruppin betont, dass die HeizkVO dem Vermieter kein Recht gibt, den Mietvertrag einseitig zu ändern, wenn zuvor mietvertraglich vereinbart war, dass die Heizungsanlage durch den Vermieter betrieben wird.³⁵ Der BGH hatte sich zunächst dieser Auffassung angeschlossen.³⁶

Nach der Gegenansicht kann der Vermieter ohne Zustimmung des Mieters auf Wärmelieferung durch einen Dritten umstellen, wenn eine bestimmte Versorgungsart nicht vereinbart war. So steht es nach Ansicht des LG Frankfurt/Oder³⁷ dem Vermieter im Zuge der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen frei, die zentrale Heizungsanlage durch einen Dritten betreiben zu lassen und die Wärmelieferungskosten auf die Nutzer umzulegen, sofern er die Grundsätze ordnungsgemäßer Bewirtschaftung des Gebäudes wahrt. Das Gericht betont, dass es einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für eine »einseitige Vertragsänderung« dann nicht bedarf, wenn noch keine konkrete vertragliche Vereinbarung über die Form der Wärmeversorgung getroffen wurde.

Der Vermieter kann entsprechend der HeizkVO entweder selbst die Wärmelieferung durchführen und die hierbei umlagefähigen Kosten gemäß § 7 Abs. 2 HeizkVO gegenüber den Mietern abrechnen oder aber die Wärmeversorgung auf Dritte übertragen und dann nach § 7 Abs. 4 HeizkVO die Kosten berechnen, die ihm für die Lieferung von Fernwärme in Rechnung gestellt werden. Daraus schließt das LG Frankfurt/Oder, dass die Ausgliederung der Wärmelieferung in Form des Bezugs von Fernwärme ohne weiteres zulässig ist.

Nach einer Entscheidung des LG Chemnitz³⁸ ist die Umstellung auf Fernwärmelieferung ohne Zustimmung des Mieters nicht nur im Zuge von Modernisierungsmaßnahmen möglich. Im entschiedenen Fall enthielt der Mietvertrag nur die Bestimmung, dass das Mietobjekt mit Zentralheizung ausgestattet ist. Daran hat sich durch den Bezug von Fernwärme auch nichts geändert. Da die HeizkVO eine Umlage von Kapitalkosten und Gewinn nicht ausschließt, sei eine Umstellung auf Fernwärme auch ohne Zustimmung des Mieters möglich. Dies selbst dann, wenn dadurch eine höhere Kostenlast auf Seiten des Mieters entsteht.

Das LG München II³⁹ hielt eine Bestimmung im Mietvertrag, wonach Umlegungsmaßstab und Abrechnungszeitraum vom Vermieter nach billigem Ermessen geändert werden können, wenn dringende Gründe einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung es erfordern, zum Beispiel bei Umstellung der Heizung, für zulässig. Durch diese Regelung stehe dem Vermieter nach § 315 Abs. 3 BGB ein Leistungsbestimmungsrecht zu, das einer Billigkeitskontrolle unterliegt. Aus dem Mietvertrag ergebe sich, dass der Vermieter, sofern es der Billigkeit entspricht, auch andere Kosten, wie zum Beispiel Investitionskosten, im Rahmen der Nebenkosten auf den Mieter umlegen kann ohne diese Investitionskosten einzeln auszuwerfen.

Was das »Wie« der Umlage, also die umlagefähigen Kosten betrifft, so kommt es darauf an, was unter den

Kosten der Wärmelieferung gemäß § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 3 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HeizkVO zu verstehen ist. Zu diesen Kosten gehören die von dem gewerblichen Unternehmen in Rechnung gestellten vollen Kosten. Dies wurde vom BGH in seinen Entscheidungen vom 25. 10. 1989⁴⁰ und 16. 7. 2003⁴¹ als selbstverständlich vorausgesetzt.

Auch in der Literatur⁴² wird die Umlagefähigkeit von Kapitalkosten und Gewinn vertreten, da die HeizkVO nicht nur die Umlage dieser Kosten nicht ausschließt, sondern eine Kostenverteilung aller Wärmelieferungskosten nach den Vorschriften der HeizkVO verlange. Die Kosten der Versorgung aus einer zentralen Anlage können nicht mehr umgelegt werden, weil solche nicht mehr entstehen. Eine eventuell notwendige Anpassung erfolgt dann über den Grundmietzins. Der Bundesgerichtshof hat sich der Auffassung im Fall der Umstellung auf Fernwärme mit überzeugenden Gründen angeschlossen und damit seine frühere Rechtsprechung aufgegeben.⁴³

Festzuhalten bleibt also, dass eine Umstellung auf Fernwärmeversorgung und die Umlage der entsprechenden Kosten auf den Mieter, auch wenn sie ohne Zustimmung des Mieters für zulässig gehalten wird, ihre Grenze im Wirtschaftlichkeitsgebot des Vermieters gem. § 560 Abs. 3 S. 1 BGB findet. Der Mieter ist also keineswegs einer willkürlichen Kostenumlage durch Vermieter oder Fernwärmeversorger ausgeliefert.

Zutreffend dürfte es sein, dem allgemeinen Grundsatz zu folgen, dass der Vermieter stets befugt ist, neue Nebenkosten einzuführen bzw. Nebenleistungen innerhalb einer Kostenart zu wechseln.⁴⁴ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gerade beim Wärmecontracting zuzulassen, kann nicht plausibel begründet werden. Vor allem vermag nicht zu überzeugen, dass moderne Heizanlagen mit Umwelt schützenden Wirkungen meist auf Kosten des Mieters gemäß § 3 Abs. 1 MHG (heute: § 559 BGB) installiert werden können. Wenn diese Kosten nach 11 Jahren »abgezahlt« sind, bleibt diese Mieterhöhung bestehen und führt zu entsprechenden Reingewinnen des Vermieters. Nichts anderes geschieht beim Wärmecontracting, dafür sind al-

34 AG Waiblingen, Urt. v. 30. 8. 2002 – 8 C 423/02 = WM 2003, S. 216.

35 LG Neuruppin, Urt. v. 20. 4. 2000 – 5 S 43/99 = WM 2000, S. 554 (555).

36 NJW 2003, 2990; NJW 2008, 1776; WuM 2005, 456; Beyer in: Pöschke (Hrsg.) »Energieeffizienz in Gebäuden« – Jahrbuch 2006, S. 143 ff. m.w.N.

37 Vgl. LG Frankfurt/O, Urt. v. 18. 12. 1998 – 16 S 185/98 = WM 1999, S. 403 f.

38 LG Chemnitz, Urt. v. 1. 11. 1999 – 12 S 2013/99 = NJW-RR 2000, S. 81.

39 LG München II, Urt. v. 28. 12. 1999 – 12 S 1168/99 = WM 2000, S. 81 f.

40 Siehe Fn. 12.

41 BGH NJW 2003, 2900.

42 Vgl. Schmid: Energiecontracting von Zentralheizung auf Fernwärme, in NZM 2000, S. 25 f.

43 BGH, Urt. v. 27. 6. 2007, VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060 ff. mit Anm. Derckx; CuR 2007, Heft 3, S. 98 ff.; WuW 2007, Heft 10, S. 571 ff.

44 AG Leipzig, Urt. v. 15. 6. 2004 in CuR, Heft 1, 22 ff. mit überzeugender Begründung.

lerdings die Gewinnerwartungen der Wärmeversorger deutlich niedriger, denn sie sind nach dem mietrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz am Marktpreis für Wärme zu spiegeln.

Auch wenn man diesem Ergebnis nicht folgt, ist es nicht zulässig, Gedanken des Mieterschutzes zur Auslegung des Begriffes »Fernwärme« heranzuziehen. Gesetzliche Begriffe sind aus sich selbst heraus auszulegen, nicht aus dem Wunsch, »mieterfreundlich« oder »unternehmerfreundlich« zu sein. Der Schutz der Mieter und die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Mieter und Vermieter muss dem Rechtsgebiet überlassen bleiben, das dafür zuständig ist: Dem Mietrecht.

Im Übrigen ist die Fernwärme nicht »mieterfeindlich«, sondern für den Mieter durchaus vorteilhaft. Zu nennen sind beispielsweise die hohe Versorgungssicherheit der »öffentlichen« Wärmeversorgung, der Schutz bei Preiserhöhungen gemäß § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV⁴⁵, keine Immissionsbelastung in der unmittelbaren Wohnumgebung bei Wärmelieferung über ein Verteilungsnetz, tendenziell geringere Brennstoffkosten durch Kraft-Wärme-Kopplung, geringer Raumbedarf der Fernwärmehauszentrale (und dadurch größere Kellerräume für die Mieter). Konsequenterweise wurde deshalb in Zeiten eines Wohnungsüberhangs, z.B. im Hamburg der 70er Jahre, in Zeitungsanzeigen damit geworben, dass Mietwohnungen fernbeheizt sind.

Fernwärme liegt allerdings dann nicht vor, wenn der Vermieter es als mietrechtliche Nebenpflicht übernommen hat, die vermieteten Räume mit Wärme zu versorgen. Es obliegt deshalb den Mietvertragsparteien zu vereinbaren, ob der Vermieter Wärme selbst als nebenvertragliche Pflicht zur Verfügung zu stellen hat, den Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrages mit einem FVU einräumt oder in seltenen Ausnahmefällen selbst einen Fernwärmeversorgungsvertrag abschließt. Letztere Fallgestaltung mag z.B. vorkommen, wenn der Fernwärmeversorger als kommunales Unternehmen selbst Wohnungen bewirtschaftet und vermietet. Es muss ihm dann auch die Möglichkeit eingeräumt werden, seine eigenen Wohnungen an die Fernwärmeversorgung anzuschließen und Fernwärmeversorgungsverträge anzubieten.

4. Ergebnis

Fernwärme ist Wärme beliebiger Herkunft, die mit Hilfe eines Trägermediums (meistens Heizwasser oder Dampf) gewerblich aufgrund eines Vertrages gegen Entgelt geliefert wird und mit deren Lieferung keine eigenen mietrechtlichen Nebenverpflichtungen erfüllt werden. Auf jede Form der Wärmelieferung ist die AVBFernwärmeV anzuwenden.

Bei »Nahwärme«, »Wärmedirektservice« oder »Contracting« liegt »Fernwärme« i.S. der AVBFernwärmeV vor und der Wärmelieferant ist rechtlich Fernwärmeversorgungsunternehmen (FVU).⁴⁶

Nach dieser Definition handelt es sich im eingangs geschilderten Fall des OLG Rostock um Fernwärmeversorgung. Somit gelten nach § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV die §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV.

Nach § 32 I AVBFernwärmeV beträgt die Laufzeit von Versorgungsverträgen höchstens zehn Jahre und der Vertrag kann von beiden Seiten mit einer Frist von neun Monaten vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt werden.

Die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB sind für die Überprüfung der Gültigkeit von Fernwärmeversorgungsbedingungen nicht einschlägig, da Fernwärmeversorgungsbedingungen an den Bestimmungen der AVBFernwärmeV zu messen sind. Die AVBFernwärmeV stellt die speziellere Regelung dar.⁴⁷ Auch die AGB-Bestimmungen⁴⁸ verweisen auf die AVBFernwärmeV. Folglich hat das OLG Rostock hier die AGB-Bestimmungen zu Unrecht auf einen Fernwärmeversorgungsvertrag angewendet.

45 Dies verkennt *Derleder*, WM 2000, S. 3 (9).

46 So auch *Hack*: Energie-Contracting, S. 15.

47 Vgl. Begründung des Bundeswirtschaftsministeriums zum Regierungsentwurf, abgedruckt in *Witzel/Topp*, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, S. 237 ff.; *de Wyl/Essig/Holtmeier* in *Schneider/Theobald*, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, § 10 Rn. 328 f.

48 Siehe § 310 II BGB (neu), § 23 AGBG (alt) und Art. 243 EGBGB.