



Neueste Rechtsprobleme der Fernwärme

49. Fachgespräch der deutschen Gruppe der Energie- und Bergjuristen der International Bar Association am 29. Oktober 2010 in Frankfurt/Main

RA Adolf Topp, Mag.rer.publ.
Stv. Geschäftsführer



WÄRME | KÄLTE | KWK

Themen:

- » **Begriff der Fernwärme**
- » **Einordnung der Fernwärme im Energierecht**
- » **Preiskontrolle**
 - § 315 BGB
 - PrKG und PreisangabenVO
 - § 307 BGB vs. Art. 243 EGBGB i.V.m. § 24 AVBFernwärmeV
 - §§ 19, 20 GWB
- » **Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ)**
- » **Zugang Dritter zu Fernwärmenetzen**

Begriff der Fernwärme:

Fernwärme ist Wärme beliebiger Herkunft, die mit Hilfe eines Trägermediums gewerblich aufgrund eines Vertrages gegen Entgelt geliefert wird, ohne damit mietrechtliche Pflichten zu erfüllen.¹

Grundlage: AVBFernwärmeV

Umfasst:

- Fernwärme klassisch
- „Nahwärme“
- Wärmecontracting aus Anlagen beim Kunden

» **Keine Geltung des EnWG für Fernwärme**

- **EnWG gilt nur für leitungsgebundene Versorgung mit Elektrizität und Gas (§ 1 Abs. 1 EnWG)**
- **keine analoge Anwendung auf Fernwärme:**

„Der grundsätzliche Anwendungsbereich des EnWG wird beibehalten. Eine Ausdehnung auf andere Energieträger als Elektrizität und Gas - insbesondere Fernwärme - ist nicht vorgesehen.“²

» Preiskontrolle

» Kontrolle nach § 315 BGB

§ 315 BGB gilt bei Einräumung eines Leistungsbestimmungsrechtes.

Bei automatischer Preisänderungsklausel nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV findet

- a) keine direkte Anwendung statt und
- b) keine analoge Anwendung, da eine Gesetzeslücke fehlt.³

» Preiskontrolle

» Kontrolle nach PrKG und PAngV

Preisklauselgesetz (PrKG)⁴

§ 1 Abs. 3 PrKG: Keine Anwendung auf Fernwärme⁵

PAngV⁶: anwendbar

» **Kontrolle nach § 307 BGB vs. Art. 243 EGBGB
i.V.m. § 24 Abs. 3 (jetzt: Abs. 4) AVBFernwärmeV**

Urteil des OLG Naumburg vom 17.9.2009⁷

- **Aushandeln**
- **Inhaltskontrolle nach § 307 BGB,
§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV als Maßstab**
- **HEL mit Index „Rheinschiene“ unangemessen
für Sonderkunden**
- **Berechtigung oder Verpflichtung zu Anpassung?**

» **Die AVBFernwärmeV⁸**

Grundsatz

- Verwendung von Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind (§ 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV)
- AVBFernwärmeV gilt praktisch für jeden Kunden, sofern Vertragsbedingungen vorformuliert sind (Bsp. Textbausteine)

Ausnahme

- AVBFernwärmeV gilt nicht für Industriekunden (§ 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV)

Vertragsinhalt

§§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV sind Vertragsinhalt (§ 1 Abs. 1 S. 3 AVBFernwärmeV)

» **Prüfungsmaßstab**

- Sofern vorformulierte Vertragsbedingungen verwendet werden (siehe Grundsatz nach § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV), sind diese auf ihre Vereinbarkeit mit den §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV zu prüfen:
 - Wirksamkeit der Klausel bei Vereinbarkeit
 - Unwirksamkeit der Klausel bei Verstoß

- abschließender Prüfungsmaßstab⁹
 - keine zusätzliche Prüfung nach allgemeinem AGB-Recht (BGH Urteil vom 28. Januar 1987, VIII ZR 37/86, Rn. 10 und 193¹⁰; BGH Urteil vom 11. Oktober 2006, VIII ZR 270/054¹¹)

Maßgeblicher Gesetzestext

Die Klausel „darf nur so ausgestaltet sein, dass sie ... die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die gewerblichen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigt.“

Preisänderungsklauseln nach § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV sind Kombination aus Kostenelemente- und Spannungsklausel¹²

Maßgebliche Vorgaben

- a) Kostenentwicklung des Unternehmens**
 - Erzeugungskosten
 - Verteilungskosten
- b) Wärmemarkt**

Gesetzgeberische Wertentscheidungen

Die Vorschrift trägt „dem Umstand Rechnung, dass sich die Fernwärmepreisgestaltung nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann.“¹³

„Diese Klauseln beziehen somit Kostenveränderungen auch von Konkurrenzenergieträgern ein, d. h. solche Energieträger, die das Fernwärmeversorgungsunternehmen bei der Erzeugung der Fernwärme selbst nicht einsetzt, auf die aber Wettbewerber des Fernwärmeversorgungsunternehmens auf dem Wärmemarkt zurückgreifen.“¹⁴

Hintergründe

- **Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber reinen Kostenentwicklungen¹⁵**
- **andernfalls keine Anreize zur Kostenersparnis**
- **Margenveränderungen gesetzlich angelegt¹⁶**
 - **Gewinnschmälerung des ineffizienten Versorgers**
 - **Gewinnsteigerung des effizienten Versorgers**

Nachvollziehbarkeit der Klausel

- BGH zum Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB
 - Maßstab: „Verständnis- und Erkenntnismöglichkeiten eines typischerweise zu erwartenden Durchschnittskunden ..., von dem die aufmerksame Durchsicht der Vertragsbedingungen, deren verständige Würdigung und die Berücksichtigung ihres erkennbaren Sinnzusammenhangs erwartet werden kann“.¹⁷
 - jedenfalls Preisgleitklausel mit Parametern aus öffentlich zugänglichen Quellen zulässig
- BGH zu Preisänderungsklauseln vor Geltung der AVBFernwärmeV
 - „Die Änderung der für den Wärmepreis maßgeblichen Kostenfaktoren für den zurückliegenden Abrechnungszeitraum kann er [Wärmekunde] den Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamts entnehmen.“¹⁸

Repräsentation der Verhältnisse des Wärmemarkts

- Ölpreis dominiert Preise am Wärmemarkt
 - maßgeblicher Anteil des Heizöls am Wärmemarkt (1/3)
 - Ölpreisbindung des Marktführers Erdgas
 - Phänomen der Ölpreisbindung auch bei regenerativen Energieträgern (Holzpellets)
 - Phänomen des *Fuel Switch* in USA auch ohne Ölpreisbindung (gleichgerichtete Entwicklung von Öl- und Erdgaspreisen)¹⁹
- generelle Zulässigkeit der Verwendung des Ölpreises zur Repräsentation des Wärmemarkts

These:

1. Die AVBFernwärmeV ist Teil des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.
2. § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV ist lex specialis zu § 307 BGB.
3. Automatische Preisänderungsklauseln sind hinzunehmen.
4. Keine Übertragung der Gas-Rechtsprechung auf Wärme.

Petitum:

Der BGH möge bei seiner dogmatisch zutreffenden Rechtsprechung (Urteil vom 28. Januar 1987, VIII ZR 37/86, Rdnr. 10 und 19⁴; Urteil vom 11. Oktober 2006, VIII ZR 270/05⁵) bleiben.

» Preiskontrolle

» Kontrolle nach §§ 19 Abs. 1, 20 GWB

Dazu: Gutachten Prof. Dr. Büdenbender²⁰

Marktabgrenzung nach § 19 GWB

1. Bei rechtlich verankertem Zwang:
 - a) Anschluss- und Benutzungszwang: Markt ist Gebiet des Anschluss- und Benutzungszwanges
 - b) Verbrennungsverbote im Bebauungsplan gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauBG: Zweifelhaft
 - c) Benutzungspflicht durch Dienstbarkeit: vgl. „Börnsen-Entscheidung“ des BGH²¹
2. Rechtspraxis lehnt einheitlichen Wärmemarkt ab.²³

» Preiskontrolle

Zu den Tatsachen²³

Geregelt nach GemO: 8,6 % des Absatzes

Dienstbarkeiten: 2,5 % des Absatzes

**Verbrennungsverbote
zugunsten Fernwärme
neben Wärmepumpen,
EE: 1 % des Absatzes**

Zum Wärmemarkt

- **These h. M.:**
 Leitungsgebundene Fernwärme → Fernwärmenetz²⁴

- **These BKartA:**
 Fernwärme lt. BGH jede gewerbliche Lieferung von Wärme²⁵
 (daher: Einbeziehung Wärme-Contracting in Sektor-
 untersuchung Fernwärme)

- **Einheitlicher Wärmemarkt:**
 Hauptargument: Hohe Investitionskosten verhindern
 Wechsel vor Ablauf von 15 Jahren²⁶
 aber: Wärmecontracting²⁷

Relevanter Markt I: Differenzierte Betrachtung

**Phase der Investitionsentscheidung:
Ohne Rechtspflicht zur Wärmenutzung:
Allgemeiner Wärmemarkt, da Wahlfreiheit
zwischen Gas, Mineralöl, Solarenergie,
Geothermie, Erd- und Luftwärmepumpen,
Pellets und einem Null-Energie-Haus
besteht.
Marktanteil Fernwärme: höchstens 14 %**

Relevanter Markt II

Nach Abschluss des Fernwärmevertrages:

Die Rechtsprechung hatte diesen Fall noch nicht zu entscheiden,

- Lediglich Nebenbemerkung in der „Börnsen-Entscheidung“²⁸
- Auffassung des VIII. Zivilsenats²⁹
- BGH-Entscheidung Stadtwerke Uelzen wg. Gas: kein allgemeiner Wärmemarkt wegen Höhe der Umstellungskosten.³⁰

Kausalität marktbeherrschende Stellung und überhöhter Preis

- Missbrauchskontrolle nur, wenn überhöhte Preise auf marktbeherrschende Stellung zurückgehen.
- Im Wettbewerb freiwillig akzeptierte Preise sind nicht zu kritisieren.
- Im Wettbewerb akzeptierte Preisänderungsklauseln sind nicht überprüfbar.
- Wirkung automatischer Preisanpassungsklauseln wie § 315 BGB (BGH-Entscheidung vom 11.10.2006)

Ausnahmen:

- Preisänderungsklauseln mit Ermessenspielraum
- Neuabschlüsse und Vertragsverlängerungen (zweifelhaft)

Ergänzung der Kontrolle

**Berücksichtigung des allgemeinen Wärmemarktes
gemäß § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV**

**Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt sind
automatisch Bestandteil der Preisbildung.**

**Schutz des Kunden und des FVU vor einseitiger
Betrachtung**

» Anschluss- und Benutzungszwang

» Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ)

Ein emotionales Thema!

Daher: Zuerst nochmals die Rechtstatsachen³¹

Geregelt nach GemO: 8,6 % des Absatzes

Dienstbarkeiten: 2,5 % des Absatzes

Verbrennungsverbote
zugunsten Fernwärme
neben Wärmepumpen,
EE: 1 % des Absatzes

Rechtsgrundlagen

GemO der Bundesländer

Voraussetzungen unterschiedlich:

- „Volksgesundheit“
- Schutz der natürlichen Grundlagen, Klima- und Ressourcenschutz (BVerwG, Urteil vom 25.1.2006)³²

§ 16 EEWärmeG

Klimaschutz

**mit Grundgesetz vereinbar, da Gemeinden zusätzliche³³
Befugnisse erhalten**

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

- Erreichung des Satzungszweckes
- Energiepolitische Grundsatzentscheidung der demokratischen Bürgervertretung
- Parallelwertung §§ 7, 8 EEWärmeG
- Gleichwertigkeit Wärme aus hocheffizienter KWK und EE
- Energiehierarchie

Maßgeblicher Einfluss der Gemeinde

- Durch Verträge absichern (AGFW-Musterlösung)

Ausnahmen

Ausnahmen sind nur eingeschränkt zuzulassen.

- § 3 Satz 3 AVBFernwärmeV ist nicht analog anzuwenden.³⁴
- Nach Art. 28 GG entscheidet die Gemeinde, nicht der Einzelne.

» Zugang Dritter zu Fernwärmenetzen

» Zugang Dritter zu Fernwärmenetzen

Dazu Gutachten Prof. Dr. Körber³⁵

- a) Einspeisung gegen feste Vergütung
(wie EEG-Strom)
- b) Pflicht zum Verkauf an Zwischenhändler
- c) Durchleitung

Ausgangspunkt des Gutachtens Prof. Körber

- I. Keine sektorspezifische Zugangsregulierung
- II. Anwendbarkeit des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

**a) Einspeisung und
Verkauf an Zwischenhändler**

Im Regelfall keine Anspruchsgrundlage

b) § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB – Durchleitung

Netzinfrastrukturereinrichtung

Fernwärmenetze erfasst

**Marktbeherrschung durch Netzbetreiber
unterstellt**

Tätigkeit auf nachgelagertem Markt

Keine Marktmacht ohne Netznutzung

- EuGH „Bronner“ (Urteil 26.11.1998, RS C7/97)

a) Fehlende Duplizierbarkeit

b) Fehlende Substituierbarkeit (strenger Maßstab!)

Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des §
19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Fehlende Substituierbarkeit strenger
Maßstab:

auch imperfekte Substitute reichen aus

bei Annahme eines separaten

Fernwärmemarktes (hM) und *enger*

Fernwärmedefinition i.S. leitungsgebundener

Fernwärme: Substituierbarkeit des

Fernwärmenetzes (-), da leitungsgebundene

Fernwärme nicht anders zum Kunden leitbar

Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Berücksichtigung der Besonderheiten der Fernwärme – insbesondere:

- geringe Normung und vergleichsweise wenige sinnvoll Anschlusspunkte
=> Einspeisung rechnet sich, wenn sie überhaupt technisch möglich ist, häufig nicht
- geschlossene Netze sowie Einheit von Erzeugung und Netz: fehlende Möglichkeit, Fernwärme anderweitig abzusetzen oder zu beziehen
=> Drittzugang kann effiziente Fahrweise der Kraftwerke beeinträchtigen mit negativen ökonomischen und ggf. auch ökologischen Folgen (Verdrängung von KWK)

» Zugang Dritter zu Fernwärmenetzen

Durchsetzung des Netzzugangs mithilfe des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

Energiepolitische Ziele - insbesondere:

- EnWG: § 1 Abs. 1 (möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung);
- EEG: § 1 Abs. 1 (Interesse des Klima- und Umweltschutzes), §§ 27, 28 (Boni für KWK);
- EEWärmeG: § 1 Abs. 1 (Klimaschutz, Schonung fossiler Ressourcen und Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten), § 7 (Ersatzlösung) und § 16 (ABZ darf aus Gründen des Klimaschutzes angeordnet werden);
- KWKModG: § 1 Abs. 1 (Energieeinsparung, Umweltschutz und Klimaschutzziele), §§ 6a und 7a (Förderung des Neu- und Ausbaus von Wärmenetzen).

Meine Antworten:

- 1. Die AVBFernwärmeV gleicht das Interesse der Öffentlichkeit mit dem des Kunden aus: Sie ist zeitgemäß.**
- 2. Die Fernwärme war immer liberalisiert. Eine Regulierung ist nicht hilfreich.**
- 3. Der ABZ ist das energiepolitische Instrument der demokratischen Bürgervertretung. Dazu bin ich neutral.**



Vielen Dank.

WÄRME | KÄLTE | KWK

Nachweise:

- 1 BGH, Urt. v. 25.10.1989, VIII ZR 229/88, NJW 1990, S. 1181; KG, Urt. v. 1.9.2009, 27 U 76/08, WuM 2010, S. 43; vertiefend Topp, RdE 2009, S. 133
- 2 BVerwG, Beschluss v. 17.7.1991, NVwZ 1992, S. 37 ff; a. A. OVG Weimar, Urt. v. 29.9.2007, 4 N 70/3, CuR 2008, S. 102 ff
- 3 BGH, Urt. v. 11.10.2006, VIII ZR 270/05, NJW 2007, S. 210; mit Anm. Topp IR 2007, S. 17; Bündenbender, Zulässigkeit der Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB, S. 72 ff; Wesche, Ist die Preiskontrolle von Fernwärmeversorgungsverträgen nach § 315 BGB zulässig?, EuroHeat&Power, 3/2005, S. 24 ff; Palandt/Grüneberg, § 315 BGB Rn. 4
- 4 Palandt/Grüneberg, Anh. Zu § 245 BGB (PrKIG 1, Rn. 7)
- 5 Zu den Gründen: BT-Drucks. 16/4391, S. 27
- 6 BGBl. I 2002, S. 4197; BGBl. I 2010, S. 977
- 7 Urt. v. 17.9.2009, 1 U 23/09, RdE 2010, S. 258 mit Anm. Baumgart CuR 2009, S. 148; Fricke, N&R 2010, S. 71; Legler, ZNER 2010, S. 20; Lippert, CuR 2010, S. 56; Recknagel, CuR 2010, S. 43; Vodova, RdE 2010, S. 262; Wollschläger, IR 2010, S. 44
- 8 BGBl. I 2010, S. 1483 ff; grundlegend Witzel/Topp Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme; Hempel/Franke Recht der Energie- und Wasserversorgung, AVBFernwärmeV
- 9 Umfassende Empfehlungen zu Literatur und Rechtsprechung „Preisänderungsklauseln in Fernwärmeversorgungsverträgen“ siehe <http://www.agfw.de/1615.0.html>
- 10 BGHZ 100, S. 1
- 11 NJW 2007, S. 210; vertiefend Fricke, N&R 2010, S. 71; Baumgart, CuR 2009, S. 148 (149); Desoi, RdE 2010, S. 192 (192); Legler, ZNER 2010, S. 20 (21); Lippert, CuR 2010, S. 56 (59); Recknagel, CuR 2010, S. 43; Vodova, RdE 2010, S. 262 f; Wollschläger, IR 2010, S. 44 (45); Wollschläger/Beermann, CuR 2010, S. 62 (66); MünchKomm/Säcker, Art. 243 EGBGB Rn. 1, vgl. aber auch Rn. 3; Staudinger/Schlosser, Art. 243 EGBGB, Rn. 3
- 12 Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)



- 13 BR-Drucks. 90/80, S. 56
- 14 BT-Drucks. 16/4391, S. 27
- 15 Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)
- 16 Baumgart, CuR 2009, S. 148 (149); Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)
- 17 BGH, Urt. v. 24.03.2010, VIII ZR 178/08, Rn. 15, NJW 2010, S. 2789; BGH, Urt. v. 24.03.2010, VIII ZR 304/08, Rn. 22; NJW 2010, S. 2795
- 18 BGH, Urt. v. 6.12.1978, VIII ZUR 273/77, NJW 1979, S. 1304
- 19 Erdmann/Zweifel, Energieökonomik, 2008, S. 239
- 20 Im Erscheinen
- 21 BGH, Ur. V. 9.7.2002, KZR 30/00, BGHZ 151, S. 274
- 22 Dazu ausführlich Körber/Fricke, N&R 2009, S. 222
- 23 Topp/Kraft, EuroHeat&Power 10/2009, S. 18
- 24 vgl. für Gas: Urt. v. 10.12.2008, KVR 2/08, NJW 2009, S. 1212
- 25 Verfügung vom 9.9.2009, Az. B-10-28/09
- 26 Urt. v. 10.12.2008, KVR 2/08, NJW 2009, S. 1212
- 27 Immobilien & Recht 3/2010, S. 19; GETEC AG „Wir halten Kurs – Geschäftsbericht 2009“, S. 28
- 28 Urt. v. 9.7.2002, KZR 30/00, BGHZ 151, S. 274
- 29 Urt. v. 13.6.2007, VIII ZR 36/06, BGHZ 172, S. 315
- 30 Urt. v. 10.12.2008, KVR 2/08, NJW 2009, S. 1212; a. A. mit gewichtigen Gründen Deutscher Bundestag, Drs. 13/274, S. 16 (amtl. Begründung zum EnWG 1998)
- 31 Topp/Kraft, EuroHeat&Power 10/2009, S. 18
- 32 BVerwG, Urt. v. 25.1.2006, 8 C13.05, NVwZ 2006, S. 690
- 33 Ekardt/Heitmann, ZNER 2009, S. 346 (354; Ennuschat/Volino CuR 2009, S. 90 (95); Kahl ZUR 2010, S. 395 (399)
- 34 BVerwG, Beschluss v. 17.7.1991, NVwZ 1992, S. 37 ff; a. A. OVG Weimar, Urt. v. 29.9.2007, 4 N 70/03, CuR 2008, S. 102 ff
- 35 Im Erscheinen