

dem novellierten EnWG ab wann zu erfüllen sind. Wenn hier keine klare gesetzliche Definition folgt, bleibt diese Entscheidung den Gerichten und damit langjährigen Gerichtsverfahren vorbehalten.

Allerdings ist davon auszugehen, dass die Werksnetzregelung in § 110 EnWG-E entsprechend ihrer jetzigen Formulierung für nicht-industrielle Netze, unabhängig von deren Dimensionierung, nicht zur Anwendung gelangen würde, soweit nicht noch eine klarstellende Korrektur in der Formulierung des § 110 EnWG-E vorgenommen wird.

Insgesamt ist festzustellen, dass der EnWG-E eine saubere und klare Unterscheidung zwischen den Energieversorgungsnetzen, die dem Wettbewerb geöffnet werden sollen und den sonstigen Objekt- und Arealnetzen vermissen lässt, für die eine Wettbewerbsöffnung unter Berücksichtigung des weit reichenden Pflichtenkataloges unverhältnismäßig erscheint.

Insb. für kleine Objekt- und Arealnetze bedarf es einer klaren Ausnahmeregelung. Nur dann ist es überhaupt denkbar, dass künftig noch eine energieeinsparende und umweltfreundliche dezentrale Stromerzeugung in diesem Segment möglich bleibt und die – im Grundsatz zu begrüßenden – Liberalisierungsanforderungen des neuen EnWG nicht trivial und unangemessen erscheinen.

Die Durchführung von Wärmecontracting-Vorhaben und Auswirkungen auf bestehende Mietverträge

Rechtsanwalt Dr. Holger Brocke /Adolf Topp*

Die Durchführung von Contracting-Vorhaben im Wärmebereich hat in den letzten Jahren stetig an wirtschaftlicher Bedeutung zugenommen. Insb. für Wohnimmobilien stellt die Belieferung mit Wärme durch einen Dritten eine interessante Alternative für den Vermieter zu dem Eigenbetrieb einer Zentralheizung dar¹. Im Verhältnis zu den Mietern sind dabei häufig zwei Problempunkte zu unterscheiden. Zum einen geht

es um die Frage, ob der Vermieter zu einer einseitigen Umstellung der bestehenden Versorgungssituation berechtigt ist, oder ob er die Zustimmung des Mieters braucht; zum anderen, welche Kosten im Rahmen einer Umstellung auf den Mieter umgelegt werden können².

I. Frage des „Ob“ einer Umstellung

1. Ausdrückliche Regelung im Vertrag

Sofern eine ausdrückliche Regelung im Mietvertrag vorhanden ist, die den Vermieter zu einer Umstellung ermächtigt, ergeben sich keine größeren Probleme. Dies dürfte – insb. bei älteren Verträgen – aber nicht der Regelfall sein.

Die formularmäßige Vereinbarung eines einseitigen Umstellungsrechts durch den Vermieter verstößt dabei auch nicht automatisch gegen die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB³. Ebenso kurz wie überraschend stellt das *LG Köln* in einer Entscheidung fest, dass eine derartige einseitige Neubestimmung der Vermietervertragspflichten die Interessen des Vermieters nicht hinreichend berücksichtige. Nimmt man diese Aussage wörtlich, so würde jedes im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte einseitige Leistungsbestimmungsrecht unwirksam sein. Angesichts der ausdrücklichen Regelung des § 315 BGB kann ein derartiges Ergebnis nur schwer überzeugen.

Das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung kann vielmehr nur anhand einer umfassenden Würdigung des gesamten Vertrages erfolgen. Der Mieter muss durch die fragliche Regelung „quasi rechtlos“ gestellt werden. Im Fall der Vereinbarung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts kann das aber nicht automatisch angenommen werden. Vielmehr erfolgt ein ausreichender Schutz in der Regel durch die Vorschrift des § 315 III BGB. Entspricht die Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts nicht dem billigen Ermessen, so ist sie auch nicht wirksam.

II. Keine ausdrückliche vertragliche Regelung

In der überwiegenden Hauptzahl der Fälle dürften Vermieter und Mieter keine ausdrückliche Regelung zu der Frage getroffen haben, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter die Wärmeversorgung umstellen kann.

1. Erfordernis einer Zustimmung durch den Mieter

Teile der Literatur sind der Meinung, dass es insoweit immer der Zustimmung durch den Mieter bedarf⁴. Als Argument wird darauf abgestellt, 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.

Dem ist entgegenzuhalten, dass das formale Abstellen auf die einmal getroffenen vertraglichen Bestimmungen

* Der Erstautor ist Rechtsanwalt in der überörtlichen Sozietät Becker Büttner Held, Berlin, der Zweitautor ist Geschäftsführer des AGFW e.V., Frankfurt/M.

1 Auf die Energieeinsparung durch Betriebsoptimierung weist Energie Schweiz, Bundesamt für Energie BFE hin (www.energie-schweiz.ch/imperia/md/content/gebudeanlagen/G+A_d_Heizkompass.pdf).

2 Vgl. dazu auch die Entscheidungen *LG Berlin*, CUR 04/2004, 150; *LG Köln*, ZUR 03/2004, 100.

3 So aber *LG Berlin*, CUR 04/2004, 150.

4 *Lammel*, in: Schmitt-Futterer, Mietrecht - § 1 Heizkostenverordnung, Rdnr. 18.

nicht in ausreichender Weise die Besonderheiten des Mietverhältnisses als langjähriges Dauerschuldverhältnis berücksichtigt. Im Laufe der Jahre kommt es häufig zu neuen energiewirtschaftlichen Entwicklungen und technischen Verbesserungen, die den Vertragsparteien nicht bewusst waren. Das strikte Festhalten am ursprünglich geschlossenen Vertragstext würde es dem Vermieter unverhältnismäßig erschweren, an positiven und vom Gesetzgeber geförderten energiewirtschaftlichen Entwicklungen zu partizipieren.

2. Möglichkeit einer einseitigen Umstellung

Vor diesem Hintergrund mehren sich die Stimmen, die eine einseitige Umstellung ohne ausdrückliche Zustimmung seitens des Mieters für möglich und notwendig erachten.

Zum Teil wird zur Herleitung eines einseitigen Umstellungsrechts auf die Grundsätze des Betriebskostenrechts zurückgegriffen. Danach könne der Vermieter wählen, ob er Bewirtschaftungsmaßnahmen selbst erledigt oder durch einen Dritten durchführen lässt. Eine Grenze werde ihm lediglich insoweit gesetzt, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten habe. Dieser Begründungsansatz übersieht, als ein Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des Betriebskostenrechts keine „Ermächtigungsgrundlage“ zur einseitigen Vertragsänderung gegenüber dem Mieter darstellen kann. Das Betriebskostenrecht regelt lediglich die Frage, welche Kosten abgerechnet werden können, nicht aber die Frage, ob ein Vertrag geändert werden kann.

Mit den gleichen Argumenten ist auch die Ansicht abzulehnen, die auf die Organisationshoheit des Vermieters abstellt. Die Organisationshoheit ist immer dann eingeschränkt, wenn eine entsprechende vertragliche Regelung geschlossen wurde.

Überzeugender und dogmatisch zutreffend ist die Ansicht, die ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht gemäß § 315 BGB im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gewinnt⁵. Es behandelt die einseitige Umstellung als das, was sie ist: eine Vertragsänderung, die einer Grundlage bedarf. Es wird zudem dem Charakter des Mietvertrages über Wohnraum als langfristiges komplexes Dauerschuldverhältnis gerecht. Durch die Anwendung des § 315 BGB kommt es zu einem gerechten Interessenausgleich. Der Vermieter kann neuen energiewirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen. Der Schutz des Mieters ist auf der „Rechtsfolgenseite“ gewahrt.

3. Sonderfall: Entscheidung des Landgerichts Köln

Bei der bereits genannten Entscheidung des *LG Köln* handelt es sich insoweit um einen Sonderfall. Vermieter und Mieter hatten sich in diesem Fall auf die Möglichkeit einer einseitigen Umstellung der Wärmeversorgung durch den Vermieter geeinigt. Im Falle der Ausübung des Gestaltungsrechts hätte der Mieter aber mit dem

Wärmeversorger/Contractor unmittelbar einen Vertrag abschließen müssen. Darauf verzichtete der Vermieter und schloss selber mit dem Wärmeversorger/Contractor einen Vertrag. Anschließend wollte er Mehrkosten auf den Mieter umlegen.

Für eine ergänzende Vertragsauslegung war nach Ansicht des *LG Köln* kein Raum, da es sich nicht um eine Umstellung auf Fernwärme handelte. Vielmehr wurde der Bereich der Nahwärmeversorgung nicht verlassen, da nur der Betrieb der im Haus installierten Zentralheizung geändert wurde. Diese Unterscheidung von Nah- und Fernwärme widerspricht schon im Ansatz der Rechtsprechung des *BGH*. Nach dessen Meinung handelt es sich um Fernwärme, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude oder das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes kommt es nicht an⁶.

Auch ein Rückgriff auf § 315 BGB kam nach Ansicht des *LG Köln* nicht in Betracht. Der Umfang der Leistungspflichten (Versorgung mit Nahwärme) sei bereits durch den Mietvertrag abschließend geregelt. Das *LG Köln* übersieht insoweit, dass nach der getroffenen vertraglichen Bestimmung der Vermieter in rechtlicher Hinsicht sogar zu einem „Mehr“ berechtigt gewesen wäre. Er hätte den Mieter dazu „zwingen“ können, mit dem Wärmeversorger/Contractor direkt einen Vertrag abzuschließen. Die Nichtausübung dieses weitreichenden Gestaltungsrechts bedeutet aber keinesfalls, dass die vertragliche Vereinbarung eine negative Sperrwirkung entfaltet. Vielmehr spricht die im Vertrag getroffene Vereinbarung sehr dafür, dass der Vermieter erst recht (*a maiore ad minus*) zu der für den Mieter weniger belastenden Vertragsänderung durch eigenen Vertragsschluss mit dem Wärmeversorger/Contractor befugt ist. Immerhin trägt nun der Vermieter – und nicht der Mieter – dessen Insolvenzrisiko.

III. Frage des „Wie“ bzw. „welche Kosten“

Die Höhe der umlagefähigen Kosten bedarf einer genauen Betrachtung, schon wegen Schlagworten wie „Schutz des Mieters vor der Weitergabe von Gewinnanteilen“.

1. Alle Kosten

Für die rechtliche Einordnung ist entscheidend, worum es sich rechtlich bei Contracting oder Nahwärme eigentlich handelt. Bei der Lieferung von Wärme wird immer wieder versucht, unterschiedliche Rechtsfolgen für die Höhe der umlagefähigen Kosten daran festzumachen, ob

5 *Derleder*, NZM 2003, 737 (740); ders., WuM 2003, 3 (8 ff.).

6 *BGH NJW* 1990, 1181 aml. Leitsatz.

direkt aus dem Keller des Vermieters oder über ein klassisches Stadtheizungsnetz⁷ geliefert wird. Seit der o.a. grundlegenden Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1989⁸ steht fest, dass bei jeder gewerblichen Lieferung von Wärme Fernwärme im Sinne des Rechtes vorliegt, insb. Contracting oder „Nahwärme“. Dabei ist gleichgültig, ob aus einer Anlage im Gebäude des Vermieters oder über ein klassisches Stadtheizungsnetz geliefert wird. Dieses Ergebnis hat der *BGH* aus einer Auslegung der seinerzeit gerade geänderten Heizkosten-Verordnung abgeleitet. Der *BGH* wollte damit dem Willen des Ordnungsgebers zum Durchbruch verhelfen, neben klassischer Fernwärmeversorgung (über ein Stadtheizungsnetz) auch modernen Contracting-Lösungen zum Durchbruch zu verhelfen.

Es kommt deshalb lediglich darauf an festzustellen, was unter den Kosten der Wärmelieferung gemäß § 7 III, § 8 III i. V. m. § 1 I Nr. 2 HeizVO zu verstehen ist. Zu diesen Kosten gehören – wie auch sonst im Mietnebenkostenrecht – die von dem gewerblichen Unternehmen in Rechnung gestellten vollen Kosten. Dies wurde vom *BGH* in der genannten Entscheidung als selbstverständlich vorausgesetzt und liegt auch dem *BGH*-Urteil vom 16.7.2003⁹ zugrunde.

Einschränkungen der umlagefähigen Wärmelieferungskosten ergeben sich bereits immanent aus dem Energielieferungsrecht. Nicht nur der Vermieter als „Verbraucher“, sondern mittelbar auch der Mieter wird durch die aus Gründen des Kundenschutzes angeordnete Verpflichtung zur Offenlegung der Wärmepreissysteme einschließlich der Preiserhöhung gemäß § 1 IV i. V. m. § 4 II AVBFernwärmeV geschützt. Erst recht trifft das für die umfangreiche Schutzregelung der Preiserhöhung gemäß § 24 III AVBFernwärmeV zu. Danach müssen Wärmelieferungsverträge über Preisänderungsklauseln verfügen, die sowohl die Kostensituation bei der Erzeugung der Wärme als auch die Verhältnisse auf dem allgemeinen Wärmemarkt berücksichtigen. Im Durchschnitt der praktischen Fälle führt dies dazu, dass Wärmepreise zu ca. einem Drittel nicht erhöht werden, zu einem weiteren Drittel gebunden sind an die Kostensituation in dem Unternehmen und zu einem weiteren Drittel an einen allgemeinen Wärmepreis gebunden werden. Der Ordnungsgeber der AVBFernwärmeV wollte die

Weitergabe objektiver Kostenerhöhungen der Wärmeversorgung nicht ausschließen, aber auf den allgemeinen Preisanstieg des Wärmemarktes begrenzen. In der Praxis wird der allgemeine Wärmemarkt meist durch den Preisführer Heizöl extra leicht gebildet¹⁰.

Die Heizkosten-Verordnung differenziert bewusst nicht zwischen Unternehmensgewinnen, Brennstoffkosten und ähnlichem. Dies war bewusst unterlassen worden, um moderne Konstruktionen wie das Contracting möglich zu machen. Es bleibt deshalb bei dem Grundsatz, dass der Vermieter für die eigene Mühewaltung nur entschädigt wird, wenn dies zu klar abgrenzbaren Kosten (etwa Brennstoffkosten) oder direkt anderen Unternehmen zuzurechnenden Kosten (wie Kosten der Wärmelieferung) führt. Bei dieser Frage der Kostenerstattung verhält sich der Gesetzgeber stets gleich. Bekannt ist aus dem Recht der Kostenerstattung gemäß § 91 ZPO, dass ein Unternehmer für eigene Rechtsverfolgungskosten, die er selbst oder durch angestellte Juristen erleidet, nicht entschädigt wird, bei der Übertragung auf Fremdunternehmen (Rechtsanwalt) aber voll entschädigt wird.

Deshalb ist es auch konsequent, wenn der Mieter gegen den fremden Wärmelieferanten keinerlei Recht auf Auskunft über dessen Kalkulationen erhält¹¹.

2. Gebot der Wirtschaftlichkeit

Die Preishöhe wird durch § 560 III 1 BGB begrenzt, weil die Abrechnung an das Gebot der Wirtschaftlichkeit gebunden ist. Dabei sind die bekannten und entwickelten mietrechtlichen Kriterien zu beachten. Vom Vermieter darf verlangt werden, einen Contractor auszuwählen, der wirtschaftlich zugunsten seiner Mieter kalkuliert. So wird die Übernahme einer vorhandenen Altanlage wesentlich kostengünstiger kalkuliert werden können, als die Neuerrichtung eines Wärmeerzeugers. D. h. die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sind bei der Höhe der Kalkulation in Betracht zu ziehen und führen zu unterschiedlichen Marktpreisen. Ein wirtschaftlich denkender Contractor wird sowohl die durch den professionellen und wirtschaftlichen Betrieb möglichen Heizkostenersparnisse berücksichtigen, aber auch den dafür erforderlichen Personalaufwand. Von entscheidender Bedeutung für die Kalkulation wird die Laufzeit der Verträge sein. Wenn die zulässige Höchstlaufzeit der Verträge von 10 Jahren gemäß § 32 I AVBFernwärmeV eingehalten wird, kann günstiger kalkuliert werden. In aller Regel sind dabei Abschreibungszeiträume von weit über 10 Jahren zugrunde zu legen, da von einer Verlängerung der Laufzeit der Verträge ausgegangen werden kann.

3. Umlagefähigkeit nur der Brennstoffkosten und anteiliger Betriebskosten des Wärmeerzeugers

Diese Auffassung ist abzulehnen, da sie die grundsätzliche Umlagefähigkeit der vollen Kosten der Wärmelieferung gemäß HeizVO und II. BV § 27 verkennt. Es gehört zu den Grundsätzen der Mietpreisbildung, dass der Vermieter in den Grenzen der II. Berechnungs-

7 *Derleder*, NZM 2003, 737, 742 spricht in diesem Zusammenhang fälschlich von einem „Stadtwerkeprivileg“.

8 *BGH* NJW 1990, 1181.

9 *BGH*, NJW 2003, 2900; h. M. in der Literatur, vgl. u. a. *Witzel/Topp*, AVBFernwärmeV, 2. Aufl., S. 45.

10 Nach den Beobachtungen des Fachverbandes AGFW führte diese Mechanik dazu, dass es bei der Fernwärme im Vergleich zu anderen Wärmeträgern wie Heizöl und Gas zu deutlich geringeren Preisschwankungen und zu einem geringeren Preisanstieg als bei den Konkurrenzenergien führte.

11 *BGH*, NJW 1979, 1304 ff.

Verordnung alle sonst ihm zuzuordnenden Tätigkeiten auf außen stehende Unternehmer verlagern kann. Für die restlichen wirtschaftlichen Tätigkeiten erhält er als Marktpreis die Miete. Diese Marktpreismiete ist grds. unabhängig davon, wie viel und wie weit Tätigkeiten aus seinem Bereich nach außen verlagert worden sind. Die Auslagerung von Vermietertätigkeiten führt deshalb auch zu keiner „Doppelabrechnung“. Gerade die Kosten von Heizungen oder anderen aufwändigen Punkten sind über die Marktmiete nicht hereinzuholen. Vermieter, die gleichwohl versuchen, im frei finanzierten Wohnungsbau in voller Höhe ihre Kosten in der Miete abzubilden, sehen sich in der Praxis häufig dem Vorwurf des Verstoßes gegen § 5 des Wirtschaftsstrafgesetzbuches ausgesetzt.

Zudem wird verkannt, dass der Differenzierung zwischen Miete und Nebenkosten gerade der Gedankengang zugrunde liegt, dass die Hauptleistung, nämlich die Zurverfügungstellung von Mietraum mit der Miete abgegolten werden soll, während die Nebenleistungen, zu denen unzweifelhaft auch die Heizung gehört, in das Nebenkostenrecht verwiesen werden.

Gegen die Umlage überhöhter Wärmecontractingkosten ist der Mieter nach dem Gebot der Wirtschaftlichkeit ausreichend geschützt. Zudem kommt ihm die kostendämpfende Wirkung des Energierechtes zugute.

Bahnstrompreissysteme mit Eisenbahn- und Kartellrecht unvereinbar

Rechtsanwalt Dr. Bernd H. Uhlenhut, Bochum*

Ein privates Eisenbahnverkehrsunternehmen hatte seit 2003 die Bahnstromrechnungen um einen Diskriminierungsabschlag von 20% gekürzt. Die DB Energie GmbH (DBE) klagte auf Restzahlung aus 2003 und teilweise 2004 und Feststellung der Verpflichtung, den Bahnstrom nach ihren Bahnstrompreissystemen (BPS) '04 und '05 zu vergüten. Die Klage wurde vom LG Frankfurt a. M. mit Urteil vom 15.12.2004¹, insgesamt abgewiesen. Die BPS seien wegen Verstoßes gegen das eisenbahnrechtliche und das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nichtig.

I. Einleitung

Die Wettbewerbsfähigkeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen wird durch die Kosten für Trasse und Energie maßgeblich beeinflusst, da sie einen Großteil der Betriebskosten ausmachen. Die dabei von den Unternehmen des Konzerns der DB AG (DB Netz AG und DBE) aufgestellten Preissysteme werden von den Privatbahnen seit längerem kritisch hinterfragt². Das gilt insbesondere mit Blick auf Preisvorteile der Konzernschwes-

ter Railion Deutschland AG, der vormaligen DB Cargo AG. Diese steht mit den privaten Güterbahnen in Konkurrenz und verfügt im bundesdeutschen Schienengüterverkehr über einen Marktanteil von ca. 94%.

Beim Streit um das Trassenpreissystem (TPS) '98 der DB Netz AG unterlag diese in allen Instanzen³. Die Gerichte befanden das TPS wegen Verstoßes gegen das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot für nichtig. Eine private Güterbahn übertrug dieses Ergebnis auf die Rabattregelungen des BPS '03. Sie nahm einen „Diskriminierungsabschlag“ auf die Bahnstromrechnungen vor und klagte vor dem *LG Frankfurt a. M.* auf Feststellung, dass sie über die Teilzahlungen hinaus nichts schulde. Durch die Widerklage der DBE auf Restzahlung und die erwähnte positive Feststellung war der negative Feststellungsantrag der Klägerin für erledigt zu erklären, da über ihn im Rahmen der Widerklage gleichsam mit zu entscheiden war.

II. Sachverhalt

Der ursprüngliche Bahnstromliefervertrag zwischen den Parteien war von der Beklagten im Jahre 2002 gekündigt worden. Dies geschah zu dem Zweck, einen neuen Vertrag unter Einbezug des BPS '03 abzuschließen. Die Klägerin verweigerte die Unterzeichnung des Vertrags und bemühte sich stattdessen darum, Bahnstrom von einem anderen Versorger zu beziehen. Das wurde von der DBE blockiert. Die Privatbahn war deshalb gezwungen, weiter Bahnstrom von ihr zu beziehen. Die Abrechnung anhand der BPS wies sie durchgehend zurück.

Vor dem *Landgericht* rügte die Klägerin das Rabattsystem der BPS '03, '04 und '05, das Laufzeit-, Mengen- und Auslastungsrabatte enthielt. Sie legte dar, dass die Rabatte lediglich von konzernangehörigen Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt werden könnten. Nur diese könnten insgesamt 14% Rabatt erreichen. Zudem führe der Laufzeitrabatt dazu, dass andere Anbieter von Bahnstrom ferngehalten würden, so dass die scheinbare Öffnung für die Durchleitung seit Anfang 2004 wirkungslos bleibe. Weder das *Bundeskartellamt* noch das *Eisenbahn-Bundesamt (EBA)* waren in dieser Sache tätig geworden.

* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Brauner & Sattler, Bochum.

1 *LG Frankfurt a. M.*, Ur. v. 15.12.2004 – 3-08 O 72/04, Volltext-Service www.ir.beck.de – beclink 139907

2 *Brauner/Sattler*, Eisenbahn-Revue International (ERI) 2001, 462 ff., zu den Trassenpreisen.

3 *LG Düsseldorf*, Ur. v. 19.6.2002, 340 O (Kart) 108/01; *OLG Düsseldorf*, Ur. v. 19.2.2003, U (Kart) 20/02, dazu die Anmerkung von *Brauner*, ERI 2003, 278 f.; *BGH*, Beschl. v. 10.2.2004, KZR 9/03.