

Rechtsanwalt *Dr. Andreas Klemm, Düsseldorf*

## Leistungsanpassung und Vertragskündigung gemäß § 3 AVBFernwärmeV: Aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge

### I. Einleitung

Wärmelieferanten, wozu hier Fernwärmeversorger und Contractoren gleichermaßen gezählt werden sollen, sehen sich in jüngster Zeit verstärkt mit Begehren ihrer Kunden auf Reduzierung der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung konfrontiert. Teilweise sprechen Kunden auch eine Kündigung des Wärmelieferungsvertrages aus, weil sie die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien vollständig ersetzen wollen. Entsprechende Ansprüche der Kunden ergeben sich aus § 3 AVBFernwärmeV.<sup>1</sup> Nach Absatz 1 dieser Vorschrift hat der Wärmelieferant dem Kunden die Möglichkeit einzuräumen, eine Leistungsanpassung während der Vertragslaufzeit vorzunehmen. Die Anpassung kann einmal jährlich mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Kalendermonats erfolgen und bedarf keines Nachweises, sofern sich die Leistung nicht um mehr als 50 % reduziert. Nach Absatz 2 kann der Kunde eine Anpassung der Leistung, die eine Reduktion um mehr als 50 % im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Leistung darstellt, oder eine Kündigung des Wärmelieferungsvertrages mit zweimonatiger Frist vornehmen, sofern er die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Den Einsatz erneuerbarer Energien hat er dabei zu belegen.

Die Regelung in § 3 AVBFernwärmeV ist nicht neu, sondern in ihrer derzeit geltenden Fassung bereits mit Verordnung vom 28.9.2021<sup>2</sup> in die Fernwärmeverordnung eingefügt worden. Dass sich die Wärmelieferanten erst in jüngster Zeit verstärkt mit Ansprüchen aus dieser Vorschrift konfrontiert sehen, dürfte in erster Linie darauf zurückzuführen sein, dass es bei neuen Vorschriften, sofern sie nicht ausnahmsweise Eingang in die Tagespresse finden, meist mehrere Jahre dauert, bis sie sich in Verbraucherkreisen herumgesprochen haben und eine gewisse Breitenwirkung entfalten.

Die Wärmelieferanten reagieren auf Kundenbegehren zur Leistungsreduzierung bzw. auf Vertragskündigungen gemäß § 3 AVBFernwärmeV im Regelfall zurückhaltend. Das ist gut nachvollziehbar, zumal ein Präzedenzfall weitreichende Folgen haben kann. Allzu leicht entsteht ein „Dominoeffekt“, wenn es sich bei dem Petenten lediglich um einen Vorreiter handelt, der entsprechende Nachahmer findet, sobald er beim Bäcker oder am Gartenzaun mit seinen Nachbarn hierüber spricht. Ein solcher Dominoeffekt kann die Wirtschaftlichkeit des Gesamtprojektes in Frage stellen und im schlimmsten Fall

sogar zu Investitionsruinen führen und die Insolvenz des Wärmelieferanten nach sich ziehen. Anders als Strom- und Gasnetze, die bundesweit miteinander vermascht sind, handelt es sich bei Wärmenetzen um „Inselnetze“. Kundenverluste an einer Stelle des Netzes können in aller Regel nicht durch den Zugewinn neuer Kunden an einer anderen Stelle des Netzes kompensiert werden.

Aus Sicht des Wärmekunden ist es hingegen legitim, sich wirtschaftlich zu optimieren, wenn ihm das Gesetz oder – wie im vorliegenden Fall – eine Verordnung die Möglichkeit hierzu eröffnet. Genauso wie der Steuerzahler Schlupflöcher im Steuersystem nutzen darf, sofern er hierbei die „rote Linie“ zur Steuerhinterziehung nicht überschreitet, darf der Wärmekunde die Möglichkeiten nutzen, die ihm die Fernwärmeverordnung bietet, um seine häufig hohe Kostenlast aus der Wärmelieferung zu reduzieren. Der Wärmekunde ist nicht für das Wohl und Wehe des Wärmelieferanten verantwortlich. Letztlich stehen sich bei Streitigkeiten nach § 3 AVBFernwärmeV das legitime Interesse des Wärmelieferanten, seinen Kundenstamm und die Bemessungsgrundlage für die Wärmeabrechnung zu erhalten, und das des Wärmekunden, sich wirtschaftlich zu optimieren und nicht mehr Geld auszugeben, als er muss, gegenüber.

Im Folgenden sollen nach einem kurzen Überblick über die Entstehungsgeschichte und Reichweite des § 3 AVBFernwärmeV (siehe Ziffer II) die Vorgaben der Norm näher dargestellt werden (siehe Ziffer III). Sodann soll der Blick auf die geplanten Änderungen der Vorschrift im Rahmen der Reform

\* Der Verfasser ist Rechtsanwalt bei Gronvald Rechtsanwälte in Düsseldorf und Leipzig, Vorsitzender des Forum Contracting e.V. sowie Herausgeber der Fachzeitschriften „REE Recht der Erneuerbaren Energien“ und „CuR Contracting und Recht“.

1 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20.6.1980, BGBl. 1980 I, 742; zuletzt geändert durch Verordnung vom 13.7.2022, BGBl. 2022 I, 1134.

2 Verordnung zur Umsetzung der Vorgaben zu Fernwärme und Fernkälte in der Richtlinie (EU) 2018/2002 sowie in der Richtlinie (EU) 2018/2001 vom 28.9.2021, BGBl. 2021 I, 4591.

zur AVBFernwärmeV gerichtet werden (siehe Ziffer IV). Eine Schlussbetrachtung rundet den Beitrag ab (siehe Ziffer V).

## II. Entstehungsgeschichte und Reichweite der Norm

### 1. Entstehungsgeschichte

Die Regelung in § 3 AVBFernwärmeV wurde durch Verordnung vom 28.9.2021<sup>3</sup> neu gefasst. Primärer Regelungsgegenstand dieser Verordnung war die Umsetzung der Energieeffizienz-Richtlinie<sup>4</sup> sowie der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RED II)<sup>5</sup>, beide aus 2018, in das nationale Recht. Durch Artikel 1 der Verordnung wurde die FFVAV<sup>6</sup> erlassen, eine Rechtsverordnung, die neue Vorgaben für Wärme- und Kältelieferanten zur Verbrauchserfassung und Abrechnung von Fernwärme und Fernkälte vorsah. Durch Artikel 2 wurde die AVBFernwärmeV in mehreren Punkten novelliert. Neben der Änderung des § 3 AVBFernwärmeV erfolgten insbesondere die Einführung neuer Veröffentlichungspflichten in § 1a AVBFernwärmeV und eine Ergänzung in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV, wonach eine Änderung einer Preisanpassungsklausel nicht einseitig durch öffentliche Bekanntgabe erfolgen darf. Die Verordnung trat am 5.10.2021, einen Tag nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt, in Kraft.

Die Änderung des § 3 AVBFernwärmeV war im Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) und im darauffolgenden Kabinettsbeschluss noch nicht vorgesehen. Die Neuregelung erfolgte erst auf Initiative des Bundesrates, der aufgrund einer entsprechenden Vorgabe in den Verordnungsermächtigungen (Art. 243 EGBGB und § 6a GEG) in das Rechtssetzungsverfahren einzubinden war. Ausweislich der Gesetzesmaterialien<sup>7</sup> beruht die Änderung des § 3 AVBFernwärmeV auf einer Forderung der Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK). Wörtlich heißt es dort: „Die Regelungen dienen einer verbraucherfreundlichen Ausgestaltung der Fernwärmeregulungen und der Umsetzung der Forderungen der Verbraucherschutzministerkonferenz (VSMK) zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Fernwärmemarkt.“ Das BMWK erhob keinen Vorbehalt gegen die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung und akzeptierte diese in ihrer letztlich in Kraft getretenen Fassung.

### 2. Zwingender Charakter der Norm

Bei den Vorgaben aus § 3 AVBFernwärmeV handelt es sich um zwingendes Recht. Die Vorschrift beansprucht also Geltung unabhängig davon, ob der Wärmelieferungsvertrag eine entsprechende Regelung vorsieht oder nicht. Sie beansprucht selbst dann Geltung, wenn die Anwendbarkeit der Norm im Wärmelieferungsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Die Feststellung, dass § 3 AVBFernwärmeV zwingendes Recht darstellt, setzt allerdings voraus, dass die Fernwärmeverordnung als solche zur Anwendung gelangt. Das ist dann der Fall, wenn

die Regelungen im Wärmelieferungsvertrag als „allgemeine Versorgungsbedingungen“ im Sinne des § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV zu qualifizieren sind, es sich also um Vertragsmuster oder Vertragsbedingungen handelt, die seitens des Wärmelieferanten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Auch darf es sich nicht um einen Vertrag mit einem Industriekunden handeln, weil dann der Anwendungsausschluss aus § 1 Abs. 2 AVBFernwärmeV greift.

Daraus folgt, dass § 3 AVBFernwärmeV keine Geltung in Fällen beansprucht, in denen die Parteien durch Individualvereinbarung von den Vorgaben der Norm abweichen. Denn dann handelt es sich nicht um „allgemeine Versorgungsbedingungen“ im Sinne des § 1 Abs. 1 AVBFernwärmeV. Diese Aussage wird durch § 1 Abs. 3 AVBFernwärmeV bestätigt. Nach dieser Vorschrift kann der Vertrag auch zu allgemeinen Versorgungsbedingungen abgeschlossen werden, die von den §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV abweichen, wenn der Wärmelieferant einen Vertragsabschluss zu den allgemeinen Bedingungen der Verordnung angeboten hat und der Kunde mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist. Auf die abweichenden Bedingungen ist dann allerdings die allgemeine AGB-Kontrolle nach den §§ 305 bis 310 BGB anzuwenden.

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich um eine Individualabrede handelt, trifft dabei nach den allgemeinen Beweislastregeln denjenigen, der sich auf das Vorliegen einer solchen Abrede beruft. Das ist im Regelfall der Wärmelieferant.

### 3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich des § 3 AVBFernwärmeV – also die Frage, ob die Norm nur auf Wärmelieferungsverträge zur Anwendung gelangt, die nach dem Inkrafttreten der Änderungsverordnung zum 5.10.2021 abgeschlossen worden sind (Neuverträge), oder auch auf solche, die vor diesem Datum zustande gekommen sind (Bestandsverträge) – ist bislang nicht

<sup>3</sup> Vgl. oben Fußn. 2.

<sup>4</sup> Richtlinie (EU) 2018/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz, ABl. EU Nr. L 328 vom 21.12.2018, S. 210.

<sup>5</sup> Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU Nr. L 328 vom 21.12.2018, S. 82.

<sup>6</sup> Verordnung über die Verbrauchserfassung und Abrechnung bei der Versorgung mit Fernwärme oder Fernkälte (Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung – FFVAV) vom 28.9.2021, BGBl. 2021 I, 4591.

<sup>7</sup> Beschluss des Bundesrates: Verordnung zur Umsetzung der Vorgaben zu Fernwärme und Fernkälte in der Richtlinie (EU) 2018/2002 sowie in der Richtlinie (EU) 2018/2001, BR-Drs. 310/21 (Beschluss), S. 14.

abschließend geklärt. Zwar enthält die AVBFernwärmeV in § 37 Abs. 2 eine Übergangsregelung, diese beschränkt sich aber auf Verträge, die vor dem 1. 4. 1980 zustande gekommen sind und damit zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung schon bestanden („Uralt-Verträge“).

Mit dem zeitlichen Anwendungsbereich der Norm hat sich *Fricke* in einem Beitrag<sup>8</sup> befasst, der im Jahr 2021 in dieser Zeitschrift erschienen ist. Er vertritt mit gewichtigen Argumenten die Auffassung, dass die Neufassung des § 3 AVBFernwärmeV nur auf Neuverträge zur Anwendung gelangt. Das Landgericht Regensburg hat das in seinem Urteil vom 8. 7. 2022<sup>9</sup> anders gesehen. Das Gericht ist der Argumentation des Beklagten, dass § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV nur für Neuverträge gilt, nicht gefolgt und hat dies primär mit Aspekten des Klimaschutzes begründet (Verfassungsrang des Klimaschutzgebots in Art. 20a GG). Weitere Rechtsprechung zu dieser Frage ist bislang nicht bekannt.

### III. Vorgaben des § 3 AVBFernwärmeV

§ 3 AVBFernwärmeV vermittelt dem Kunden zwei Rechte, die sorgfältig auseinanderzuhalten sind: das Recht auf Leistungsanpassung und das Recht auf Kündigung des Wärmelieferungsvertrages. An diesen beiden Rechten orientiert sich auch die nachfolgende Darstellung: Erst soll das Recht auf Leistungsanpassung (Ziffer 1) und dann das Kündigungsrecht (Ziffer 2) behandelt werden. Der Aufbau des § 3 AVBFernwärmeV ist indes ein anderer: Eine „Trennlinie“ dergestalt, dass in Absatz 1 die Leistungsanpassung und in Absatz 2 die Kündigung geregelt ist, besteht nicht, auch wenn im gesprochenen Wort (bei Fachvorträgen und in Fachdiskussionen) ein solcher Normaufbau aus Vereinfachungsgründen gerne verwendet wird. Das Recht auf Leistungsanpassung wird in beiden Absätzen angesprochen, das Kündigungsrecht hingegen nur in Absatz 2.

§ 3 AVBFernwärmeV ist vielmehr dergestalt aufgebaut, dass Absatz 1 die „Leistungsanpassung ohne Bestehen eines spezifischen Grundes“ betrifft, während in Absatz 2 die „Leistungsreduzierung aufgrund des Einsatzes erneuerbarer Energien“ geregelt ist. Will der Kunde erneuerbare Energien einsetzen, werden ihm durch Absatz 2 weitergehende Rechte gewährt als bei der Leistungsreduzierung ohne Bestehen eines spezifischen Grundes nach Absatz 1. Das entspricht der ständigen Praxis des Gesetzgebers, den Einsatz erneuerbarer Energien in allen Lebens- und Wirtschaftsbereichen zu privilegieren.

#### 1. Recht auf Leistungsanpassung

##### a) Leistungsanpassung ohne spezifischen Grund

Gemäß § 3 Abs. 1 AVBFernwärmeV hat der Wärmelieferant dem Kunden die Möglichkeit einzuräumen, eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung während der Vertragslaufzeit vorzunehmen. Die Leistungsanpassung kann

einmal jährlich mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Kalendermonats erfolgen und bedarf keines Nachweises, sofern sich die Leistung nicht um mehr als 50% reduziert.

##### aa) Keine aktive Hinweispflicht

Die Formulierung, dass der Wärmelieferant dem Kunden „die Möglichkeit einzuräumen“ hat, bedeutet nicht, dass der Wärmelieferant aktiv auf den Wärmekunden zugehen und ihn – z.B. durch Informationsschreiben – auf die Möglichkeit zur Leistungsanpassung hinweisen muss. Es reicht aus, wenn der Wärmelieferant auf ein entsprechendes Kundenbegehren reagiert und die Leistungsanpassung zulässt.

##### bb) Leistungsanpassung in beide Richtungen

Bei der Anpassung der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung wird es sich in der Praxis zumeist um eine *Reduzierung* der Anschlussleistung handeln. Zwingend ist das aber nicht. Stellt der Wärmekunde nach einer Reduzierung der Anschlussleistung fest, dass seine Wohnung im Winter nicht mehr ausreichend warm wird, kann er vom Wärmelieferanten auch wieder eine Erhöhung der Anschlussleistung verlangen. Er hat hierbei lediglich die Begrenzung aus § 3 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV zu beachten, wonach die Änderung nur einmal jährlich mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Kalendermonats erfolgen kann. Auf die Spitze getrieben könnte der Wärmekunde bei einem Wärmelieferungsvertrag mit einer zehnjährigen Laufzeit die Anschlussleistung bis zu neunmal anpassen, ohne dass der Wärmelieferant hiergegen eine rechtliche Handhabe hätte. In der Praxis ergibt eine derart häufige Leistungsanpassung zwar keinen Sinn. Bei der Leistungsanpassung handelt es sich nicht um ein „Ersatz-Thermostat“, an dem der Wärmekunde solange dreht, bis die optimale Raumtemperatur erreicht ist. Rechtlich gesehen wäre eine jährliche Leistungsanpassung aber durchaus möglich.

##### cc) Fehlende Nachweispflicht

Die Formulierung „keines Nachweises“ in § 3 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV ist weit zu verstehen. Die Leistungsanpassung bedarf nicht nur keines Nachweises, sondern nicht einmal einer näheren Begründung. Ein Bauchgefühl genügt. Der Kunde kann Leistungsanpassungen ohne Nennung von Gründen fordern, solange sich der begehrte Leistungswert im 50%-Korridor aus § 3 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV bewegt. Der 50%-Korridor ist dabei stets auf der Grundlage des

<sup>8</sup> Fricke, CuR 2021, 164.

<sup>9</sup> LG Regensburg, Urt. v. 8. 7. 2022 – 34 O 2572/21, CuR 2022, 164 [167].

vertraglichen Ausgangswertes zu berechnen, also der Anschlussleistung, die die Parteien bei Vertragsschluss zugrunde gelegt haben, nicht auf einen erst während der Vertragslaufzeit festgelegten Folgewert. Beispiel: Lag der Anschlusswert bei Vertragsschluss bei 100 kW, kann der Kunde den Wert auf bis zu 50 kW reduzieren, ohne hierfür einen besonderen Nachweis erbringen zu müssen. Er ist ihm hingegen nicht möglich, die Leistung im ersten Jahr von 100 kW auf 80 kW und im zweiten Jahr von 80 kW auf 40 kW mit der Begründung zu reduzieren, dass auch bei der zweiten Reduzierung die 50%-Grenze eingehalten sei. Da die Berechnung auf der Grundlage des vertraglichen Ausgangswertes zu erfolgen hat, beläuft sich die begehrte Leistungsreduzierung auf 60% und ist damit nicht zulässig.

#### **dd) Drosselung als technischer Vorgang**

Kommt es zu einer Leistungsanpassung, ist das primär ein technischer Vorgang. Ein vom Wärmelieferanten beauftragter Monteur fährt zum Kunden und drosselt bzw. erhöht die maximale Heizleistung im Gebäude. Im Falle einer Reduzierung der Leistung erreicht die Raumtemperatur nicht mehr die gleichen Werte wie vorher, was sich insbesondere in den kalten Wintermonaten bemerkbar macht. Dann muss der Kunde entweder frieren oder anderweitig hinzuheizen, zur Not mit einem elektrischen Heizgerät aus dem Baumarkt, bevor er nach Ablauf der Jahresfrist wieder die Erhöhung der Heizleistung beauftragen kann. Die Kosten der Leistungsanpassung (Einsatz des Monteurs) trägt der Kunde. Dabei handelt es sich um einen geringen Einmalbetrag, über den zwischen Wärmelieferant und Kunde selten Streit entsteht.

#### **ee) Reduzierung der Zahlungsverpflichtung**

Mit dem technischen Vorgang der Leistungsanpassung ist es aber nicht getan. Mit dem Anspruch auf Leistungsreduzierung verfolgen die Kunden in der Regel primär (zumindest aber auch) eine Verminderung der Kostenbelastung aus der Wärmelieferung. Eine solche Kostenreduzierung kommt in Fällen in Betracht, in denen die verbrauchsunabhängige Preiskomponente im Wärmelieferungsvertrag als „Leistungspreis“ ausgestaltet ist, also in der Einheit „Euro pro Kilowattstunden (kW) und Monat (bzw. Jahr)“ berechnet wird. Hier wiederum sind Preismodelle besonders betroffen, bei denen die Abrechnung auf der bloßen Vorhaltung der vertraglich vereinbarten Leistung beruht, was zu einem statischen (monatlich gleichbleibenden) Leistungspreis führt. Solche Preismodelle werden vor allem in städtischen Fernwärmegebieten angeboten, die über viele Jahre gewachsen sind und die grundsätzlich jedermann zum Anschluss offenstehen (klassische Fernwärmeversorgung). Die leistungsabhängige Preisgestaltung dient hier dem Wärmelieferanten primär als Kriterium, um seine Kunden in Größenklassen einzuteilen und ihnen einen Preis anzubieten, der ihrer Größe und Kostenverursachung gerecht wird (Schaffung eines gerechten Kostenschlüssels). Es wäre rechtlich angreifbar und

mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Wärmekunden kaum vereinbar, einem Hochhaus mit mehreren hundert Mietparteien und einer entsprechend hohen Heizleistung den gleichen Leistungspreis in Rechnung zu stellen wie einem freistehenden Einfamilienhaus mit einer wesentlich geringeren Heizleistung.

Eine Kostenreduzierung durch Leistungsanpassung ist prinzipiell auch bei Preismodellen möglich, bei denen die Abrechnung auf Basis der vom Kunden *tatsächlich in Anspruch genommenen* (durch Messeinrichtung erfassten) Leistung erfolgt, also nicht – wie beim vorgenannten Preismodell – auf der Basis der vom Wärmelieferanten *vorgehaltenen* Leistung. Hier ergibt sich ein monatlich variabler Leistungspreis. In den Wintermonaten fällt die Kostenbelastung höher aus als in den Sommermonaten. Preismodelle auf der Basis der tatsächlich in Anspruch genommenen Leistung werden wegen der damit verbundenen Kosten für die Installation und den Betrieb entsprechender Messgeräte zumeist bei größeren, gewerblichen Kunden angeboten und sind im privaten Wohnbereich, wie etwa bei Reihenhäusern, nur vergleichsweise selten anzutreffen. Der Anspruch aus § 3 AVBFernwärmeV greift zwar grundsätzlich auch bei solchen Preismodellen, in der Praxis fordern Kunden hier jedoch nur selten eine Leistungsanpassung.

Keine Kostenreduzierung durch Leistungsanpassung lässt sich hingegen bei Preismodellen erreichen, bei denen die verbrauchsunabhängige Preiskomponente nicht als Leistungspreis in der Einheit „Euro pro kW und Monat“ ausgestaltet ist, sondern als Grundpreis in der Einheit „Euro pro Monat“ erhoben wird, dem Preismodell also eine leistungsabhängige Komponente fehlt. Das ist häufig bei Contracting-Modellen der Fall. § 3 AVBFernwärmeV gelangt zwar auch hier grundsätzlich Anwendung. Der Wärmelieferant ist zu einer Drosselung der Leistung verpflichtet, wenn der Kunde das verlangt. Die Leistungsanpassung führt aber nicht zu einer Kostenreduzierung beim Kunden. Das ist auch in der Sache gerechtfertigt. Die vom Wärmelieferanten errichtete Wärmeinfrastruktur (Wärmeerzeugungsanlage und Leitungsnetz) ist auf den Kunden individuell zugeschnitten. Für die Parteien bestand in der Regel kein Erfordernis, die verbrauchsunabhängige Preiskomponente leistungsabhängig auszugestalten, etwa um einen gerechten Kostenschlüssel für eine Vielzahl von unterschiedlich großen Wärmekunden zu schaffen.

#### **b) Leistungsreduzierung aufgrund des Einsatzes erneuerbarer Energien**

Das Recht auf Leistungsreduzierung aufgrund des Einsatzes erneuerbarer Energien ist in § 3 Abs. 2 Alt. 1 AVBFernwärmeV geregelt. Danach ist der Kunde berechtigt, eine Anpassung der Leistung, die eine Reduktion von mehr als 50% im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Leistung darstellt, vorzunehmen, sofern er die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Er hat dabei zu belegen, dass erneuerbare Energien eingesetzt werden sollen.

## aa) Begriff der erneuerbaren Energien

Unter „erneuerbare Energien“ sind unter Rückgriff auf die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 21 EEG 2023<sup>10</sup> Wasserkraft, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie (Erdwärme) sowie Energie aus Biomasse zu verstehen. Allerdings ist bei dieser Aufzählung zu berücksichtigen, dass der Fokus des EEG auf der Stromerzeugung liegt. Bei der im Rahmen der Fernwärmeverordnung maßgeblichen Wärmeerzeugung auf Basis erneuerbarer Energien ist zwar grundsätzlich auf die gleichen Energien abzustellen, in der Praxis sind diese aber nicht im gleichen Maße relevant. Bei der Wärmeerzeugung auf Basis erneuerbarer Energien erfolgt in der Regel ein Rückgriff auf Geothermie, Solarthermie und Biomasse in Gestalt von Holzpellets, Holzhackschnitzeln und Biomethan. Eine Wärmeerzeugung auf Basis von Wasserkraft und Windenergie mag theoretisch möglich sein, hat aber keine nennenswerte praktische Bedeutung.

Eine Sonderstellung nimmt die Luftwärmepumpe ein, von der das LG Regensburg in seinem Urteil vom 8.7.2022<sup>11</sup> meint, ihre Nichterwähnung in § 3 Nr. 21 EEG beruhe auf einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers. Das ist nicht der Fall: Ihre Nichterwähnung im EEG dürfte eher darauf beruhen, dass das EEG auf die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien ausgerichtet ist, während eine Luftwärmepumpe zur Wärmeerzeugung eingesetzt wird. Strom wird hier lediglich als Einsatzenergie (Input) genutzt. Die Luftwärmepumpe wäre daher im EEG geradezu ein Fremdkörper. Bei der Luftwärmepumpe wird man unterscheiden müssen: Hinsichtlich der Nutzung der in der Außenluft gespeicherten Wärme (Umweltwärme) ist die Luftwärmepumpe zweifellos als erneuerbare Energie zu qualifizieren. Da sie aber auch Strom als Einsatzenergie benötigt, hängt ihre Einordnung als Ganzes davon ab, dass auch der Strom auf Basis erneuerbarer Energien erzeugt wird, etwa in einer Photovoltaikanlage auf dem Dach des Gebäudes.

## bb) Ortsnähe der Erzeugung

Um sich auf das Leistungsreduzierungsrecht aus § 3 Abs. 2 Alt. 1 AVBFernwärmeV berufen zu können, muss der Kunde die Wärme auf Basis erneuerbarer Energien ortsnah selbst erzeugen. Das erfordert, dass er eine EE-Anlage (Erneuerbare-Energien-Anlage) auf seinem Grundstück oder in unmittelbarer Nähe zu seinem Grundstück errichtet und betreibt. Es ist ihm hingegen verwehrt, eine Luftwärmepumpe oder eine reine Stromheizung in Betrieb zu nehmen und zu deren Betrieb Ökostrom aus dem öffentlichen Netz zu beziehen (über einen Ökostromtarif eines bundesweit agierenden Stromanbieters). Hier fehlt es an der erforderlichen Ortsnähe. Der Zubau von EE-Anlagen, der als Motiv hinter der Statuierung des Leistungsanpassungsrechts aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV steht, wird über solche Konstrukte nicht bzw. nur mittelbar gefördert.

Zur Klarstellung: Die Nutzung einer Luftwärmepumpe oder einer Stromheizung als solches ist unproblematisch. So hat

der Kunde durchaus die Möglichkeit, sich auf § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV zu berufen, wenn er beabsichtigt, eine Luftwärmepumpe bzw. Stromheizung zu betreiben, die mit Strom versorgt wird, den er in einer Photovoltaikanlage auf dem eigenen Dach oder in einem Biomasse-BHKW im eigenen Heizungskeller erzeugt.

## cc) Ausschluss sonstiger Maßnahmen

Das Leistungsanpassungsrecht aus § 3 Abs. 2 Alt. 1 AVBFernwärmeV greift nur dann, wenn der Kunde die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Andere Maßnahmen am Gebäude (bzw. im Zusammenhang mit dem Gebäude), die ebenfalls zu einer Verringerung des Leistungsbedarfs führen, sind von der Norm nicht erfasst, und zwar selbst dann nicht, wenn sie dem Klimaschutz in vergleichbarer Weise dienen. Das gilt insbesondere für Maßnahmen der energetischen Gebäudesanierung (wie die Dämmung der Gebäudehülle, der Einbau energieeffizienter Fenster oder die Abdichtung von Türen) sowie für die Nutzung der KWK-Technologie, bei der Strom und Wärme effizient gleichzeitig erzeugt werden. Auch ein geändertes Nutzungsverhalten, wie beispielsweise ein erhöhter Leerstand eines Bürogebäudes aufgrund unternehmensinterner Homeoffice-Regelungen, ist nicht ausreichend.

Zur Vermeidung von Missverständnissen: Der Ausschluss sonstiger Maßnahmen im Rahmen des Leistungsanpassungsrechts gemäß § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV bedeutet nicht, dass dem Kunden eine Leistungsanpassung generell verwehrt wäre. Er kann sich in solchen Fällen auf das Recht aus § 3 Abs. 1 AVBFernwärmeV berufen, muss sich mit seinem Anpassungsbegehren aber im Rahmen des durch diese Vorschrift festgelegten 50%-Korridors bewegen.

## dd) Grüne Wärme gegen grüne Wärme

Rechtlich interessant und von erheblicher praktischer Relevanz ist die Frage, ob das Leistungsanpassungsrecht aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV auch in Fällen zur Anwendung gelangt, in denen der Wärmelieferant zur Wärmeerzeugung und Versorgung des Kunden seinerseits erneuerbare Energien einsetzt bzw. ein anderes innovatives Wärmekonzept auf der Grundlage klimafreundlicher Technologien realisiert hat. Hier steht die grüne Wärme, die der Kunde künftig in Eigenregie zu erzeugen beabsichtigt, gegen die grüne Wärme, die der Wärmelieferant in seiner Bestandsanlage erzeugt.

<sup>10</sup> Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21.7.2014, BGBl. 2014 I, 1066; zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.5.2024, BGBl. 2024 I, Nr. 151.

<sup>11</sup> LG Regensburg, Urt. v. 8.7.2022 – 34 O 2572/21, CuR 2022, 164 [167].

Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV ist weit gefasst. Ihm ist keine Beschränkung der Kundenrechte in Fällen zu entnehmen, in denen die Wärmeerzeugung und Versorgung durch den Wärmelieferanten ebenfalls auf der Grundlage erneuerbarer Energien erfolgt. Der Sinn und Zweck der Vorschrift gebietet jedoch eine einschränkende Auslegung: Durch § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV soll der Ausbau erneuerbarer Energien gefördert und ein Beitrag zum Klimaschutz geleistet werden. Nur das rechtfertigt eine Leistungsreduzierung, die über 50% hinausgeht, bzw. eine Kündigung des Wärmelieferungsvertrages unter Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“. Erfolgt die Wärmeerzeugung bereits auf Basis erneuerbarer Energien, führt der Aufbau einer neuen, ebenfalls auf erneuerbaren Energien basierenden Wärmeerzeugung durch den Kunden zu keiner zusätzlichen Emissionsminderung und damit zu keinem Mehrwert für den Klimaschutz.

Die einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV wird auch durch das EU-Recht gestützt.<sup>12</sup> Die Norm dient ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>13</sup> der Umsetzung des Art. 24 Abs. 2 der EE-Richtlinie (RED II). Diese Vorschrift schreibt vor, dass den Wärmekunden auf nationaler Ebene das Recht zugebilligt werden muss, sich durch Kündigung oder Änderung ihres Vertrages vom Fernwärmesystem abzukoppeln, um selbst Wärme auf Basis erneuerbarer Energien zu erzeugen. Eine solche Abkoppelung soll der Vorschrift zufolge aber nur von solchen Fernwärmesystemen möglich sein, die nicht als effizient einzustufen sind bzw. von denen nicht vorgesehen ist, dass sie sich bis zum 31. 12. 2025 auf Grundlage eines von der zuständigen Behörde gebilligten Plans zu einem solchen System entwickeln.

Wann eine effiziente Fernwärmeversorgung vorliegt, ergibt sich aus Art. 2 Nr. 20 der EE-Richtlinie in Verbindung mit Art. 2 Nr. 41 der Richtlinie 2012/27/EU.<sup>14</sup> Danach ist unter einer „effizienten Fernwärmeversorgung“ ein Fernwärmesystem zu verstehen, das mindestens

- 50% erneuerbare Energien
- 50% Abwärme
- 75% KWK-Wärme oder
- 50% einer Kombination dieser Energien und dieser Wärme

nutzt. Die europarechtlichen Vorgaben verlangen also nur dann ein Kündigungsrecht des Wärmekunden, wenn das Bestandssystem, von dem sich der Kunde abkoppeln möchte, gerade kein effizientes Fernwärmesystem darstellt und sich bis Ende 2025 auch nicht dorthin entwickeln soll.

Den EU-Mitgliedstaaten bleibt es zwar grundsätzlich unbenommen, über die Vorgaben einer Richtlinie hinauszugehen und auf nationaler Ebene strengere Vorgaben als europarechtlich gefordert zu erlassen. Im vorliegenden Fall ist ein entsprechender Wille des Ordnungsgebers aber nicht ersichtlich. Wie sich aus der oben zitierten Drucksache des Bundesrates<sup>15</sup> ergibt, wollte der Ordnungsgeber die EU-Richtlinie lediglich umsetzen.

Von daher ist eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV dahingehend geboten, dass das über 50% hinausgehende Leistungsanpassungsrecht nur in solchen Fällen zur Anwendung gelangt, in denen das Bestandssystem, von dem sich der Kunde abkoppeln möchte, die Vorgaben aus Art. 2 Nr. 41 der Richtlinie 2012/27/EU nicht erfüllt.

### ee) Einschränkungen bei Rechtsmissbrauch

Das Leistungsanpassungsrecht in § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV ist zudem in solchen Fällen einzuschränken, in denen der Wärmekunde rechtsmissbräuchlich handelt und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstößt. Diese Voraussetzung liegt insbesondere vor, wenn die Bemessung der Leistung, die der Kunde reduzieren möchte, auf dessen eigener Fachkunde und individuellem Wunsch beruht, also vom Kunden initiiert und in enger Abstimmung mit dem Wärmelieferanten geplant und umgesetzt worden ist.

Beispiel: Ein Investor errichtet im Jahr 2021 ein Wohnquartier mit gasbasierter Energiezentrale, wobei er den Betrieb der Energiezentrale auf einen Contractor auslagert. Bereits ein Jahr später, nach Ausbruch der Gaskrise infolge des Ukraine-Krieges, sieht der Investor Erdgas nicht mehr als zukunftsfähig an und beruft sich gegenüber dem Contractor auf das Leistungsanpassungsrecht bzw. Kündigungsrecht aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV, um sodann in Eigenregie eine Wärmeversorgung auf Basis von Erdwärme zu realisieren.

Dem Kunden ist in einem solchen Fall die Berufung auf § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV verwehrt. Er hat das Wärmeversorgungssystem auf seine eigenen Bedürfnisse zuschneiden lassen und kann nicht innerhalb kürzester Zeit eine Kehrtwende um 180 Grad vollziehen. Alles andere würde darauf hinauslaufen, den finanziellen Schaden aus einer tatsächlichen oder vermeintlichen Fehlinvestition dem Wärmelieferanten zuzuschieben.

### ff) Anforderungen an die Nachweispflicht

Die Ausübung des Leistungsanpassungsrechts gemäß § 3 Abs. 2 Alt. 1 AVBFernwärmeV setzt die Absicht des Kunden voraus, die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien zu ersetzen. Die Anlage zur Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien muss also noch nicht errichtet und in Betrieb gegangen

<sup>12</sup> So auch Klotz, CuR 2024, 1.

<sup>13</sup> Bundesrat (o. Fußn. 7), BR-Drs. 310/21 (Beschluss), S. 15.

<sup>14</sup> Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. EU Nr. L 315 vom 14. 11. 2012, S. 1.

<sup>15</sup> Bundesrat (o. Fußn. 7), BR-Drs. 310/21 (Beschluss), S. 15.

sein. Es muss noch nicht einmal der erste Spatenstich zur Errichtung der Anlage gesetzt sein. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV. Satz 1 spricht vom Willen des Kunden („ersetzen will“). Hätte der Verordnungsgeber eine betriebsbereite EE-Anlage zur Voraussetzung für die Ausübung des Leistungsanpassungsrechts machen wollen, hätte er stattdessen die Worte „ersetzt“ bzw. „ersetzt hat“ verwendet. Satz 2 statuiert die Pflicht, den Einsatz von erneuerbaren Energien zu belegen, wobei durch die Formulierung „eingesetzt werden sollen“ ersichtlich auf einen künftigen und nicht auf einen bereits bestehenden Einsatz abgestellt wird. Darüber hinaus wäre die Belegpflicht eines Willens entbehrlich, wenn die Anlage bereits errichtet und betriebsbereit ist.

Andererseits reicht die „bloße Idee“ des Kunden, die Leistung durch erneuerbare Energien zu ersetzen, nicht aus, um die sehr weitreichenden Rechte aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV zu begründen, und zwar unabhängig davon, ob dem Kunde diese Idee spontan am Morgen unter der Dusche gekommen ist oder ob er sie schon mehrere Monate mit sich herumträgt. Auch die Mitteilung der Absicht an den Wärmelieferanten ist nicht ausreichend, wenn diese Mitteilung lediglich „ins Blaue“ hinein erfolgt und nicht weiter belegt ist.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des BFH zur Inanspruchnahme des Investitionsabzugsbetrages gemäß § 7g EStG<sup>16</sup> wird man die Absicht zur Nutzung erneuerbaren Energien als „innere Tatsache“ werten müssen, deren Feststellung anhand äußerer Merkmale im Wege von Schlussfolgerungen möglich ist. Das stärkste Indiz für die Existenz einer entsprechenden Nutzungsabsicht ist die tatsächliche spätere Errichtung der EE-Anlage. Weitere Indizien können unterzeichnete Aufträge oder das Vorliegen entsprechender Planungen sein, sofern diese eine gewisse Detailtiefe ausweisen. Sogar Angebote können ausreichen. So hat das Landgericht Regensburg in seinem Urteil vom 8.7.2022<sup>17</sup> ein konkretes und detailliertes Angebot eines Heizungsbauers ausreichen lassen, um den Willen des Wärmekunden zur Nutzung erneuerbarer Energien zu bejahen.

Insgesamt dürfen die Anforderungen an die Belegpflicht im Rahmen des § 3 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV nicht überspannt werden, solange die spätere Nichtumsetzung entsprechend sanktioniert wird. Und solche Sanktionen existieren: Setzt der Wärmekunde seine Absicht nicht um, die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien zu ersetzen, indem er vollständig untätig bleibt, würde das Vertragsverhältnis konkludent zu den bisherigen Preisen und Bedingungen fortgeführt.<sup>18</sup> Sollte er die Leistung durch Energien ersetzen, die im Rahmen des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV nicht privilegiert sind, begeht er eine Vertragsverletzung und macht sich gegenüber dem Wärmelieferanten schadensersatzpflichtig.<sup>19</sup> Der Wärmelieferant dürfte zudem einen Anspruch auf Erhöhung der Leistung auf den ursprünglich vereinbarten Wert haben. In Fällen, in denen der Wärmekunde den Einsatz erneuerbarer Energien nur vortäuscht, um sich des unliebsamen Vertrages mit dem Wärmelieferanten zu entledigen, kommt sogar eine Strafbarkeit wegen Betruges (§ 263 StGB) in Betracht.

## gg) Frist für die Ausübung des Leistungsanpassungsrechts

Der Wärmekunde muss bei Ausübung seines Rechts auf Leistungsanpassung aufgrund des Einsatzes erneuerbarer Energien die Vier-Wochen-Frist zum Ende eines Kalendermonats gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV beachten. Die Zwei-Monats-Frist aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV gelangt nur im Falle einer Kündigung des Versorgungsvertrages zur Anwendung. Eindeutig ist die Rechtslage hier aber nicht. Rein sprachlich betrachtet, lässt sich § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV auch dahin auslegen, dass sich die Zwei-Monatsfrist nicht nur auf die Kündigung, sondern auch auf die Leistungsanpassung über 50% bezieht. Es wäre allerdings in der Sache nicht kohärent, die gleiche Handlung (zum einen die Leistungsanpassung bis 50% und zum anderen die Leistungsanpassung über 50%) mit jeweils unterschiedlichen Fristen zu unterlegen. Auch wenn der Eingriff bei einer Leistungsanpassung über 50% größer ist, handelt es sich im Kern um die gleiche Handlung. Anders als bei der Kündigung bleibt bei der Leistungsanpassung der Vertrag zwischen dem Wärmelieferanten und dem Kunden bestehen.

In der Praxis spielt die Frage, welche Frist für die Leistungsanpassung gemäß § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV zur Anwendung gelangt, lediglich eine untergeordnete Rolle. Wer beabsichtigt, die Leistung durch erneuerbare Energien zu ersetzen, bedarf für die Planung und Errichtung seiner EE-Anlage ohnehin eines mehrmonatigen Vorlaufs. Er hat dann faktisch auch die Möglichkeit, die Zwei-Monats-Frist aus § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV einzuhalten.

## 2. Kündigungsrecht

Das Kündigungsrecht ist in § 3 Abs. 2 Alt. 2 AVBFernwärmeV geregelt. Danach ist der Kunde berechtigt, eine Kündigung des Versorgungsvertrages mit zweimonatiger Frist vorzunehmen, sofern er eine Leistungsreduktion um mehr als 50% im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Leistung begehrt und die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Anders als beim Leistungsanpassungsrecht, bei dem das Vertragsverhältnis zwischen dem Wärmelieferanten und dem Wärmekunden bestehen bleibt, wird im Falle der Kündigung das Vertragsverhältnis ab dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung beendet. Dem Kunden wird also das Recht zugestanden, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, und zwar aufgrund eines Umstandes, der ausschließlich in seinem eigenen Einflussbereich liegt und dessen Eintritt von ihm selbst herbeigeführt werden kann. Eine Vertragsverletzung oder ein sonstiges Fehlverhalten des Wärmelieferanten ist nicht erforderlich.

16 Vgl. etwa BFH, Urt. v. 6.4.2016 – X R 15/14, BFHE 254, 209 = BStBl. 2017 II, 298.

17 LG Regensburg, Urt. v. 8.7.2022 – 34 O 2572/21, CuR 2022, 164 [166].

18 So auch LG Regensburg, Urt. v. 8.7.2022 – 34 O 2572/21, CuR 2022, 164 [166].

19 So auch LG Regensburg, Urt. v. 8.7.2022 – 34 O 2572/21, CuR 2022, 164 [166].

Rechtsdogmatisch handelt es sich bei dem Kündigungsrecht gemäß § 3 Abs. 2 Alt. 2 AVBFernwärmeV um ein Sonderkündigungsrecht. Der Ordnungsgeber sieht die Wärmeerzeugung aus erneuerbaren Energien als derart gewichtig an, dass er hierfür eine Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ als tragende Säule des Zivilrechts in Kauf nimmt.

Zur Ausübung des Sonderkündigungsrechts ist allein auf die vom Ordnungsgeber in der Vorschrift selbst aufgestellten Voraussetzungen abzustellen. Ein Rückgriff auf die Grundsätze der außerordentlichen Kündigung (§ 314 BGB) erfolgt nicht. Es ist daher nicht erforderlich, dass ein wichtiger Grund vorliegt, der dem kündigenden Teil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar macht. Auch eine vorherige Abmahnung des Wärmelieferanten bzw. die Setzung einer zur Abhilfe bestimmten Frist ist entbehrlich. Es liegt bereits kein Fehlverhalten des Wärmelieferanten vor, das dieser nach einer Abmahnung durch den Wärmekunden korrigieren könnte.

Hat der Wärmekunde die Kündigung einmal ausgesprochen, kann er diese Entscheidung ohne Zustimmung des Wärmelieferanten nicht mehr rückgängig machen. Die Versorgung des Kunden wird vollumfänglich und endgültig eingestellt. Anders als bei dem Leistungsanpassungsrecht nach § 3 Abs. 1 AVBFernwärmeV ist ein späterer Meinungswechsel in Gestalt einer Leistungserhöhung nicht mehr möglich. Durch die Kündigung ist die vertragliche Grundlage für ein solches Begehren weggefallen. Die wechselseitigen Vertragspflichten leben nur dann wieder auf, wenn sich die Parteien hierauf ausdrücklich verständigen. § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV begründet keinen Kontrahierungszwang.

Für die Kündigung gemäß § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV gelten im Übrigen die obigen Ausführungen zum Leistungsanpassungsrecht (Ziffer III 1) entsprechend, so dass hier auf diese verwiesen werden kann. Wegen der Schwere des Eingriffs in das Vertragsverhältnis ist auch hier die einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 2 AVBFernwärmeV (vgl. oben Ziffer III 1 b dd und ee) geboten.

#### IV. Reform der AVBFernwärmeV

Das BMWK hat am 30.7.2024 den Referentenentwurf<sup>20</sup> einer Verordnung vorgelegt, mit der die AVBFernwärmeV grundlegend reformiert werden soll. Dieser Entwurf sieht auch weitreichende Änderungen in § 3 AVBFernwärmeV vor. Aus zwei Absätzen werden nunmehr sechs Absätze. Die Komplexität der Vorschrift steigt erheblich. Da davon auszugehen ist, dass der Referentenentwurf im weiteren Rechtssetzungsverfahren noch erhebliche Änderungen erfahren wird (die Verordnung muss noch das Bundeskabinett und den Bundesrat durchlaufen) und auch noch nicht gesichert ist, dass die Reform überhaupt in Kraft treten wird (Stichwort: „vorzeitige Beendigung der Ampelkoalition im Herbst“), ist eine ausführliche Befassung mit § 3

AVBFernwärmeV-RefE derzeit nicht angezeigt. Der Inhalt der Neuregelung soll im Folgenden daher lediglich skizziert werden.

#### 1. Grundkonzeption der geplanten Neuregelung

Ein zentraler Punkt der Neuregelung ist die Abschaffung des Rechts auf Leistungsanpassung ohne spezifischen Grund. Das BMWK führt hierzu in der Verordnungsbegründung<sup>21</sup> aus, dass die in der aktuellen Fassung des § 3 Abs. 1 AVBFernwärmeV vorgesehene Möglichkeit für den Kunden, seine Wärmeleistung jährlich ohne weiteren Nachweis bis zum Schwellenwert von 50% zu reduzieren, nicht ausreichend differenziert sei. Im Sinne der Planungssicherheit für Investitionen des Wärmelieferanten müssten abgeschlossene Verträge mit den „vereinbarten Liefermengen“ [sic!] dem Prinzip der Vertragstreue folgend grundsätzlich Bestand haben.

Im Gegenzug will das BMWK die Gründe, die eine Leistungsanpassung rechtfertigen, erweitern. Dabei erfolgt eine gewisse Verzahnung mit den Vorgaben des Gebäudeenergiegesetzes<sup>22</sup> und des Wärmeplanungsgesetzes.<sup>23</sup> Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AVBFernwärmeV-RefE ist der Kunde berechtigt, eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung an seinen tatsächlichen Bedarf zu verlangen, soweit er gegenüber dem Wärmelieferanten nachweist, den Wärmebedarf teilweise durch eine andere Wärmeversorgung als durch Fernwärmeversorgung in Erfüllung der Anforderung aus § 71 Abs. 1 GEG zu decken. Das gilt allerdings nur, wenn die bestehende Wärmeversorgung über ein Wärmenetz erfolgt, das nicht die jeweils geltenden rechtlichen Anforderungen nach §§ 29 bis 32 WPG und Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2023/1791<sup>24</sup> erfüllt.

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AVBFernwärmeV-RefE besteht das Leistungsanpassungsrecht darüber hinaus in Fällen, in denen der Kunde nachweist, dass er durch Effizienzmaßnahmen, die den Endenergiebedarf des Gebäudes senken, insbesondere

20 BMWK, Referentenentwurf einer Verordnung zur Änderung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme und zur Aufhebung der Verordnung über die Verbrauchserfassung und Abrechnung bei der Versorgung mit Fernwärme oder Fernkälte, Stand: 25.7.2024, im Internet abrufbar unter [www.bmwk.de](http://www.bmwk.de)

21 BMWK (o. Fußn. 20), S. 53 [zu § 3 AVBFernwärmeV].

22 Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz – GEG) vom 8.8.2020, BGBl. 2020 I, 1728; zuletzt geändert durch Gesetz vom 16.10.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 280.

23 Gesetz für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze (Wärmeplanungsgesetz – WPG) vom 20.12.2023, BGBl. 2023 I, Nr. 394.

24 Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.9.2023 zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955 (Neufassung), ABl. EU Nr. L 231 vom 13.9.2023, S. 1.

energetische Gebäudesanierungen und Betriebsoptimierungen oder geänderte Nutzungsanforderungen, dauerhaft weniger Leistung benötigt. Anders als in den Fällen der Nr. 1 setzt das Anpassungsrecht nach Nr. 2 nicht voraus, dass die bestehende Wärmeversorgung über ein Wärmenetz erfolgt, das nicht den jeweils geltenden rechtlichen Anforderungen aus §§ 29 bis 32 WPG bzw. Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie 2023/1791 entspricht.

Die weite Formulierung in § 3 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AVBFernwärmeV-RefE, die „Betriebsoptimierungen“ und „geänderte Nutzungsanforderungen“ als Gründe für eine Leistungsanpassung anerkennt, und der Verzicht auf das Erfordernis, dass die Wärmeversorgung aus einem nicht rechtskonformen Wärmenetz erfolgen muss, führen dazu, dass die geplante Neuregelung dem aktuellen § 3 Abs. 1 AVB-FernwärmeV im praktischen Ergebnis nahekommt, dem Kunden womöglich sogar noch weitergehende Rechte gewährt werden als bisher. Gewiefte Kunden werden geänderte Nutzungsanforderungen ohne größere Mühe darlegen und beweisen können.

Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV-RefE ist im Fall der Leistungsanpassung der leistungsabhängige Anteil des Grundpreises entsprechend zu ändern. Satz 3 bestimmt, dass eine Rückerstattung von geleisteten Zahlungen des Kunden für Baukostenzuschüsse und Hausanschlusskosten nicht erfolgt. Satz 4 enthält eine Bagatellregelung. Danach soll Satz 1 keine Anwendung auf Fälle finden, in denen die begehrte Leistungsanpassung weniger als 5% der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung beträgt.

Das Kündigungsrecht des Kunden findet sich in § 3 Abs. 3 AVBFernwärmeV-RefE wieder. Danach ist der Kunde im Falle des Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 berechtigt, den Versorgungsvertrag zu kündigen, wenn er den Wärmebedarf vollständig durch eine andere Wärmeversorgung in Erfüllung der Anforderung aus § 71 Abs. 1 GEG decken will. Aus der Anknüpfung an Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 ergibt sich, dass die Kündigung voraussetzt, dass die bisherige Wärmeversorgung des Kunden aus einem nicht rechtskonformen Netz erfolgt.

## 2. Weitere Neuregelungen

Fristen und Nachweise sind in § 3 Abs. 4 AVBFernwärmeV-RefE geregelt. Danach sollen die Leistungsanpassung nach Absatz 2 und die Kündigung nach Absatz 3 künftig jeweils mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalendermonats erfolgen (was gegenüber der aktuellen Rechtslage eine Verlängerung der Frist darstellt). Der Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 soll künftig mittels Unternehmererklärung nach § 96 Abs. 1 GEG und, soweit einschlägig, mittels Bestätigung nach § 96 Abs. 4 GEG möglich sein.

Gemäß § 3 Abs. 5 AVBFernwärmeV-RefE soll der Wärmelieferant bei der Anpassung des leistungsabhängigen Anteils des Grundpreises nach Absatz 2 Satz 2 berechtigt sein, die unmittelbar durch die Anpassung oder Kündigung verursachten

Kosten oder den nicht abbeschriebenen Teil der Vermögenswerte, die für die Wärmeversorgung des betreffenden Kunden erforderlich waren, zu berücksichtigen oder, im Falle der Kündigung nach Absatz 3, eine angemessene Ausgleichszahlung zu verlangen. Das alles gilt allerdings nur, wenn sich der mit dem Kunden bestehende Vertrag innerhalb der vereinbarten Grundlaufzeit („Erst-Vertragslaufzeit“) befindet und es sich um ein Wärmenetz mit einer thermischen Gesamtnennleistung von unter 20 Megawatt handelt.

§ 3 Abs. 6 AVBFernwärmeV-RefE sieht einen Anwendungsausschluss vor. Danach sind Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 und Absatz 3 nicht anzuwenden im Falle der Versorgung aus einer Wärmeerzeugungsanlage zur Versorgung eines einzelnen Gebäudes oder im Falle eines Gebäudenetzes oder Kleinstnetzes. Ein „Gebäudenetz“ ist gemäß der Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 4 Nr. 4 AVBFernwärmeV-RefE in Verbindung mit § 3 Nr. 9a GEG ein Netz zur ausschließlichen Wärmeversorgung von mindestens zwei und bis zu 16 Gebäuden und bis zu 100 Wohneinheiten. Ein „Kleinstnetz“ ist gemäß § 1 Abs. 4 Nr. 5 AVBFernwärmeV-RefE ein Wärmenetz, das nicht mehr als 100 Hausanschlüsse oder eine Wärmeabnahme von nicht mehr als 2 MWh je laufenden Meter der Fernwärmetrasse aufweist.

Der Anwendungsausschluss für einzelne Gebäude, Gebäudenetze und Kleinstnetze durch § 3 Abs. 6 AVBFernwärmeV-RefE schafft eine Erleichterung für kleinere Versorgungsstrukturen, die durch Leistungsanpassungen und Kündigungen besonders stark betroffen werden.

## V. Schlussbetrachtung

§ 3 AVBFernwärmeV in seiner aktuellen Fassung räumt den Wärmekunden weitreichende Rechte ein. Insbesondere das Recht, Leistungsanpassungen um bis zu 50% zu verlangen, ohne hierfür einen Nachweis erbringen zu müssen, sowie das Kündigungsrecht bei Einsatz erneuerbarer Energien sind ein scharfes Schwert in der Hand der Kunden. Wärmelieferanten sehen sich erheblichen Risiken ausgesetzt. Sie laufen Gefahr, dass sich die von ihnen in die Wärmeinfrastruktur getätigten Investitionen nicht amortisieren, wenn Kunden nicht nur vereinzelt, sondern im größeren Umfang (etwa infolge eines Dominoeffekts) von ihren Rechten Gebrauch machen.

Die geplante Neufassung des § 3 AVBFernwärmeV im Rahmen der Reform zielt darauf ab, die Interessen beider Seiten besser auszubalancieren. Das Recht des Kunden, Leistungsanpassungen ohne Nachweis zu verlangen, soll abgeschafft werden; zugleich werden jedoch neue Gründe eingeführt, auf die Kunden künftige Leistungsanpassungsverlangen stützen können. Der Regelungsumfang der Vorschrift wird weiter erhöht, was weder den Interessen der Wärmelieferanten noch der Wärmekunden dient und die praktische Handhabbarkeit der Norm erschwert. Das ist aber häufig der Preis, wenn gegenläufige Interessen zum Ausgleich gebracht werden sollen.