

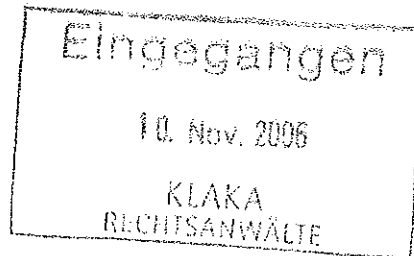
OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN  
Abschrift



Aktenzeichen: [REDACTED]  
[REDACTED] München I

Verkündet am: 19.10.2006  
Die Urkundsbeamtin:

S. Maier  
Justizangestellte



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED] Energielieferung AG, vertreten durch den Vorstand [REDACTED]  
[REDACTED]  
- Klägerin und Berufungsklägerin -  
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
[REDACTED]

gegen

SWM Versorgungs GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Kurt Mühlhäuser,  
Reinhard Büttner und Stephan Schwarz, Emmy-Noether-Straße 2, 80992 München  
- Beklagte und Berufungsbeklagte -  
Prozessbevollmächtigte: KLAKA Rechtsanwälte, Delpstraße 4, 81679 München

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts München durch  
Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein, Richter am Oberlandesgericht Lehner  
und Richter am Oberlandesgericht Dr. Kartzke  
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2006

**für Recht erkannt:**

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 16.02.2006 wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin, eine Aktiengesellschaft, die Energiedienstleistungen anbietet, begehrt gegenüber der Beklagten, einer Tochtergesellschaft der Stadtwerke München GmbH, die das Gebiet der Stadt München mit Fernwärme versorgt, in erster Linie die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein Fernwärmeversorgungsvertrag besteht. Hilfsweise beantragt die Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, der Übernahme eines zwischen dieser und der C [REDACTED] GmbH & Co. KG (im Folgenden: C [REDACTED]) bestehenden Fernwärmeversorgungsvertrags zuzustimmen. Weiter Hilfsweise beantragt die Klägerin, die Beklagte zum Abschluss eines Fernwärmeversorgungsvertrags zu verurteilen.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Wärmeversorgungsvertrag besteht auf der Basis des Wärmeversorgungsvertrags Nr. 2019478890 (vorgesehene Vertragsparteien: C [REDACTED] GmbH & Co. KG und Beklagte).

Die Beklagte hat in erster Instanz Klageabweisung beantragt.

Das Landgericht hat mit am 16.02.2006 verkündetem Urteil die Klage abgewiesen. Auf dieses Urteil und die darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, die die Verletzung formellen und materiellen Rechts durch das Landgericht rügt. Die Klägerin rügt zunächst, das Landgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, indem es ausweislich des Protokolls des Termins vom 19.01.2006 nicht zutreffende Hinweise gegeben habe. Der Verstoß gegen § 139 ZPO sei kausal dafür gewesen, dass die Klägerin sich entschieden habe, einen vom Landgericht offensichtlich als unzulässig erachteten Antrag umzustellen und den ursprünglich beabsichtigten Antrag nicht, auch nicht in Form eines Hilfsantrags, zu stellen. Demzufolge sei in der Berufungsinstanz der ursprüngliche

Klageantrag als Hilfsantrag zu formulieren. Ein neuer Klagegegenstand sei damit ohnehin nicht eingeführt. Es gehe immer nur um die Frage, ob die Klägerin und die Beklagte in vertraglichen Beziehungen stünden und wenn nicht, ob die Beklagte verpflichtet sei, diese vertragliche Beziehung herzustellen.

Das Landgericht habe darüber hinaus materielles Recht verletzt. Die Klägerin habe schon bisher nicht behauptet, sie habe einen schriftlichen Wärmeversorgungsvertrag mit der Beklagten geschlossen. Das Schriftform-Argument verkenne jedoch, dass gegenüber der Klägerin vom Landgericht genau das nicht anerkannt worden sei, was gegenüber der Beklagten als Rechtsgrundlage zu betrachten sei, nämlich ein faktisches Vertragsverhältnis oder ein konkludenter Vertrag im Sinne von § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV. Die Klägerin handele rein faktisch heute nicht anders als die C [REDACTED] es bisher getan habe. Wäre die C [REDACTED] Vertragspartner, so wäre sie nicht (jedenfalls nicht mehr) Eigentümerin und nicht unmittelbare Wärmeabnehmerin, sondern genau wie die Klägerin Zwischenabnehmerin. Von der rein tatsächlichen Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen her bestehe also kein Unterschied zwischen der Situation, die bei Zugrundeliegen eines Vertrags mit der C [REDACTED] anzunehmen wäre, und derjenigen, die bei Zugrundeliegen eines Vertrages mit der Klägerin anzunehmen sei. In diesen Zusammenhang gehöre auch die Argumentation des Landgerichts, es könne nicht festgestellt werden, dass ein Wärmeversorgungsvertrag auf der Basis des Vertrags mit der Nr. 2014978890 bestehe, da dieser Vertragsentwurf auf einen Eigentümer als Kunden zugeschnitten sei und daher nicht in allen Punkten auf die Klägerin übertragen werden könne. Es gebe aus der Sicht der Klägerin drei Möglichkeiten, was das Vertragsverhältnis der Beklagten zur C [REDACTED] betreffe nämlich

- konkludenter Vertrag bis heute
- ursprünglicher konkludenter Vertrag mit undefinierbarem Schicksal heute
- ausgelaufener Vertrag mit Eintritt oder Anspruch auf Eintritt seitens der Klägerin.

Hier bedürfe es einer Lückenfüllung. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV solle der Vertrag schriftlich abgeschlossen werden; komme er indessen auf andere Weise zustande, so habe das Fernwärmeversorgungsunternehmen den Vertragsabschluss dem Kunden unverzüglich schriftlich zu bestätigen. Das bedeute, die Beklagte hätte eine Vertragsbestätigungspflicht getrof-

fen; dieser sei sie nicht nachgekommen. Wenn nun ein ausdrücklich mündlich geschlossener Vertrag, der § 2 Abs. 1 Satz 1 FernwärmeV unterfiele, schriftlicher Bestätigung bedürfe, so müsse dies erst recht für einen bloß konkludent zustande gekommenen Vertrag nach § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV gelten. Gehe man von dieser Konstellation aus, dann bestehe in der Tat kein Vertrag zwischen Beklagter und C [REDACTED].

Auch der Ansicht, eine Vertragsübernahme gemäß § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV scheide aus, vermöge sich die Klägerin unverändert nicht anzuschließen. Das Landgericht gehe davon aus, dass die C [REDACTED] am 18.10.2004 noch Alleineigentümerin des Grundstücks gewesen sei, mit ihr gemäß § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV der Versorgungsvertrag zustande gekommen sei, wobei die C [REDACTED] dann die Verpflichtung nach § 32 Abs. 5 AVBFernwärmeV getroffen hätte. Abgesehen von allem anderen stelle sich dem Beobachter natürlich die Frage, weshalb die Beklagte dieser Rechtsauffassung bis heute gegenüber der C [REDACTED] nicht versucht habe, Nachdruck zu verleihen.

Die Entscheidung des Landgerichts wäre in sich schlüssiger und nachvollziehbarer, wenn das Urteil damit begründet worden wäre, es bestehe schon kein Vertrag; demzufolge habe die C [REDACTED] auf die Klägerin auch keinen Vertrag übertragen können. Es bleibe bei der Auffassung der Klägerin, dass jedenfalls sie selbst und die C [REDACTED] sich über die Abwicklung und Vertragsgestaltung einig gewesen seien und dass die Beklagte sich dieser Vertragsübernahme nicht widersetzen könne, eigentlich auch abwicklungstechnisch nicht widersetzt habe, da sie die Klägerin beliefere (wie die WEG) und von der Klägerin das Entgelt erhalte. Letztlich sei das einzige Argument, auf das sich die Beklagte hier stützen könne, dass die zugunsten der Klägerin eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit keine einer Eigentümerposition vergleichbare Sicherheit darstelle. Hier bleibe die Auffassung der Klägerin bestehen, dass sie kraft der Dienstbarkeit eine vergleichbare Position habe. Ein voll finanziertes Bauvorhaben mit dinglicher Belastung zu 100 % biete weit weniger Sicherheit als die Vollstreckungsmöglichkeit gegen einen Contractor wie die Klägerin. Selbst im abstrakten Bereich sei durchaus eine Vergleichbarkeit gegeben.

Bezüglich der Hilfsanträge verkenne die Klägerin zunächst nicht, dass sich argumentativ ein gewisser Teufelskreis eröffne, so dass zu den Hilfsanträgen eine Hilfsbegründung zähle. Es habe entweder ein Vertrag mit der C [REDACTED] bestanden, dann vertrete die Klägerin unverändert die Auffassung, dass er auf sie aus den dargelegten Gründen übergegangen sei. Oder es habe schon mit der C [REDACTED] kein wirksames Vertragsverhältnis begründet werden können, dann verbleibe

es erneut beim Feststellungsantrag entsprechend dem ursprünglichen Klageantrag, dass nämlich auf der Basis der mit der C [REDACTED] zustande kommen sollenden Vertragsgestaltung eine Vereinbarung zwischen den hier streitenden Parteien bestehe bzw. zu begründen sei, oder man gehe davon aus, dass zwischen C [REDACTED] und Beklagter ein Vertragsverhältnis bestanden habe, dann sei der Übertragung dieses Vertrags auf die Beklagte nicht nur aus Gründen des § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV zuzustimmen, sondern auch aus kartellrechtlichen Gründen, wie auch die Beklagte zu verpflichten wäre, gleichsam neu mit der Klägerin zu kontrahieren. Insofern sei zunächst von Einigkeit zwischen Klägerin und Landgericht auszugehen, dass die Marktbeherrschung der Beklagten feststehe, die somit Normadressatin der §§ 19, 20 GWB sei. Nun greife das Landgericht auch hier zum Argument der Unzumutbarkeit, weil die Klägerin nicht Grundstückseigentümerin, sondern nur Inhaberin einer Dienstbarkeit sei. Die Klägerin sehe sich in ihrer abweichenden Rechtsauffassung durch das Urteil des OLG Naumburg vom 11.05.2005 bestätigt, das über einen praktisch identischen Sachverhalt wie hier befunden habe.

Aus Sicht der Klägerin könne es jedenfalls vom Ergebnis her nicht darauf ankommen, ob mit luziden Erwägungen faktische oder konkludente, schriftliche oder nicht schriftliche, bestätigte oder nicht bestätigte Vertragsbeziehungen zwischen Beklagter und C [REDACTED] angenommen würden mit der Folge, dass die Klägerin außen vor bliebe; vielmehr könne es nur darauf ankommen, dass die Klägerin unabhängig von der ursprünglichen Vertragsgestaltung zwischen C [REDACTED] und Beklagter Anspruch darauf habe, für ihre übernommenen Verpflichtungen gegenüber der C [REDACTED] oder WEG von der Beklagten als Vertragspartnerin beliefert zu werden. Daran habe die Klägerin auch nicht nur ein rein theoretisches Interesse.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Urteil des Landgerichts München I 17 HK O 14060/05 vom 16.02.2006, zugestellt am 09.03.2006, wird abgeändert.
2. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Wärmeversorgungsvertrag besteht, der dem Wärmeversorgungsvertrag Nr. 2014978890 (vorgesehene Vertragsparteien: C [REDACTED] [REDACTED] GmbH & Co. KG und Beklagte) entspricht,

hilfsweise:

Die Beklagte wird verurteilt, der Übernahme des zwischen ihr und der C [REDACTED] GmbH & Co. KG, [REDACTED] bestehenden Wärmeversorgungsvertrags durch die Klägerin, die an die Stelle der C [REDACTED] GmbH & Co. KG in den Vertrag eintritt, zuzustimmen,

hilfsweise für den Fall, dass zwischen der Beklagten und der C [REDACTED] GmbH & Co. KG kein Wärmeversorgungsvertrag besteht, wird die Beklagte verurteilt, mit der Klägerin einen Wärmeversorgungsvertrag abzuschließen, der dem Wärmeversorgungsvertrag Nr. 2014978890 (vorgesehene Vertragsparteien: C [REDACTED] GmbH & Co. KG und Beklagte) entspricht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil. Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe den Feststellungsantrag der Klägerin im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Zuvor habe es den Klägervorteiler in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass dem ursprünglich angekündigten Klageantrag auf Zustimmung zur Vertragsübernahme der klägerische Sachvortrag entgegenstehe, der zu übernehmende Vertrag sei gar nicht zustande gekommen. Daraufhin habe der Klägervorteiler seinen Antrag von Zustimmung auf Feststellung geändert. Für den ersten Hilfsantrag auf Zustimmung zur Vertragsübernahme fehle es an einer Beschwerde und der Zustimmung der Beklagten zur Klageerweiterung. Auch hinsichtlich des zweiten Hilfsantrags auf Abschluss eines Wärmelieferungsvertrages fehle es an einer Beschwerde. Eine diesbezügliche Klageerweiterung finde die Zustimmung der Beklagten ebenfalls nicht und wäre im Falle der Sachdienlichkeit jedenfalls unbegründet. Der Klägervorteiler sei im Termin vom 19.01.2006 nicht gehindert gewesen, seinen ursprünglichen Klageantrag als Hilfsantrag beizubehalten oder den jetzt als zweiten Hilfsantrag gestellten Antrag zu stellen. Er habe dies nicht getan.

Die Beklagte könne im Übrigen den Ausführungen der Berufung nicht entnehmen, welche Bestimmung des materiellen Rechts durch das Landgericht verletzt sein solle. Schon zwischen der

C [REDACTED] und der Beklagten sei nicht der von der Beklagten der C [REDACTED] angetragene Vertrag Nr. 2014978890 zustande gekommen, sondern durch Aufnahme des Wärmebezugs seitens der C [REDACTED] ein konkludenter Vertrag zu den allgemeinen Versorgungsbedingungen und Preisen der Beklagten gemäß § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV. Aufgrund der vorangegangenen Korrespondenz zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten sei der C [REDACTED] bekannt gewesen, dass die Beklagte nur mit dem Grundstückseigentümer einen Fernwärmeversorgungsvertrag abschließen habe wollen. Die Existenz eines konkludenten Vertrags zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten und die von der Beklagten deutlich artikulierte Absicht, nur mit dem Grundstückseigentümer einen Wärmeversorgungsvertrag abzuschließen, stünden der Annahme eines konkludenten Vertragsabschlusses zwischen der Klägerin und der Beklagten entgegen.

Das Landgericht habe völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass es aufgrund der vorangehenden Korrespondenz unzweifelhaft sei, dass der Wärmeversorgungsvertrag mit einer Eigentümerin abgeschlossen werden sollte und deshalb der Wärmelieferant den Vertrag im Falle des Eigentumsübergangs nur mit dem neuen Eigentümer habe fortsetzen wollen. Es habe weiter darauf hingewiesen, dass Eigentümer und Contracting-Unternehmen miteinander in keiner Weise vergleichbar seien, da es an den mit dem Eigentum verbundenen Sicherheiten von vornherein fehle und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der Klägerin dem Eigentum nicht vergleichbar sei, weil sie im Falle der Zwangsvollstreckung keine vergleichbaren Befugnisse und Befriedigungsmöglichkeiten biete.

Rechtlich fehl gehe die Annahme der Klägerin, der zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten konkludent zustande gekommene Wärmeversorgungsvertrag sei nicht existent, weil er dem Kunden nicht unverzüglich schriftlich bestätigt worden sei. Hierzu sei festzuhalten, dass die Beklagte der C [REDACTED] nach Inbetriebsetzung des Fernwärmeanschlusses mit Anschreiben vom 21.01.2005 (Anlage B 4) einen Fernwärmeversorgungsvertrag mit der Bitte um Gegenzeichnung und Rückgabe innerhalb von vier Wochen zugesandt habe. Zuvor habe sie das Vertragsverhältnis bereits konkludent mit einer Erinnerung an eine Abschlagszahlung bestätigt. Die Verpflichtung der schriftlichen Bestätigung des konkludent abgeschlossenen Vertrages sei keine Voraussetzung für dessen Wirksamkeit, sondern diene der Beweissicherung und Klarstellung. Die schriftliche Bestätigung des Vertragsverhältnisses habe lediglich deklaratorische Bedeutung.

Die Klägerin sei der Ansicht, sie könne den konkludent zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten zustande gekommenen Wärmelieferungsvertrag gemäß § 32 Abs. 4 AVBFernwärmeV übernehmen. Das Landgericht habe dies mit zutreffenden Erwägungen zurückgewiesen. Wie bereits



das Oberlandesgericht Düsseldorf in seiner sorgfältig begründeten Entscheidung vom 14.01.2005 ausgeführt habe, sei es nur dann gerechtfertigt, dem Fernwärmeunternehmen den Schutz des § 415 Abs. 1 Satz 1 BGB zu nehmen und ihm einen neuen Vertragspartner aufzuzwingen, wenn an die Stelle des bisherigen Kunden ein Kunde trete, der als Nutzer die gleiche rechtliche Position habe wie der vorherige Kunde.

Die C [REDACTED] und die Klägerin hätten im Bewusstsein, dass die Beklagte nur einen Grundstückseigentümer als Vertragspartner akzeptieren würde, quasi handstreichartig mit einem Vertrag zu Lasten Dritter versucht, der Beklagten die Klägerin als Vertragspartner aufzuzwingen. Weil die Klägerin und die C [REDACTED] es offensichtlich planvoll darauf angelegt hätten, sich in Kenntnis der Geschäftspraxis der Beklagten und bei voller Auswahlfreiheit der C [REDACTED] unter allen in Frage kommenden Heizsystemen einen Fernwärmeanschluss und die Belieferung zu verschaffen, um hinterher unter Behauptung bestehender Abhängigkeit von der Beklagten den Vertrag entweder mit deren Zustimmung oder mit Hilfe des Gerichts gegen deren Willen auf die Klägerin überzuleiten, könnten sie sich nicht auf Treu und Glauben berufen. Unter diesen Umständen sei nicht nur ihr Einwand, es liege kein konkludenter Vertragsschluss zwischen der Klägerin und der Beklagten vor, widersprüchlich, sondern sei auch die behauptete kartellrechtliche Abhängigkeit in geschickter Weise inszeniert.

Soweit sich die Klägerin in den Hilfsanträgen auf §§ 19, 20 GWB stütze, fehle es an der Normadressateneigenschaft der Beklagten. Relevanter Markt sei im vorliegenden Fall der Wärmemarkt. Den Fernwärmekunden komme es nicht auf die stoffliche Art an, in der sie Wärme für die Heizung und Warmwasserbereitung bezögen, sondern auf den Bedarfszweck ihres Energiebezuges. Ebenso wenig wie es bei der Wärmeerzeugung Produktmärkte für Strom und Gas gebe, gebe es einen Produktmarkt für Fernwärme. Im Streitfall stehe die Auswahl der Art der Energieversorgung durch Beauftragung eines Fernwärmeanschlusses für das zu bebauende Grundstück und die Auswahl der Klägerin als Vertragspartnerin in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Erschließung des Grundstücks. Der Sachverhalt sei nicht anders zu behandeln als die Entscheidung über die erstmalige Versorgung des Grundstücks mit Nutzenergie zur Wärmeerzeugung.

Nur vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass dieselben Grundsätze gälten, wenn der Wärmekunde sich für eine bestimmte Energie entschieden und entsprechende Investitionen bereits getätigt habe. In diesem Zusammenhang sei ferner darauf hinzuweisen, dass § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB vorliegend als Anspruchsgrundlage ausscheide. Es fehle schon an der notwendigen Voraussetzung eines marktbeherrschenden Unternehmens. Darüber hinaus sei auch der Beispielsfall des § 19

Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht anwendbar, weil die Klägerin nicht ihr zur Verfügung stehende Wärme durch das Netz der Beklagten bis zu ihrem Kunden durchleiten wolle, sondern von der Beklagten mit Wärme frei Hausanschlussstelle beliefert werden wolle.

Ergänzend wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf das Protokoll des Termins vom 19.10.2006 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet.

1. Die in der Stellung der Hilfsanträge liegende Klageerweiterung sowie die von der Klägerin im Termin vom 19.10.2006 vorgenommenen Antragsmodifikationen sind wegen Sachdienlichkeit bei unverändertem Sachverhalt zulässig (§ 533 ZPO). Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob die von der Klägerin erhobene Rüge, das Landgericht habe sie unter Verstoß gegen § 139 ZPO durch einen falschen Hinweis zu einer unsachgemäßen Antragstellung in erster Instanz verleitet, berechtigt ist.

2. Die im Hauptantrag erhobene Feststellungsklage ist zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO), aber nicht begründet. Zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht kein Wärmeversorgungsvertrag, der dem Wärmeversorgungsvertrag Nr. 2014978890 (vorgesehene Vertragsparteien: C [REDACTED] GmbH & Co. KG und Beklagte) entspricht.

a) Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist kein Wärmeversorgungsvertrag aufgrund konkludenten Vertragsschlusses zustande gekommen. Zwar ist in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens regelmäßig ein Vertragsangebot in Form einer sogenannten Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrags zu sehen, das von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Fernwärme entnimmt (vgl. BGH CuR 2006, 60, 62). Durch diesen Rechtsgrundsatz, der in § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV lediglich wiederholt ist, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass in der leitungsgebundenen Versorgung die angebotenen Leistungen vielfach ohne ausdrücklich schriftlichen oder mündlichen Vertragsschluss in Anspruch genommen werden; dabei soll ein vertragloser Zustand ver-

mieden werden (vgl. BGH aaO). Durch die Fernwärmeentnahme im Anschluss an die Inbetriebsetzung am 18.10.2004 (vgl. Protokoll Nr. 128 vom 18.10.2004 betreffend Inbetriebsetzung, Anlage B 3) ist ein konkludenter Fernwärmeversorgungsvertrag indes zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten, nicht zwischen der Klägerin und der Beklagten, zustande gekommen. Denn aus dem Protokoll über die Inbetriebsetzung gemäß Anlage B 3 sowie aus der vorangegangenen Korrespondenz ergibt sich, dass die Realofferte der Beklagten an die damalige Grundstückseigentümerin (vgl. § 1 Nr. 1 des Wärmelieferungsvertrags vom 04.10/21.10.2004, Anlage K 1)

C [REDACTED] gerichtet war, die in diesem Protokoll in der Rubrik „Name des Kunden:“ ausdrücklich als Kunde aufgeführt ist und mit der die Beklagte bereits den Fernwärme-Anschlussvertrag vom 21.04.2004 (Anlage B 2) geschlossen hatte; in diesem Vertrag wird auf die Allgemeinen Bedingungen und Preise der Beklagten für die Versorgung mit Fernwärme nach Standardverträgen (vgl. Anlage K 3) Bezug genommen; darin heißt es in Nr. 2.1 „Die SWM schließen den Wärmeversorgungsvertrag grundsätzlich nur mit dem Eigentümer der zu versorgenden Räume oder mit Erbbauberechtigten, Nießbrauchern und Inhabern ähnlicher dinglicher Rechte an den versorgten Räumen ab.“. Auch in dem an die C [REDACTED] gerichteten Schreiben der Beklagten vom 08.04.2004 (Anlage B 1) wird ausgeführt, dass der Beginn der Wärmelieferung einen rechtsgültigen Wärmeversorgungsvertrag voraussetze, der mit dem Grund- und/oder Hauseigentümer abgeschlossen werde (Anlage B 1). Die Inbetriebsetzung am 18.10.2004 ist von der C [REDACTED] auch dadurch gebilligt worden, dass für sie ein Vertreter auf dem genannten Protokoll am unteren Rand unter der vorgedruckten Angabe „Kunde“ unterschrieben hat; zu diesem Zeitpunkt des Beginns der Fernwärmeentnahme (18.10.2004) war der Wärmelieferungsvertrag zwischen der Klägerin und der C [REDACTED] (Anlage K 1) noch nicht geschlossen; die Annahmeerklärung der C [REDACTED] (Anlage K 1) datiert vom 21.10.2004. Außerdem ist auch die C [REDACTED] im Schreiben vom 24.01.2005 (Anlage B 5) an die Beklagte implizit davon ausgegangen, dass zunächst ein Fernwärmeversorgungsvertrag zwischen ihr und der Beklagten zustande gekommen ist. Denn in dem genannten Schreiben vom 24.01.2005 (Anlage B 5), mit dem sich die C [REDACTED] zu einer Zahlungserinnerung der Beklagten vom 18.01.2005 äußert, wird ausgeführt, dass die Klägerin (erst) „seit 01.01.2005“ die Wärmeversorgung übernommen habe.

Dass der Fernwärmeversorgungsvertrag zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten nicht schriftlich abgeschlossen wurde – das Angebot der Beklagten gemäß Schreiben vom 21.01.2005 (Anlage B 4) betreffend den Wärmeversorgungsvertrag Nr. 2014978890 (vgl. Anlage B 11) ist von der C [REDACTED] nicht angenommen worden -, steht der Wirksamkeit des konkludent geschlossenen

Fernwärmeversorgungsvertrags zwischen C [REDACTED] und Beklagter nicht entgegen. Zwar soll ein Fernwärmeversorgungsvertrag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AVB FernwärmeV schriftlich abgeschlossen werden. Die Nichteinhaltung der Sollbestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV beeinträchtigt indes die Wirksamkeit eines konkludent geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrags nicht (vgl. Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., 1997, S. 56).

b) Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist nach dem 18.10.2004 ein Fernwärmeversorgungsvertrag auch nicht durch konkludentes Verhalten infolge von Entnahme von Fernwärme durch die Klägerin zustande gekommen. Die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragschluss liegen nicht vor, wenn bereits ein Vertragsverhältnis wie hier zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten besteht (vgl. BGH NJW-RR 2004, 928, 929).

c) Die Klägerin ist auch nicht im Wege der Vertragsübernahme anstelle der C [REDACTED] in den zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrag eingetreten. Denn die Beklagte hat einer Vertragsübernahme nicht zugestimmt. Diese Zustimmung ist nicht nach § 32 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV entbehrlich. Nach dieser Bestimmung bedarf es nicht der Zustimmung des Fernwärmeversorgungsunternehmens, wenn anstelle des bisherigen Kunden ein anderer Kunde in die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten eintritt. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahme von den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Vertragsübernahme (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.01.2005 – I-22 U 73/04 = RdE 2005, 144, 145 f., in juris dokumentiert; zu den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches zur Vertragsübernahme vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 398, Rdn. 38 ff.). Daher ist die Vorschrift des § 32 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV eng auszulegen (vgl. OLG Düsseldorf aaO). Im Hinblick darauf, dass nach § 22 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV Fernwärme im Rahmen dieser Verordnung grundsätzlich nur für die eigenen Zwecke des Kunden und seiner Mieter verwendet werden darf (vgl. Amtliche Begründung zur Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme sub B., Zu § 22, abgedruckt bei Danner/Theobald, Energierecht, Band 1 sub B. IV. 72a), ist § 32 Abs. 4 Satz 1 AVB FernwärmeV dahingehend auszulegen, dass diese Bestimmung nicht eingreift, wenn die eintretende Partei wie hier ein Energiedienstleistungsunternehmen ist, das die Fernwärme nicht für eigene Zwecke und auch nicht für Zwecke mit ihm durch Mietverträge verbundener Mieter benötigt.

3. Die mit dem ersten Hilfsantrag erhobene Klage, die auf eine Zustimmung zur Vertragsübernahme zielt, ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen kartellrechtlichen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsübernahme nach § 33 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 4 Nr. 4 oder § 20 Abs. 1 GWB. Die Beklagte ist nach dem Sach- und Streitstand nicht Normadressatin der genannten Kartellrechtsbestimmungen. Die Annahme der Klägerin, die Beklagte verfüge über eine marktbeherrschende Stellung (§ 19 Abs. 2 GWB), weil sie einziges Fernwärmeunternehmen in ihrem Versorgungsgebiet sei, beruht im Streitfall, in dem für das betreffende Grundstück kein Anschluss- und Benutzungszwang besteht (vgl. zu einer solchen Konstellation OLG Naumburg, Urteil vom 11.05.2005 – 1 U 6/05 Kart = NJOZ 2005, 4115, in juris dokumentiert), auf einer zu engen Marktabgrenzung. Der Angebotsmarkt der Wärmeversorgung im Raum München beschränkt sich nicht auf Fernwärme. Er umfasst vielmehr auch – aus Sicht der nachfragenden Kunden funktional austauschbare – Energieträger wie insbesondere Heizöl, Erdgas und Festbrennstoffe (z.B. Pellets) (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.02.2005 – VI U (Kart) 19/04 = NJOZ 2005, 2184, 2189, in juris dokumentiert; Büdenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, 2005, S. 86-88), Dass die Klägerin auf dem so abgegrenzten Markt eine beherrschende Position inne hätte und als Wärmeanbieter keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt wäre (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB), trägt die Klägerin nicht vor; dazu ist auch sonst nichts ersichtlich. Dieser Marktabgrenzung kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass sie nur für die Zeit vor der Investitionsentscheidung richtig sei; habe der Kunde sich hingegen für eine bestimmte Energieart wie Fernwärme entschieden und entsprechende Investitionen getätigt, sei der Wechsel zu einer anderen Energieart erschwert (vgl. Pauschke in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, § 19 GWB, 2005, Rdn. 140 unter Bezugnahme auf BKartA WuW/E BKartA 1840, 1841 – Texaco/Zerssen; ähnlich Witzel/Topp aaO S. 39, die auf den Gesichtspunkt der langfristigen Vertragsbindung abstellen). Eine solche Spaltung des Marktes zwischen Alt- und Neukunden ist sachwidrig (vgl. Büdenbender aaO S. 87 unter Bezugnahme auf das Sondergutachten Nr. 7 der Monopolkommission „Missbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB“, 1977). Dies folgt daraus, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen als Energieversorger ihre Preis- und Konditionenpolitik aus ökonomischen Gründen so ausgestalten müssen, dass sie möglichst viele neue Kunden gewinnen. Würde ein Fernwärme-

versorgungsunternehmen wie die Beklagte eine Preis- und Konditionenpolitik zu Lasten von Altkunden betreiben, würde sich dies herumsprechen und die Gewinnung von Neukunden erschweren, wenn nicht sogar unmöglich machen. Folglich kommen auch die Altkunden stets in den Genuss der „neukundenorientierten“ Preis- und Konditionenpolitik; für Neukunden aber besteht ein Wärmemarkt mit Substitutionskonkurrenz (vgl. zum Ganzen Bändenbender aaO S. 87 f.). Selbst wenn dem Gesichtspunkt, dass für die Grundstückseigentümer, die sich für Fernwärme entschieden und entsprechende Investitionen getätigt haben, Fernwärme und andere Formen der Wärmeenergie nicht mehr ohne Weiteres austauschbar sind, bei der Marktabgrenzung in sachlicher Hinsicht mehr Gewicht eingeräumt würde (vgl. BGHZ 151, 274, 276 - Fernwärme für Börsen; im Zusammenhang mit der Subsumtion unter § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB), so hätte dies allenfalls zur Folge, dass die Beklagte im Verhältnis zu Grundstückseigentümern bzw. Letztverbrauchern als Normadressatin der kartellrechtlichen Bestimmungen der §§ 19, 20 GWB einzustufen wäre (vgl. Pauschke in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht aaO), nicht aber im Verhältnis zu Energiedienstleistungsunternehmen wie der Klägerin.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin nicht hinreichend dargetan hat, dass es ihr ohne die Wärmelieferung seitens der Beklagten an sie, die Klägerin, nicht möglich ist, auf einem nachgelagerten Markt im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als Wettbewerberin der Beklagten tätig zu werden. Soweit sich die Klägerin gegenüber der C [REDACTED] zur Fernwärmeversorgung verpflichtet hat (vgl. den zwischen der C [REDACTED] und der Klägerin geschlossenen Wärmelieferungsvertrag, Anlage K 1), ist sie auf demselben Markt wie die Beklagte, nicht auf einem nachgelagerten Markt tätig. Auch die übrigen von der Klägerin zu erbringenden Energiedienstleistungen wie Vollgarantiewartung, 24-Stunden-Notdienst, Verbrauchserfassung und Rund-um-die-Uhr-Überwachung der Heizungsanlage per Fernüberwachung mit Ferndiagnose (vgl. das Angebot für Wärmelieferung der Klägerin vom 11.05.2004 an die C [REDACTED], Anlage 3 im Anlagenkonvolut K 1), betreffen keinen nachgelagerten Markt im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, auf dem die Klägerin ohne Wärmelieferung an sie nicht tätig werden könnte.

b) Im Übrigen hat die Klägerin mit dem ersten Hilfsantrag auch deshalb keinen Erfolg, weil eine entsprechende Verurteilung mit einem unzulässigen Eingriff in den zwischen der Beklagten und der C [REDACTED] bestehenden Fernwärmeversorgungsvertrag verbunden wäre (vgl. BGH WuW/E 2491, 2495 – Opel Blitz, zur Relevanz vertraglicher Abreden im Rahmen des § 26 Abs. 2

GWB a.F.). Nach Nr. 2.4 Satz 1 der Allgemeinen Bedingungen und Preise der Beklagten für die Versorgung mit Fernwärme nach Standardverträgen (Anlage K 3), deren Geltung von der [REDACTED] einer Handelsgesellschaft (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 6, Rn. 1) und Unternehmerin (§ 14 Abs. 1 BGB), im Fernwärme-Anschlussvertrag vom 21.04.2004 (Anlage B 2) anerkannt wurde – diese Allgemeinen Bedingungen sind damit im Verhältnis zwischen der C [REDACTED] und der Beklagten Vertragsbestandteil geworden (vgl. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB) – beträgt die Laufzeit des Wärmeversorgungsvertrags mangels abweichender Vereinbarung zehn Jahre; eine solche Laufzeit ist nach § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV zulässig.

4. Der zweite Hilfsantrag ist zulässig, aber ebenfalls nicht begründet, weil der Klägerin aus den vorstehenden Erwägungen auch der weitere hilfsweise geltend gemachte Anspruch nicht zusteht. Überdies hat die Klägerin mit diesem Hilfsantrag auch deshalb keinen Erfolg, weil eine entsprechende Verurteilung wie im Falle des ersten Hilfsantrags mit einem unzulässigen Eingriff in den zwischen der Beklagten und der C [REDACTED] bestehenden Fernwärmeversorgungsvertrag verbunden wäre; die Beklagte wäre zur Wärmelieferung sowohl an ihre Vertragspartnerin, die C [REDACTED] als auch an die Klägerin verpflichtet.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

6. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

7. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 11.05.2005 – 1 U 6/05 Kart = NJOZ 2005, 4115, in dem eine marktbeherrschende Stellung eines Fernwärmeversorgungsunternehmens bei der Fernwärmelieferung angenommen wird, beruht auf einer wesentlich anders ge-

lagerten Sachverhaltskonstellation, weil hinsichtlich des zu versorgenden Grundstücks ein Anschluss- und Benutzungszwang für das Fernwärmeversorgungsnetz der dortigen Beklagten bestand.

Zwirlein  
Vorsitzender Richter


Lehner  
Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Kartzke  
Richter

deg-jk/EbB./st



Für die Richtigkeit der Abschrift  
München, den 9. November 2006  
Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts München

  
Schmidtner, Justizangestellte  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle