



Fernwärme in Zeiten des Energiewettbewerbs & Klimaschutzes Aktuelle Rechtsfragen

Vortragsveranstaltung des Instituts für Berg- und Energierecht der
Ruhr Universität Bochum am 30. November 2010

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

www.energieeffizienzverband.de

WÄRME | KÄLTE | KWK

Überblick

1. Begriff der Fernwärme
2. Klimaschutz
3. Anschluss- und Benutzungszwang
4. Preisrecht (§ 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV)
5. Kartellrechtliche Preiskontrolle
6. Primärenergieorientierung der EnEV

» 1. Begriff der Fernwärme

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

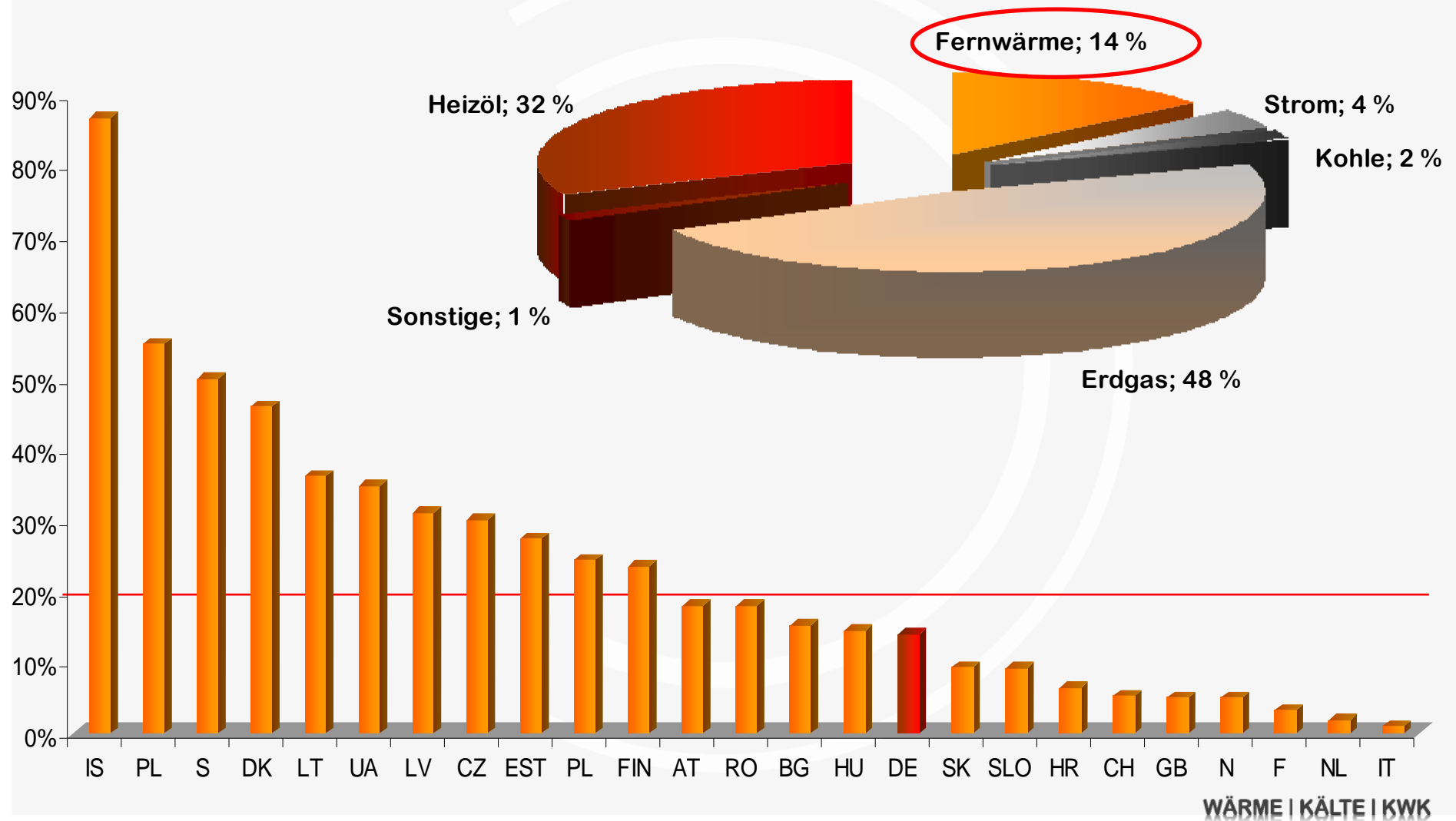
Grundlage: AVBFernwärmeV

Umfasst:

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

» 2. Klimaschutz

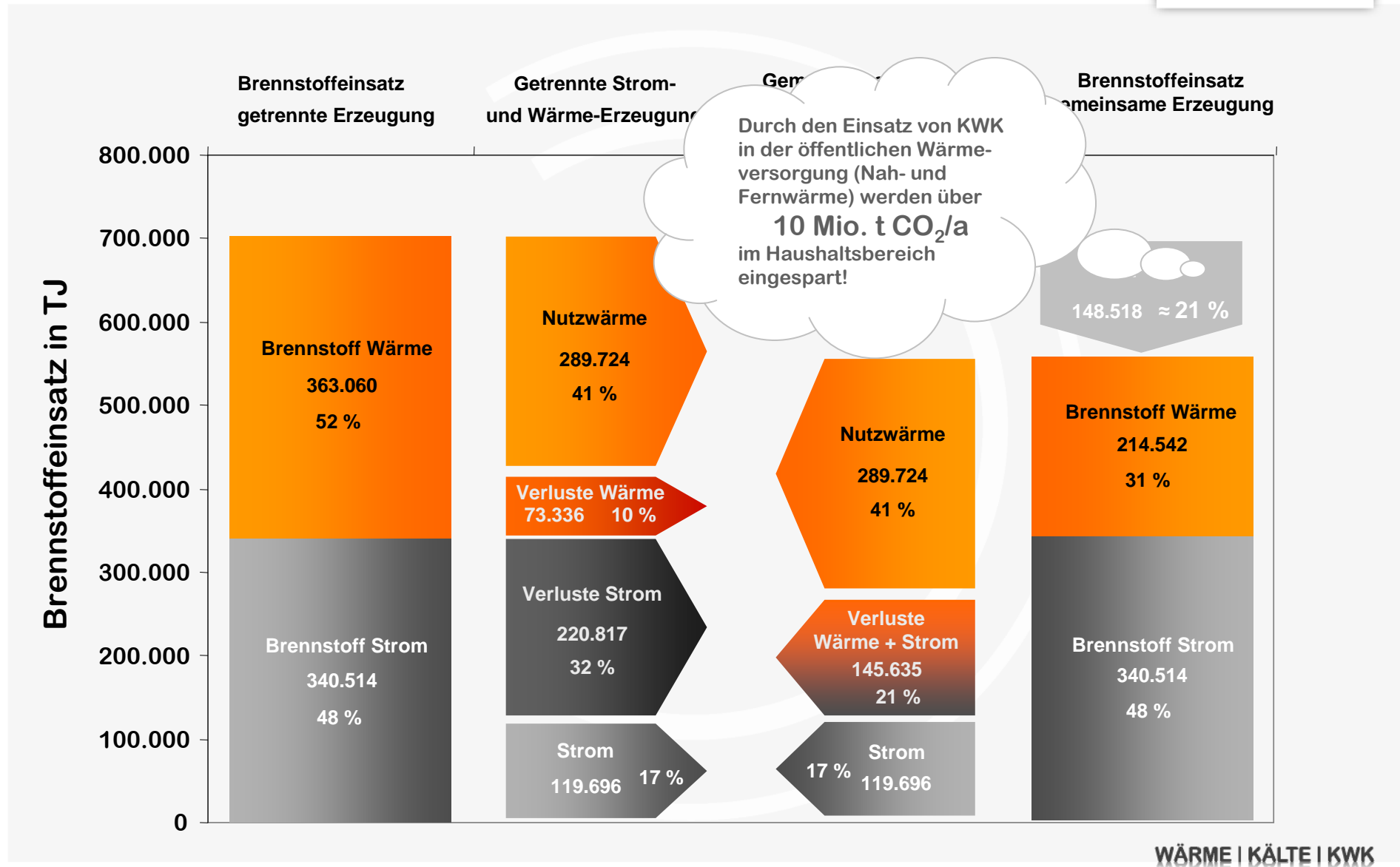
Beheizung von Wohngebäuden mit Nah-/Fernwärme



» 2. Klimaschutz

- » **KWK spart Primärenergie und damit CO₂ ein.²**
- » **Das gilt besonders für große Fernwärmesysteme.³**
- » **75 % des globalen Schadstoffausstoßes entstehen in den Städten (zumeist Großstädte bzw. Ballungsräume).^{3a}**
- » **Städte, die in den letzten 30 Jahren konsequent den Ausbau der Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung und das Verdrängen von fossil befeuerten Einzelheizungen (Öl, Gas, Kohle) aus dem Innenstadtbereich vorangetrieben haben, konnten ihre Luftschadstoffe um ein Vielfaches senken.^{3b}**
- » **Bereits heute kommen mehr als 84 % der Fernwärme aus Kraft-Wärme-Kopplung, der Brennstoff wird quasi „doppelt“ genutzt.**
- » **Rund 56 Prozent der Raumwärme in Deutschlands Wohn- und Verwaltungsgebäuden sind für Fernwärmeanschluss geeignet.^{3c}**

» 2. Klimaschutz



Deshalb ist der KWK-Ausbau gewollt:

- I. EU-KWK-Richtlinie⁴
EU-Gebäude-Richtlinie⁵
EU-Erneuerbaren-Richtlinie⁶
EU-Energiedienstleistungs-Richtlinie⁷
Europäische Energiestrategie 2020⁸

- II. IEKP⁹
Energiekonzept vom 28. September 2010¹⁰
BMU-Leitstudie 2008¹²
KWKModG: 25 % KWK-Strom¹²
EEWärmeG, §§ 7, 16¹³
EEG 2009, z.B. § 27 Abs. 4¹⁴

» 3. Anschluss- und Benutzungszwang

» Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ)

Ein emotionales Thema!

Daher: Zuerst die Rechtstatsachen¹⁵

Geregelt nach GemO: 8,6 % des Absatzes

Dienstbarkeiten: 2,5 % des Absatzes

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

» 3. Anschluss- und Benutzungszwang

» **Rechtsgrundlagen**

GemO der Bundesländer

Voraussetzungen unterschiedlich:

- „Volksgesundheit“
- **Schutz der natürlichen Grundlagen, Klima- und Ressourcenschutz (BVerwG, Urteil vom 25.1.2006)¹⁶**

§ 16 EEWärmeG

mit Grundgesetz vereinbar, da Gemeinden zusätzliche Befugnisse erhalten¹⁷

» 3. Anschluss- und Benutzungszwang

» Ziele und Rechtsfolgen

- Energiepolitisches Instrument der Gemeinde
- Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Klima- und Ressourcenschutz, PE-Einsparung
- Keine eigenen Rechte der FVU
- Einführung im Ermessen der Gemeinde

» 3. Anschluss- und Benutzungszwang

» **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)

» 3. Anschluss- und Benutzungszwang

» **Ausnahmen**

Ausnahmen sind nur eingeschränkt zuzulassen.

- § 3 Satz 3 AVBFernwärmeV ist nicht analog anzuwenden.¹⁸
- Nach Art. 28 GG entscheidet die Gemeinde, nicht der Einzelne.

» **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.“¹⁹

» **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.²⁰**

» 4. Preisrecht

» Kontrolle nach AVBFernwärmeV und anderen Normen

PAngV²¹

Kontrolle § 27 AGBG i. V. m. § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV; durch Art. 243 EGBGB bestätigt.²²

Preisklauselgesetz (PrKG)²³

§ 1 Abs. 3 PrKG: Keine Anwendung auf Fernwärme

EDL-GEG (in Kraft seit 12. November 2010)²⁴

Änderungen der AVBFernwärmeV; § 24 Abs. 3 ist jetzt Abs. 4.

» 4. Preisrecht

» Die AVBFernwärmeV²⁵

Grundsatz

- AVBFernwärmeV gilt praktisch für jeden Kunden, sofern Vertragsbedingungen vorformuliert sind (Bsp. Textbausteine)

Ausnahme

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

Vertragsinhalt

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

Keine Kostenumlage, sondern Marktpreis.

Kosten (z. B. Netzverluste) zahlt das FVU.

Vorleistungspflicht des Kunden (§ 30) ähnlich wie

§ 17 GasGVV^{25a}.

» 4. Preisrecht

» Prüfungsmaßstab abschließend

- keine zusätzliche Prüfung nach §§ 305 ff. BGB
(BGH, Urteil vom 28. Januar 1987, VIII ZR 37/86, Rn. 10 und 19²⁶; BGH, Urteil vom 11. Oktober 2006, VIII ZR 270/05²⁷)

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 Spannungsklausel²⁸

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.“²⁹

„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.“³⁰

Hintergründe

- **Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber reinen Kostenentwicklungen³¹**
- **andernfalls keine Anreize zur Kostenersparnis**
- **Margenveränderungen gesetzlich angelegt³²**
 - **Gewinnschmälerung des ineffizienten Versorgers**
 - **Gewinnsteigerung des effizienten Versorgers**

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 Ölpreisbindung³³ (gleichgerichtete Entwicklung von Öl- und Erdgaspreisen)
- generelle Zulässigkeit der Verwendung des Ölpreises zur Repräsentation des Wärmemarkts
- Von Kunden oft vorgezogen: Zentralheizungsindex u. a.

These:

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

Marktabgrenzung

1. Bei rechtlich verankertem Zwang:
 - a) Anschluss- und Benutzungszwang: Markt ist Gebiet des Anschluss- und Benutzungszwangs
 - b) Verbrennungsverbote im Bebauungsplan gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauBG: Zweifelhaft
 - c) Benutzungspflicht durch Dienstbarkeit: vgl. „Börnsen-Entscheidung“ des BGH³⁴
2. Rechtsprechung lehnt einheitlichen Wärmemarkt ab;
→ Produktmarkt Fernwärme³⁵

» 5. Preiskontrolle durch Kartellrecht

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“³⁶
- Auffassung des VIII. Zivilsenats³⁷
- BGH-Entscheidung Stadtwerke Uelzen wg. Gas: kein allgemeiner Wärmemarkt wegen Höhe der Umstellungskosten³⁸

» 5. Preiskontrolle durch Kartellrecht

Der Fernwärmekunde kann leicht wechseln, weil ihm Wärme-Contractoren die Investitionskosten abnehmen.³⁹

Kausalität marktbeherrschende Stellung und überhöhter Preis

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

Ergänzung der Kontrolle

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

**Die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt sind
automatisch Bestandteil der Preisbildung.⁴⁰**

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

Amtliche Begründung EnEV 2002⁴¹

- Eine Weichenstellung ist die Umstellung vom Jahres-Heizwärmebedarf auf den Jahres-Primärenergiebedarf.
- Die Orientierung am Primärenergiebedarf des Gebäudes ist geboten.
- Würde sich die Verordnung an dem Endenergiebedarf orientieren, hätte dies eine nicht begründbare Besserstellung von Anlagensystemen mit einem sehr hohen Primärenergiebedarf zur Folge.

» 6. Primärenergieeinsparung der EnEV

- **Der Gesetzgeber will den Wettbewerb und die beste und preiswerteste Technik.**
- **Der Hauseigentümer entscheidet.**
- **Spart er Geld ein, kann er noch mehr in den Umweltschutz investieren.**
- **Das geschieht oft bei Fernwärme-Kunden.**

Primärenergiebedarf für Wohngebäude

- Für Wohngebäude über Anlagensystem, §§ 1 Abs. 1 und 3 i. V. m. Anl. 1 Nr. 2.1.1. (Strombezug PEF 2,6)
- Anlagensysteme außerhalb Wohngebäude nicht erfasst (§ 1 Abs. 2 S. 2 EnEV)
 - ➔ Regeln der Technik
DIN-Vornormen mit Widersprüchen, Regelungslücken
und Fortschreibungsbedarf⁴²

» 6. Primärenergieeinsparung der EnEV

Der Verordnungsgeber erwartet von den betroffenen Kreisen eine ergänzende Lösung. Der Verband hat daher unter Beteiligung des BBR, BMU, der KfW und der interessierten Fachöffentlichkeit eine technische Regel erarbeitet, die als Anwendungs- und Auslegungshilfe zu den DIN-Vornormen dient.⁴³ PEF-Gutachter kann jede sachkundige Person innerhalb und außerhalb des AGFW werden.⁴⁴

Ergebnis u. a.: Von KWK verdrängter Kondensationsstrom:
PEF 3,0

Pauschalwerte für die Müllverbrennung, falls
keine spezifischen Verbrauchsdaten vorliegen:

| | |
|----------|------|
| ohne KWK | 0,13 |
| mit KWK | 0,0 |

Pauschalwert für Industrieabwärme, falls
keine spezifischen Verbrauchsdaten vorliegen:
PEF 0,4



Vielen Dank.



- 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 Burgi, Klimaschutz durch KWK-Förderung, 2009, S. 20 , FN 3 m.w.N.; BerIKommEnR/ *Topp*, 2. Aufl., § 1 KWKModG Rn. 1 m. w. N.
- 3 Erdmann/Dittmar, Technologische und energiepolitische Bewertung der Perspektiven von Kraft-Wärme-Kopplung in Deutschland, 2010, S. 60 u.,
http://www.prognoseforum.de/workshop/ws_26_03_10/KWK-Studie.pdf; daran ändert auch die unzutreffende Behauptung der ARD-Sendung Plusminus und der FAZ vom 28.11.2010, S. 68 über angeblich schlecht gedämmte Fernwärmeleitungen in Kassel nichts: Die Kasseler Leitungen sind erst vor zehn Jahren nach dem Stand der Technik neu gedämmt worden.
- 3a IEA – International Energy Agency
- 3b IEA – International Energy Agency
- 3c BEI - Bremer Energie-Institut im Auftrag des Bundeswirtschaftsministeriums
- 4 ABI. L 52/50 vom 21.2.2004
- 5 ABI. L 153/13 vom 18.2.2010
- 6 ABI. L 140/16 vom 5.6.2009
- 7 ABI. L 114/64 vom 27.4.2006
- 8 www.ec.europa.eu/energy/stsrageie/2010/2020_en.html
- 9 www.iekp.de
- 10 BMWi, BMU (Hrsg.), Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, 28.9.2010, S. 10 (16)
- 11 BMU, Weiterentwicklung der Ausbaustrategie Erneuerbarer Energien, Leitstudie 2008,
http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/42383.php
- 12 BerIKommEnR/ *Topp*, 2. Aufl. § 2 KWKModG Rn. 1 ff



- ¹³ *Milkau* in Müller/Oschmann/Wustlich, EEWärmeG, § 16, Rn. 2
- ¹⁴ BGBl. I 2008, S. 2074
- ¹⁵ Topp/Kraft, EuroHeat&Power 10/2010, S. 18
- ¹⁶ BVerwG, Urt. v. 25.1.2006, 8 C13.05, NVwZ 2006, S. 690
- ¹⁷ Ekardt/Heitmann, ZNER 2009, 346 (354); Ennuschat/Volino CuR 2009, S. 90 (95); Kahl, ZUR 2010, S. 395 (399)
- ¹⁸ 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
- ¹⁹ BT-Drucks. 15/3917, S. 47
- ²⁰ BGH, Urt. v. 11.10.2006, VIII ZR 270/05, NJW 2007, 210, mit Anm. Topp IR 2007, 17; Büdenbender, 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, 24 ff.; Palandt/Grüneberg, § 315 BGB Rn. 4
- ²¹ BGBl. I 2002, S. 4197; BGBl. I 2010, S. 977
- ²² vgl. Palandt/Grüneberg, EG 243 Rn. 1
- ²³ Palandt/Grüneberg, Anh. zu § 245 BGB (PrKIG 1, Rn. 7)
- ²⁴ BGBl. I, 2010, S. 1483 ff
- ²⁵ BGBl. I, 2010, S. 1483 ff; grundlegend Witzel/Topp Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme; Hempel/Franke Recht der Energie- und Wasserversorgung, Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme
- ^{25a} BerIKommEnR/*Busche*, 2. Aufl., EnWG § 39 EnWG Anh. A § 17 Gas GVV, Rn. 17 ff
- ²⁶ BGHZ 100, S. 1; Umfassende Empfehlungen zu Literatur und Rechtsprechung „Preisänderungsklauseln in Fernwärmeversorgungsverträgen“ siehe <http://www.agfw.de/1615.0.html>

- ²⁷ 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 (43); Vodova, RdE 2010, S. 262 (262f.); 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
- ²⁸ Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)
- ²⁹ BR-Drucks. 90/80, S. 56
- ³⁰ BT-Drucks. 16/4391, S. 27
- ³¹ Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)
- ³² Baumgart, CuR 2009, 148 (149); Fricke, N&R 2010, S. 71 (74)
- ³³ Erdmann/Zweifel, *Energieökonomik*, 2008, S. 239
- ³⁴ Urt. v. 9.7.2002, KZR 30/00, BGHZ 151, S. 274
- ³⁵ Dazu ausführlich Körber/Fricke, N&R 2009, S. 222
- ³⁶ Urt. v. 9.7.2002, KZR 30/00, BGHZ 151, S. 274
- ³⁷ Urt. v. 13.6.2007, VIII ZR 36/06, BGHZ 172, S. 315
- ³⁸ Urt. v. 10.12.2008, KVR 2/08, NRW 2009, S. 1212; a. A. mit gewichtigen Gründen Deutscher Bundestag, Drs. 13/7274, S. 16 (amtl. Begründung zum EnWG 1998)
- ³⁹ *Immobilien & Recht* 3/2010, S. 19; GETEC AG „Wir halten Kurs – Geschäftsbericht 2009“, S. 28
- ⁴⁰ Witzel/Topp AVBFernwärmeV, 2. Aufl., S. 181 ff
- ⁴¹ BR-Drucks. 149/01, S. 33 ff
- ⁴² DIN V 4701-10:2003-08, DIN V 18599-1:2007-02, www.agfw.de/1609.0.html
- ⁴³ AGFW-Arbeitsblatt FW 309 Teil 1: "Energetische Bewertung von Fernwärme - Bestimmung der spezifischen Primärenergiefaktoren für Fernwärmeversorgungssysteme"
- ⁴⁴ AGFW-Arbeitsblatt FW 609: "Prüfung von Gutachtern für spezifische Primärenergiefaktoren von Fernwärmesystemen"