



GWB § 19 Abs. 4 Nr. 4, § 20 Abs. 1, § 33 Abs. 1; AVBFernwärmeV § 2, § 22 Abs. 1 Satz 1, § 32 Abs. 4 Satz 1, AGBG § 24

Zur kartellrechtlichen Normadressateneigenschaft eines Fernwärmeversorgungsunternehmens im Verhältnis zu einem Energiedienstleistungsunternehmen, das in einen Wärmelieferungsvertrag mit dem Eigentümer des zu versorgenden Grundstücks eingetreten ist.

OLG München, Urt. v. 18.10.2006 – U (K) 3090/06

Aktenzeichen: U (K) 3090/06  
4 HK O 18530/05 LG München I

Verkündet am 19.10.2006  
Die Urkundsbeamtin:

S. Maier  
Justizangestellte

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

**In dem Rechtsstreit**

...

- Klägerin und Berufungsklägerin -  
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

gegen

...

Beklagte und Berufungsbeklagte -  
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

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 30.03.2006 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 GmbH, die Energiedienstleistungen erbringt, begehrt in erster Linie Feststellung, dass zwischen ihr und der Beklagten, der S... Versorgungs GmbH, ein Fernwärmeversorgungsvertrag nach den allgemeinen Tarifbestimmungen der Beklagten für die Versorgung der Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in ... M mit Fernwärme besteht. Hilfsweise begehrt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Versorgung der Klägerin mit Fernwärme für die genannte Verbrauchsstelle nach ihren allgemeinen Tarifbestimmungen für die Fernwärmeversorgung ab dem 01. des auf die Rechtskraft der Entscheidung folgenden Monats.

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Fernwärmeversorgungsvertrag nach den allgemeinen Tarifbestimmungen der Beklagten für die Versorgung der Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in ... M. mit Fernwärme besteht und die Beklagte daher zur Fernwärmelieferung und Rechnungslegung für die Kosten des Wärmebezugs an die Klägerin verpflichtet ist.
2. Hilfsweise für den Fall der Unbegründetheit des Klageantrags zu 1):

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin mit Fernwärme für die Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in ... M. nach ihren allgemeinen Tarifbedingungen für die Fernwärmeversorgung ab dem 01. des auf die Rechtskraft der Entscheidung folgenden Monats zu versorgen.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt:

Klageabweisung.

Das Landgericht hat die Klage mit Urteil vom 30.03.2006, berichtigt durch Beschluss vom 08.06.2006, abgewiesen. Auf dieses Urteil einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen sowie auf den genannten Beschluss wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, die ihren Haupt- und Hilfsantrag im Wesentlichen weiter verfolgt. Sie ist der Ansicht, die Parteien seien Vertragspartner eines Wärmelieferverhältnisses, das die Klägerin von der M. Energie-Handel GmbH & Co. KG (im Folgenden: M.) übernommen habe. Daher sei die Beklagte der Klägerin gegenüber entsprechend der im Klageantrag zu 1) begehrten Feststellung verpflichtet. Selbst wenn ein Wärmelieferungsverhältnis derzeit nicht bestehen sollte, bestünde für die Klägerin aus kartellrechtlichen Gesichtspunkten ein Anspruch auf Versorgung der streitgegenständlichen Verbrauchsstelle entsprechend dem hilfsweise gestellten Antrag zu 2).

Unzutreffend gehe das Landgericht davon aus, dass zwischen den Parteien kein Wärmelieferungsvertrag für die streitgegenständliche Liegenschaft bestehe. Die Wärmeerzeugungsanlage sei – dies ist unstrittig - erstmals am 19.12.2001 in Betrieb genommen worden. Da sich jedoch die G. Gem. Aktiengesellschaft für A. H. (im Folgenden: G.) bereits mit Vertrag vom 15.10./26.10.2001 gegenüber der M. verpflichtet gehabt habe, Wärme ausschließlich von dieser zu beziehen, ergebe sich, dass allein die M., nicht aber die G. Wärme aus dem Verteilnetz entnommen habe und daher folglich allein die M. Vertragspartnerin der Beklagten nach § 2 Abs. 2 AVB FernwärmeV geworden sei. Der Umstand, dass nicht die G., sondern von Anfang an die M. diejenige gewesen sei, die die Wärme aus dem Netz der Beklagten entnommen habe, sei der Beklagten auch bekannt gewesen; dies sei bereits im Schriftsatz vom 02.01.2006 vorgetragen und unter Beweis durch Aussage des Zeugen Ch. B. gestellt worden. Auf diese Ausführungen werde Bezug genommen. Aus diesem Grund könne entgegen der Ansicht des Landgerichts weder von einem Dissens im Sinne des § 154 BGB noch von einer wirksamen Anfechtung des am 18.10./08.11.2002 auch schriftlich als Wärmelieferungsvertrag Nr. 31322 geschlossenen und erstinstanzlich bereits als Anlage K 2 vorgelegten Vertrags ausgegangen werden.

Dass die Beklagte genaue Kenntnis über die Eigentumslage hinsichtlich des streitgegenständlichen Anwesens gehabt habe und daher eine Irrtumsanfechtung nicht in Betracht komme, folge im Übrigen auch daraus, dass zwischen der G. und der Beklagten bereits am 09.04.2001, also lange vor der erstmaligen Inbetriebnahme der Heizanlage, ein Fernwärme-Anschlussvertrag Nr. 31322 A zustande gekommen sei, der von der Beklagten erstinstanzlich als Anlage

B 2 vorgelegt worden sei. Es sei also der Beklagten seit diesem Zeitpunkt bekannt gewesen, dass nicht die M., sondern die G. Eigentümerin des streitgegenständlichen Anwesens gewesen sei. Dennoch habe die Beklagte der M. den als Anlage K 2 vorgelegten Wärmelieferungsvertrag Nr. 31322 übermittelt, der auch – dies ist unstreitig - von beiden Seiten unterzeichnet worden sei. Die Beklagte habe also bereits zum Zeitpunkt der Erstellung und Übermittlung des Vertragstextes an die M. davon ausgehen müssen, dass die M. nicht die Eigentümerin des Anwesens gewesen sei. Aus der tatsächlich bestehenden Kenntnis der Beklagten folge auch, dass sie sich nicht auf den Grundsatz berufen könne, eine Realofferte im Sinne des § 2 Abs. 2 AVBFernwärmeV sei im Regelfall nur an den Grundstückseigentümer gerichtet. Abgesehen davon, dass auch die eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten eine Abweichung von diesem Regelfall zuließen, sei die Beklagte durch die tatsächliche Aufnahme der Belieferung der M. von diesem Grundsatz – sollte er denn je bestanden haben – selbst abgewichen. Der Beklagten sei es verwehrt, zunächst in Kenntnis der Eigentumslage die Belieferung der M. als Kundin vorzunehmen und sich hinterher darauf zu berufen, in ihren AGB stehe aber, dass sie nur den Eigentümer versorgen wolle. Dies stelle einen eklatanten Fall des „venire contra factum proprium“ dar und sei daher als unbeachtlich zu werten.

Zum Hilfsantrag sei auszuführen, dass jedenfalls ein kartellrechtlicher Anspruch der Klägerin aus §§ 19, 20, 33 GWB bestehe, von der Beklagten mit Fernwärme aus deren Netz beliefert zu werden. Auf das Urteil des OLG Naumburg vom 11.05.2005 – 1 U 6/05 Kart= NJOZ 2005, 4115, in juris dokumentiert, das einen Parallelfall betreffe, werde Bezug genommen. Insbesondere sei ein sachlich gerechtfertigter Grund für die Verweigerungshaltung der Beklagten nicht ersichtlich. Ein solcher folge auch nicht aus den vom Landgericht angestellten Erwägungen. Das Landgericht behaupte, dass nur Eigentümer, Erbbauberechtigte und Nießbraucher mit ihrer dinglichen Rechtstellung ein genügend starkes Haftungskapital zur Verfügung hätten. Die Annahme, die Beschränkung der Eingehung von Wärmelieferungsverhältnissen ausschließlich mit dinglichen Berechtigten führe zu einer stärkeren Sicherung der Beklagten als Fernwärmeversorgungsunternehmen als der Fall der Belieferung eines bundesweiten tätigen Unternehmens wie der Klägerin entbehre jeglicher Grundlage. Der eigentliche Hintergrund für die Verweigerungshaltung der Beklagten bilde der kartellrechtswidrige Versuch, die Monopolstellung, die die Beklagte als alleinige Betreiberin des Fernwärmenetzes inne habe, im Anschlussverhältnis auch gleich auf das Lieferverhältnis auszudehnen und auch insoweit Wettbewerb auszuschließen. Da die Beklagte aufgrund der Monopolstellung in jedem Fall im Anschlussverhältnis „zum Zuge kom-

me“ und die Immobilie weiterhin an das Fernwärmenetz der Beklagten angeschlossen bleibe, ergebe sich hinsichtlich der „Kontinuität“ für die Beklagte keinerlei Unterschied, ob sie nun den Endkunden oder die Klägerin als „tatsächliche Verbraucherin“ mit Fernwärme aus ihrem Netz beliebere. Es handele sich um nichts anderes als ein ganz normales Kettenlieferungsverhältnis.

Die Klägerin beantragt:

1. Unter Abänderung des am 30.3.2006 verkündeten Urteils des LG München I, Az. 4 HK O 18530/05, wird festgestellt, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten ein Fernwärmever sorgungsvertrag nach den allgemeinen Tarifbestimmungen der Beklagten für die Versorgung der Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in ... M. mit Fernwärme besteht und die Beklagte daher zur Fernwärmelieferung und Rechnungsstellung für die Kosten des Wärmebezugs an die Klägerin verpflichtet ist;
2. Hilfsweise für den Fall der Unbegründetheit des Klageantrags zu 1) wird die Beklagte unter Abänderung des am 30.3.2006 verkündeten Urteils des LG München I, Az. 4 HK O 18530/05, verurteilt, die Klägerin mit Fernwärme für die Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in ... M. nach ihren allgemeinen Tarifbestimmungen für die Fernwärmever sorgung ab dem 01. des auf die Rechtskraft der Entscheidung folgenden Monats zu versorgen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das Urteil des Landgerichts. Zu Recht habe das Landgericht die Klage im Hauptantrag abgewiesen. Die Rechtsfrage, wer Vertragspartner des durch Wärmeentnahme aus dem Netz der Beklagten konkludent geschlossenen Vertrages geworden ist, sei nach den Erklärungen der Parteien und den gesamten Umständen zu entscheiden. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass die Beklagte bereits bei der Beantragung des Anschlusses an ihr Fernwärmesetz unmissverständlich darauf hingewiesen habe, dass die Wärmelieferung nur auf der Grundlage eines rechtsgültigen Wärmeversorgungsvertrags erfolge, der mit den Grund-

und/oder Hauseigentümer abgeschlossen werde (Anlage B 1). Auch in den Bedingungen des Fernwärme-Anschlussvertrages, der zwischen der G. und der Beklagten am 09.04.2001 zustande gekommen sei, werde auf die allgemeinen Bedingungen und Preise der Beklagten für die Versorgung mit Fernwärme nach Standardverträgen Bezug genommen. Bei der Bestätigung des Abschlusses des Fernwärme-Anschlussvertrags mit Schreiben vom 09.04.2001 (Anlage B 4) habe die Beklagte noch einmal darauf hingewiesen, dass der Fernwärmeversorgungsvertrag mit dem Eigentümer des Anwesens abgeschlossen werde, wenn der Baukostenzuschuss bezahlt sei. Für die G. habe keinerlei Zweifel daran bestanden, dass die Beklagte den Fernwärmeversorgungsvertrag nur mit der G. als Grundstückseigentümerin habe abschließen wollen. Der G. sei daher bewusst gewesen, dass die in der Bereithaltung der Wärme liegende Realofferte, die ab Inbetriebnahme vorgelegen habe, sich nur an sie als Grundstückseigentümerin gerichtet habe. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass sich das Angebot auf Erbringung der Versorgungsleistung typischerweise an den Grundstückseigentümer richtet, weil nur diesem ein Anspruch auf Anschluss und Versorgung zustehe.

Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin lägen daher die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 AVB FernwärmeV in der Person der G. durch die von ihr ab 19.12.2001 entnommene Wärme vor. Dass die M. insoweit nicht als Entnehmerin aufgetreten sei und auftreten habe wollen, ergebe sich rein tatsächlich schon aus dem Umstand, dass diese gemäß dem als Anlage K 1 vorgelegten Liefervertrag eine Inbetriebnahme der Versorgung erst ab dem 01.08.2002 versprochen gehabt habe.

Zu berücksichtigen sei weiter, dass die Beklagte der G. zu Händen ihrer Beauftragten über den Verbrauch ab Inbetriebnahme am 19.12.2001 bis zum 04.09.2002 eine Jahresabrechnung gestellt und die geleisteten Abschlagszahlungen von der Rechnungssumme abgesetzt habe; der Rechnungsbetrag sei bezahlt worden. Daraus folge, dass die G. und die Beklagte übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass die G. Vertragspartnerin des Wärmeversorgungsvertrags geworden sei.

Der Beklagten sei bei Anschluss und Inbetriebnahme der Fernwärmekundenanlage am 19.12.2001 nicht bekannt gewesen, dass die G. angeblich am 15.10./26.10.2001 einen Wärmelieferungsvertrag mit der M. geschlossen haben wolle. Die Information hierüber sei erst mit Schreiben vom 09.09.2002 (Anlage B 8) erfolgt, mit dem die Beklagte von der M. darüber unterrichtet worden sei, dass diese zum 01.09.2002 die Wärmeversorgung des Bauabschnitts übernommen habe. Die Klägerin wiederhole ihre schon in erster Instanz erfolglose Rechtsauffas-

sung, wonach der Wärmeversorgungsvertrag mit Inbetriebsetzung der Wärmanlage und Entnahme von Wärme ab 19.12.2001 zwischen der M. und der Beklagten zustande gekommen sei, weil sich die G. bei der Inbetriebsetzung angeblich von einem Mitarbeiter der M. habe vertreten lassen. Diese Rechtsauffassung sei unvereinbar mit den gesetzlichen Grundsätzen der Rechtschäftslehre.

Ohne Erfolg berufe sich die Klägerin ergänzend darauf, dass ein Wärmeversorgungsvertrag zwischen der M. und der Beklagten durch den Abschluss des als Anlage K 2 vorgelegten Vertrages zustande gekommen sei. Zu Recht habe das Landgericht angenommen, dass dieser Vertrag aufgrund eines offenen Einigungsmangels nicht zustande gekommen sei oder jedenfalls aufgrund einer Anfechtung vernichtet sei. Die Beklagte wolle Wärmeversorgungsverträge nur mit Grundstückseigentümern oder vergleichbar dinglich Berechtigten abschließen; dies sei der G. gegenüber ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden und der M. bekannt gewesen. Ihren Willen, nur mit dem Eigentümer oder vergleichbar dinglich Berechtigten einen Wärmeversorgungsvertrag abzuschließen, habe die Beklagte in dem als Anlage K 2 vorgelegten Vertragsangebot vom 18.10.2002 in Ziffer 5.1 zum Ausdruck gebracht. Die dortige Versicherung des Wärmekunden sei so auszulegen, dass die Beklagte diesen Vertrag nur mit einem Eigentümer abschließen habe wollen. Da die M. bei Unterzeichnung des Angebots am 08.11.2002 nicht Grundstückseigentümerin gewesen sei, sei ein Vertrag mangels Einigung über die Person des Wärmekunden nicht zustande gekommen, jedenfalls aber aufgrund Anfechtung seitens der Beklagten vernichtet worden. Wie vorgetragen, habe die Beklagte die M. nicht als „Nichteigentümerin“ beliefern wollen, sondern im Gegenteil ausdrücklich in Ziffer 5.1 zum Vertragsgegenstand gemacht, dass die M. als Vertragspartnerin Grundstückseigentümerin sein müsse. Die Berufung auf dieses *essentiale negotii* stelle kein *venire contra factum proprium* dar.

Die Klägerin berufe sich hilfsweise auf einen kartellrechtlichen Belieferungsanspruch aus §§ 19, 20, 33 GWB, der darauf gerichtet sei, von der Beklagten mit Fernwärme aus dem Netz beliefert zu werden. Die Prüfung eines solchen Belieferungsanspruchs setze zunächst einmal voraus, dass die Klägerin substantiiert zur Normadressateneigenschaft der Beklagten vortrage. Daran fehle es. Der vorliegende Sachverhalt unterscheide sich von demjenigen, der dem von der Klägerin herangezogenen Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg vom 11.05.2005 zugrunde liege, darin, dass dort ein Anschluss und Benutzungszwang für die Fernwärmeversorgung gegeben gewesen sei. Die Beklagte habe ferner vorgetragen, dass ein Fernwärmemarkt nicht existiere, sondern ein Bauherr bei der Neuerrichtung oder Modernisierung zwischen verschiedenen Energieträgern

die freie Auswahl habe. Insbesondere kämen Öl, Gas, Elektrizität, Solarenergie, Erdwärme, Kohle und Holz in Betracht. Auf dem so umschriebenen Wärmemarkt für die Raumheizung und Bereitung von Warmwasser hätten Fernwärmeanbieter keine marktbeherrschende Stellung.

Auch die Tatsache, dass sich die G. bei der Planung der Wärmeversorgung des Grundstücks für eine Fernwärmeversorgung durch die Beklagte entschieden habe, mache die Beklagte nicht zur Monopolistin. Ein Wettbewerb um die Wärmeversorgung finde statt. Er sei beendet, wenn der Nachfrager seine Auswahlentscheidung für ein System getroffen habe.

Das Landgericht habe völlig zu Recht in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Klägerin keine Durchleitung durch das Netz der Beklagten verlange, sondern schlicht Belieferung. Vorliegend gehe es nicht um einen Netznutzungsanspruch. Nicht ersichtlich sei ferner, dass die Beklagte die Wettbewerbsmöglichkeiten der Klägerin auf einem nachgelagerten Markt der Fernwärmedienstleistungen beeinträchtige. Es stehe fest, dass die Klägerin durch die Beklagte nicht daran gehindert werde, ihre Fernwärmedienstleistungen (Verbrauchserfassung bei den Wohneigentümern und Mietern in Mehrfamilienhäusern, sog. Submetering) zu erbringen. Zu Unrecht kritisiere die Klägerin die Feststellung des Landgerichts, dass nur Eigentümer, Erbbauberechtigte und Nießbraucher mit ihrer dinglichen Rechtsstellung ein genügend starkes Haftungskapital für das Versorgungsunternehmen darstellten, auf das gegebenenfalls unmittelbar zugegriffen werden könne. Diese Feststellung sei zutreffend und entspreche der Lebenserfahrung.

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 Modifikation des Klageantrags, die die Klägerin im Termin vom 19.10.2006 vorgenommen hat, ist wegen Sachdienlichkeit bei unverändertem Sachverhalt zulässig (§ 533 ZPO).

2. Die im Hauptantrag erhobene Feststellungsklage ist zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO), aber nicht begründet. Zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht kein Fernwärmeversorgungsvertrag nach den allgemeinen Tarifbestimmungen der Beklagten für die Versorgung der Verbrauchsstelle J.-Str. 7-13/P.-W.-Str. 17-25 in M. mit Fernwärme; die Beklagte ist daher zur Fernwärmelieferung und Rechnungsstellung für die Kosten des Wärmebezugs an die Klägerin dieser gegenüber nicht verpflichtet.

a) Zwischen der M. und der Beklagten ist kein Wärmeversorgungsvertrag aufgrund konkludenten Vertragsschlusses zustande gekommen. Zwar ist in dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens regelmäßig ein Vertragsangebot in Form einer so genannten 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 vermieden werden (vgl. BGH aaO). Durch die Fernwärmeentnahme im Anschluss an die Inbetriebsetzung am 19.12.2001 (vgl. Protokoll Nr. 35 vom 19.12.2001 betreffend Inbetriebsetzung, Anlage B 6), die nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten (vgl. Berufungserwiderung vom 25.09.2006, S. 4), zunächst insbesondere der Bautrocknungsdienste, ist ein konkludenter Fernwärmeversorgungsvertrag indes zwischen der G. und der Beklagten, nicht zwischen der M. und der Beklagten zustande gekommen. Denn aus dem Protokoll über die Inbetriebsetzung gemäß Anlage B 6 sowie aus der vorangegangenen Korrespondenz ergibt sich, dass die Realofferte der Beklagten an die damalige Grundstückseigentümerin G. 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 Nr. 31322 A vom 09.04.2001 (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 B 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 G. gerichteten Begleitschreiben der Beklagten vom 09.04.2001 (Anlage B 4) wird ausdrücklich ausgeführt, dass der Wärmeversorgungsvertrag mit dem Eigentümer des Anwesens abgeschlossen wird, wenn der Baukostenzuschuss bezahlt ist. Die Inbetriebsetzung am 19.12.2001 ist von der G. auch dadurch gebilligt worden, dass für sie der Vertreter Ch. B. auf dem genannten Protokoll am unteren Rand unter der vorgedruckten Angabe „Kunde“ unterschrieben hat, und zwar ohne Zusatz, dass er nicht im Namen des Kunden G., sondern im Namen der M. handele (vgl. § 164 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Soweit die Klägerin im Schriftsatz vom 02.01.2006, S. 6 zum Beweis dafür, dass der Ch. B. sich bei der Inbetriebsetzung am 19.12.2001 als Mitarbeiter der M. vorgestellt und niemanden im Unklaren darüber gelassen habe, für wen er auftrete, die Vernehmung von Ch. B. als Zeugen angeboten hat, war dieser Beweis nicht zu erheben, weil der genannte Sachvortrag im Hinblick darauf nicht hinreichend substantiiert ist, dass der etwaige Wille des Herrn Becker, bei der Inbetriebsetzung für die M., nicht für die G. zu handeln, im Protokoll gemäß Anlage B 6 nicht erkennbar zum Ausdruck gekommen ist (vgl. § 164 Abs. 2 BGB). Außerdem ist, worauf im Termin vom 19.10.2006 hingewiesen wurde, die M. im Schreiben vom 09.09.2002 (Anlage B 8) an die Beklagte selbst davon ausgegangen, dass jedenfalls bis zum 31.08.2002 die G. Vertragspartei des Fernwärmeversorgungsvertrags mit der Beklagten war. In dem genannten Schreiben, das von dem oben im Zusammenhang mit der Inbetriebsetzung am 19.12.2001 erwähnten Herrn Ch. B. unterschrieben ist, wird ausgeführt, dass die M. die Wärmeversorgung des Bauabschnitts zum 01.09.2002 übernommen habe; ferner wird die Beklagte gebeten, zu dem genannten Datum eine Schlussrechnung „an den bisherigen Vertragskunden G. P.“ zu stellen. Dem entspricht auch die Vertragsabwicklung im Verhältnis zwischen G. und der Beklagten. Mit Schreiben vom 15.10.2002 (Anlage B 7) hat die Beklagte gegenüber der G. eine Jahresabrechnung für Fernwärme betreffend den Verbrauchszeitraum vom 19.12.2001 mit 04.09.2002 unter Anrechnung geleisteter Abschlagszahlungen gestellt, die auch bezahlt wurde.

Dass der Fernwärmeversorgungsvertrag zwischen der G. und der Beklagten nicht schriftlich abgeschlossen wurde, steht dessen Wirksamkeit nicht entgegen. Zwar soll ein Fernwärmeversorgungsvertrag nach § 2 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV schriftlich abgeschlossen werden; ist er auf andere Weise zustande gekommen, so hat das Fernwärmeversorgungsunternehmen den Vertragsabschluss dem Kunden nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV unverzüglich schrift-

lich zu bestätigen. Die Nichteinhaltung der Sollbestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 1 FernwärmeV beeinträchtigt indes die Wirksamkeit eines konkludent geschlossenen Fernwärmeversorgungsvertrags ebenso wenig wie das Fehlen der schriftlichen Bestätigung gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 FernwärmeV (vgl. Witzel/Topp, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Aufl., 1997, S. 56).

b) Zwischen der M. und der Beklagten ist nach dem 19.12.2001 ein Fernwärmeversorgungsvertrag auch nicht durch konkludentes Verhalten infolge von Entnahme von Fernwärme durch die M. zustande gekommen. Die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss liegen nicht vor, wenn bereits ein Vertragsverhältnis wie hier zwischen der G. und der Beklagten besteht (vgl. BGH NJW-RR 2004, 928, 929).

c) Der zwischen der M. und der Beklagten geschlossene Wärmeversorgungsvertrag Nr. 31322 vom 18.10./08.11.2002 (Anlage K 2) ist von Anfang an nichtig (§ 142 Abs. 1 BGB). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist dieser Vertrag allerdings nicht wegen Dissenses unwirksam. Jedoch greift die dem Schreiben der Beklagten vom 30.01.2006 (Anlage K 6) zu entnehmende Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch.

Der von der Beklagten vorformulierte Vertrag Nr. 31322 enthält unter Nr. 5.1 folgende Klausel: „Der Kunde versichert, dass er Eigentümer, Erbbauberechtigter oder sonst dinglich Berechtigter des unter 1.1 genannten Grundstückes ist.“ Das Vertragsangebot der Beklagten vom 18.10.2002 betreffend den Vertrag Nr. 31322 ist von der M. am 08.11.2002 ohne Änderung der Klausel Nr. 5.1 angenommen worden. Aus dem objektiven Empfängerhorizont unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte (vgl. §§ 133, 157 BGB) ist die Annahmeerklärung der M. dahingehend auszulegen, dass sie die in Nr. 5.1 genannte Qualifikation als Vertragspartei (Eigentümer, Erbbauberechtigter oder sonst dinglich Berechtigter) erfüllt, weshalb für einen Dissens kein Raum ist (vgl. BGH NJW 2003, 743). Allerdings war die in Nr. 5.1 des Vertrags Nr. 31322 von der M. abgegebene Versicherung vorsätzlich falsch, weil die M. weder Eigentümerin noch Erbbauberechtigte noch sonst dinglich Berechtigte des betreffenden Grundstückes war. Deshalb greift die dem Schreiben der Beklagten vom 30.1.2003 (Anlage K 6) zu entnehmende Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch (§ 123 Abs. 1, § 143 Abs. 1, § 142 Abs. 1 BGB).

d) Selbst wenn – entgegen dem vorstehend Ausgeführten – ein wirksamer Wärmeversorgungsvertrag zwischen der M. und der Beklagten angenommen würde, hätte die Klägerin mit der im Hauptantrag erhobenen Feststellungsklage keinen Erfolg. Denn die Beklagte hat der Vertragsübernahme (vgl. Kaufvertrag Anlage K 7) eines etwa zwischen der M. und der Beklagten bestehenden Wärmeversorgungsvertrags durch die Klägerin 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 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 AVB FernwärmeV 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 IV 72a), ist § 32 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV dahingehend auszulegen, dass diese Bestimmung nicht eingreift, wenn ausscheidende und/oder 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.

e) Zwischen der Klägerin und der Beklagten ist ein Fernwärmeversorgungsvertrag auch nicht durch konkludentes Verhalten infolge von Entnahme von Fernwärme durch die Klägerin zustande gekommen. Die Voraussetzungen für einen konkludenten Vertragsschluss fehlen, wenn bereits ein Vertragsverhältnis wie hier zwischen der G. und der Beklagten besteht (vgl. BGH NJW-RR 2004, 928, 929).

3. Die im Hilfsantrag erhobene Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

a) Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen kartellrechtlichen Belieferungsanspruch 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 M. 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 Fernwärmeversorgungsunternehmen 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 Büdenbender 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 die Klägerin geltend macht (Schriftsatz vom 01.03.2006, S. 9), sie sei auf den eigenen Bezug von Fernwärme seitens der Beklagten angewiesen, um gegenüber ihrem Kunden (der G.) Energieliefer-Contracting-Leistungen „aus einer Hand“ erbringen zu können, ist dies unter dem Gesichtspunkt des Tätigwerdens auf einem nachgelagerten Markt im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht schlüssig. Denn soweit sich die Klägerin gegenüber der G. zur Fernwärmeversorgung verpflichtet hat (vgl. den zwischen der G. und der M. geschlossenen Wärmelieferungs-Vertrag, Anlage K 1, in den die Klägerin nach ihrem Vortrag anstelle der M. eingetreten ist), ist sie auf demselben Markt wie die Beklagte, nicht auf einem nachgelagerten Markt tätig. Auch die übrigen von der Klägerin zu erbringenden Energiedienstleistungen wie Errichtung und ggf. Wartung der Heizstation sowie Verbrauchserfassung 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 Hilfsantrag auch deshalb keinen Erfolg, weil eine entsprechende Verurteilung mit einem unzulässigen Eingriff in den zwischen der Beklagten und der G. 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.); die Beklagte wäre, worauf im Termin vom 19.10.2006 hingewiesen wurde, zur Wärmelieferung sowohl an ihre Vertragspartnerin, die G., als auch an die Klägerin verpflichtet. Nach Nr. 2.4 Satz 1 der Allgemeinen Bedingungen und Preise der Beklagten für die Versorgung mit Fern-

wärme nach Standardverträgen (Anlage B 3), deren Geltung von der G., einer Handelsgesellschaft (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 6, Rdn. 1) und Unternehmerin (§ 14 Abs. 1 BGB), im Fernwärme-Anschlussvertrag Nr. 31322 A vom 09.04.2001 (Anlage B 2) anerkannt wurde – diese Allgemeinen Bedingungen sind damit im Verhältnis zwischen der G. und der Beklagten Vertragsbestandteil geworden (vgl. § 24 AGBG) -, beträgt die Laufzeit des Wärmeversorgungsvertrags mangels abweichender Vereinbarung zehn Jahre; eine solche Laufzeit ist nach § 32 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV zulässig.

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

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

6. 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 Oberlandesgericht 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 gelagerten 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-EbB.