

## Bericht zum Workshop

### „Fernwärmepreise im Fokus des Kartell- und Regulierungsrechts“

Am 13. November 2024 veranstaltete das Institut für Energiewirtschaftsrecht der Universität zu Köln (EWIR) zum siebten Mal in diesem Jahr einen Workshop. Dieser war gleichzeitig der vierte und für dieses Jahr letzte Workshop zur Fernwärme-Reihe des Instituts. Vorausgegangen waren Veranstaltungen zum [Anschluss- und Benutzungszwang](#), zum [BGH-Urteil zum Fernwärmenetz Stuttgart](#) sowie zu [aktuellen Fragen zu § 24 AVBFernwärmeV](#). Thema des vierten Workshops waren die Fernwärmepreise im Fokus des Kartell- und Regulierungsrechts.

Hierzu referierten *Dr. Marc Bataille*, Generalsekretär der Monopolkommission, *Christian Ewald*, Vorsitzender der 8. Beschlussabteilung des Bundeskartellamts, und *Dr. Boris Scholtka*, Head of Energy Germany und Partner bei Addleshaw Goddard, die zu Beginn des Workshops von *Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)*, Direktor des EWIR, begrüßt und vorgestellt wurden.

Zur Erreichung der Dekarbonisierungsvorgaben plant die Bundesregierung, den Anteil der mit Fernwärme versorgten Haushalte bis 2045 zu verdreifachen und die zur Wärmeerzeugung genutzten Rohstoffe auf grüne Energieträger umzustellen. Hierfür ist im Gebäudeenergiegesetz und im Wärmeplanungsgesetz ein deutlicher Ausbau und eine Verdichtung der Fernwärmenetze vorgesehen. Fernwärmeunternehmen sind, Stand heute, typischerweise vertikal integrierte Unternehmen, die Erzeugung, Durchleitung und Vertrieb in einer Hand vereinen. Dabei agieren sie in aller Regel als örtlich begrenzte, natürliche Monopolisten, deren Kunden durch die hohen Anschaffungskosten alternativer Wärmeerzeugungssysteme typischerweise lange bei ihrem Fernwärmeversorger bleiben. Entflechtungsvorgaben oder Zugangsregulierungen wie im Strom- und Gasbereich existieren aktuell nicht. Ein Wettbewerb um Wärmekunden findet nur vorgelagert als Systemwettbewerb bei der Kundenentscheidung zwischen Fernwärme, Gas, Öl, Wärmepumpe oder sonstigen Wärmeerzeugungssystemen statt. Allerdings droht der Systemwettbewerb bei fortschreitender Dekarbonisierung an Bedeutung zu verlieren. Diese Ausgangsbedingungen haben – auch angesichts derzeit vielerorts steigenden Fernwärmepreisen – den Ruf nach einer verschärften Kartellrechtskontrolle auf den Plan gerufen. Die drohende zukünftige Verschärfung der Wettbewerbsprobleme wirft die Frage nach

einer über die Kartellrechtskontrolle hinausgehenden (Preis-)Regulierung der Fernwärme auf. Diesen und anderen Fragen sollte auf dem Workshop nachgespürt werden.

Den Auftakt zur Veranstaltung machte *Dr. Bataille*, welcher unter der Überschrift „**Bedarf für eine wettbewerbsorientierte Weiterentwicklung der Fernwärmeregulierung**“ einige zentrale Ergebnisse der Fernwärmeuntersuchung aus dem 25. Hauptgutachten der Monopolkommission vorstellte. In seinem Vortrag zeichnete er zunächst die oben dargestellten Rahmenbedingungen der Fernwärme nach und skizzierte die derzeitige und zukünftig verschärft zu erwartende schwache Fernwärmepreiskontrolle durch den Wettbewerb selbst. Die in Fernwärmeverträgen zur Bestimmung von Folgepreisen verwendeten Preisgleitklauseln ermöglichten keine Disziplinierung bei der Preishöhe und wiesen ferner Defizite bei der zivilrechtlichen Durchsetzung auf. Auch die kartellrechtliche Preishöhenkontrolle der anfänglichen Basispreise begegne im behördlichen Verfahren methodischen Schwierigkeiten und eine zivilrechtliche Rechtsdurchsetzung sei bisher faktisch unmöglich.

Im Folgenden stellte er drei mögliche Lösungsvorschläge vor, die ebenfalls im Rahmen der Fernwärmeuntersuchung im 25. Hauptgutachten der Monopolkommission erarbeitet wurden. Erstens sollte mehr Transparenz durch verbindliche Vorgaben über Preise, Stückelröse und kostenrelevante Merkmale der Fernwärmenetze ermöglicht werden. Die aktuelle freiwillige Branchenlösung ([waermepreise.info](http://waermepreise.info)) böte eine solche Transparenz nicht hinreichend an. Ein transparenter Marktüberblick sei sowohl für Haushalte als auch für die Aktivierung der zivilrechtlichen Missbrauchsaufsicht und für Wissenschaft und Politik erforderlich. Als zweite kurzfristige Verbesserungsmöglichkeit schlug *Dr. Bataille* eine stärkere Betonung des Marktelements in den Preisgleitklauseln vor. Diese würden aktuell meist noch das Kostenelement stärker gewichten. Diese Kostenweitergabe führe allerdings zu geringeren Effizienzreizen für die Fernwärmeunternehmen. Drittens stellte *Dr. Bataille* ausführlich die Idee einer vereinfachten Price-Cap-Regulierung in der mittleren Frist vor. Die einzuführende Preisobergrenze müsste, so *Dr. Bataille*, jährlich auf Basis eines neu zu schaffenden Indexes oder durch Bindung an die Preise für Wärmepumpenstrom angepasst werden. Indem eine Überschreitung des Price-Caps durch die Unternehmen sachlich zu rechtfertigen wäre, würde auf diese ein Effizienzdruck ausgeübt. Eine entsprechende Price-Cap auf Grundlage des Gaspreises existiere beispielsweise in den Niederlanden und in Dänemark sei ein Price-Cap auf Grundlage des Wärmepumpenstroms geplant. Nach der Ansicht von *Herrn Dr. Bataille* biete ein Price-Cap verschiedene Vorzüge gegenüber Preisgleitklauseln, etwa den Schutz von

Mietern, die selbst oft nicht Vertragspartner von Fernwärmeanbietern sind. So werde der Gesamtpreis und nicht nur die Preisentwicklung gedeckelt. Der Referent beendete seinen Vortrag mit einem kurzen Ausblick auf die Fragen, mit denen sich die Monopolkommission im Sektorgutachten Energie beschäftigt, welches im Jahr 2025 veröffentlicht wird und die sich z. B. in Bezug auf den Zugang Dritter zum Fernwärmenetz stellen.

Im zweiten Vortrag der Veranstaltung referierte *Christian Ewald*, nach einem kurzen Hinweis, dass er sich nicht zu laufenden Verfahren äußern werde, zu **dem Stand und den möglichen Reformoptionen der Preisaufsicht im Fernwärmesektor**. Angesichts dessen, dass *Herr Dr. Bataille* die wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen bereits hinreichend erörtert hatte, beschränkte sich *Herr Ewald* auf die Betonung der Voraussetzungen einer erfolgreichen Wärmewende. Diese hänge angebotsseitig von einer ausreichenden Investitionssicherheit für erforderliche Neu-, Aus- und Umbauvorhaben der Fernwärmenetze ab. Die Erfahrungen mit dem Gebäudeenergiegesetz (GEG) hätten jedoch gezeigt, dass für eine erfolgreiche Wärmewende auch die primär von der Frage der Bezahlbarkeit abhängende Verbraucherakzeptanz unverzichtbar sei. Diese könne durch eine effektive Preisaufsicht deutlich gestärkt werden. Den ersten Themenschwerpunkt seines Vortrages bildete die Darstellung des (kartell-)rechtlichen Rahmens der Preisaufsicht im Fernwärmesektor. Hier ging er kurz auf die „Preisaufsicht“ im Rahmen der AVBFernwärmeV ein und erörterte sodann ausführlicher die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 29 GWB. Diese könne behördlich durch das Bundeskartellamt (BKartA) und Landeskartellbehörden sowie zivilrechtlich durchgesetzt werden. *Herr Ewald* sprach sodann über das Vergleichsmarktkonzept und die Kostenkontrolle als methodische Ansätze zur Feststellung einer missbräuchlichen Preishöhe. Die Anwendung der Beweislastumkehr des § 29 GWB sei bisher auf das Vergleichsmarktkonzept im behördlichen Verfahren begrenzt. Die noch ohne die erst 2022 für den Fernwärmebereich eingeführte Beweislastumkehr gem. § 29 GWB in der Vergangenheit geführten Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamtes unter Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts hätten gezeigt, dass dieses Konzept aufgrund der erheblichen strukturellen Unterschiede zwischen den Fernwärmeversorgern sehr komplex sei und teilweise an Grenzen stoße. Mit der Beweislastumkehr obliege es nunmehr Unternehmen, behördlich festgestellte Preisunterschiede zwischen grundsätzlich vergleichbaren Anbietern zu rechtfertigen. Wegen des weiterhin geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes der Kartellbehörden erhöhe sich durch die Beweislastumkehr für die Unternehmen dadurch aber primär der

Mitwirkungs-, Darlegungs- und Rechtfertigungsdruck, um die Situation eines *non liquet* zu vermeiden. Den zweiten Schwerpunkt des Vortrags bildeten die Vorschläge von *Herrn Ewald* zur Weiterentwicklung des Ordnungsrahmens. Dieser sah aufgrund der Besonderheiten der Fernwärme eine Preisregulierung als nicht zielführend an. Insbesondere sah er, anders als *Dr. Bataille*, auch bei vereinfachten Regulierungsansätzen wie einem Price-Cap die Gefahr von Regulierungsversagen. Zum einen würde ein Price-Cap Unternehmen mit deutlich niedrigeren Preisen potentiell Fehlanreize zu Preiserhöhungen und eine Annäherung an die Price-Cap bieten. Zum anderen wäre die voraussichtlich notwendige Überprüfung denkbarer sachlicher Rechtfertigungsgründe für Preise oberhalb des Price-Cap ebenfalls sehr aufwändig. *Herr Ewald* schlug daher einen Dreiklang von Maßnahmen vor. In Übereinstimmung mit *Dr. Bataille* forderte er erstens erweiterte Vorgaben hinsichtlich Preis- und insbesondere auch Kostentransparenz. Diese würden zum einen das Kundenvertrauen und die Kundenakzeptanz fördern und zum anderen die zivilrechtliche Überprüfung der Vorgaben der AVBFernwärmeV sowie die Identifikation von Verdachtsfällen im Rahmen der kartellbehördlichen Missbrauchsaufsicht erleichtern. Zweitens setzte er sich für klare Vorgaben zu den zulässigen Preisbestandteilen ein. Hierdurch würde zum einen die Transparenz und Vergleichbarkeit von Preisen gesteigert. Zum anderen könnten die Vorgaben perspektivisch den Anknüpfungspunkt für weitere Vorgaben zu Kalkulationsgrundsätzen für die einzelne Preisbestandteile bieten. Drittens befürwortete der Referent eine Stärkung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch Ausweitung der Beweislastregelung des § 29 GWB auf die Methodik der Kostenkontrolle und durch eine Erhöhung der Ressourcenausstattung der Kartellbehörden. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht böte bei einem deutlich niedrigeren Ressourcenaufwand gegenüber der Price-Cap Regulierung insbesondere den Vorteil einer größeren Einzelfallorientierung und Konzentration auf hinreichend klare Verdachtsfälle für eine missbräuchliche Preisüberhöhung.

Den letzten Vortrag der Veranstaltung mit dem Thema „**Wettbewerb auf dem Wärmemarkt der Zukunft – Preisgestaltung, Preiskontrolle und AVB-Novelle**“ präsentierte *Dr. Scholtka*. Der Referent zeichnete zunächst die gleiche wirtschaftliche und politische Ausgangslage der Fernwärme auf. Mit Blick auf die Preisgestaltung betonte er, dass deren Herausforderung darin bestehe die richtige Balance zwischen einem attraktiven Preis für den Kunden und einem Preis für das Unternehmen zu finden, der diesem eine Refinanzierung und einen auskömmlichen Gewinn ermögliche. Sodann stellte er die AVB-Novelle in den Mittelpunkt seines Vortrages und gab im Ausgangspunkt einen kurzen Überblick über die Gründe für die Neuregelung sowie

die maßgeblichen Änderungen im Verordnungs-Entwurf. Im Anschluss an den Überblick erörterte *Dr. Scholtka* die Änderungen des Verordnungs-Entwurfs am § 24 AVBFernwärmeV im Detail. Dabei betonte er die Bedeutung von Preisgleitklauseln einerseits als Instrument des Verbraucherschutzes und andererseits als wichtiges Instrument zur Anpassung der Preise über lange Vertragslaufzeiten. Dabei arbeitete er heraus, dass die Neuregelung keine hinreichenden Antworten auf die richtige Gewichtung von Marktelement und Kostenelement und keine Regelungen zum Leistungspreis enthalte. Die geplante Aufnahme des Musterbeispiels einer Preisgleitklausel durch den Verordnungsgeber enthalte zwar eine mögliche Gewichtung von Markt- und Kostenelement, Abweichungen hiervon seien aber weiterhin zulässig. Es sei keineswegs so, dass die schematische Verteilung von 50:50 zwingend eine gleichwertige Gewichtung beider Formelelemente darstelle. Die systematische Verortung in Absatz 2 sei zudem nicht richtig. Auch bliebe es unklar, welche genaue Reichweite das Regelbeispiel der Musterformel habe. Im Fall des § 24 Abs. 2 AVBFernwärmeV habe das Wärmeversorgungsunternehmen die Beweislast der wirtschaftlichen Betriebsführung zu tragen. Schließlich erörterte *Dr. Scholtka* § 24a AVBFernwärmeV-E, welcher unter bestimmten Voraussetzungen die einseitige Änderung der Preisänderungsklausel durch das Fernwärmeversorgungsunternehmen gestatte. Zu diesen Situationen gehöre insbesondere der sog. Fuel-switch. Die Neuregelung hebe das aktuell geltende Verbot der einseitigen Änderung von Preisänderungsklauseln durch öffentliche Bekanntmachung nach § 24 Absatz 4 AVBFernwärmeV in konsequenter Fortentwicklung der BGH-Rechtsprechung auf. Der Referent würdigte den § 24a AVBFernwärmeV-E insgesamt kritisch, da dieser nur zwei mögliche Szenarien zur einseitigen Änderung der Preisänderungsklausel enthalte, in der Praxis aber weitere Szenarien bestünden. Aufgrund der ausdrücklichen Regelung der Zulässigkeit einer einseitigen Preisänderung durch öffentliche Bekanntmachung in (nur) zwei Fällen dürfte nach der Novelle kein Raum mehr für die aktuell noch mögliche teleologische Reduktion des bisherigen Verbots einer einseitigen Preisänderung durch öffentliche Bekanntmachung für bestimmte Fälle in Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung mehr möglich sein. Gerade angesichts des kontinuierlichen Umbaus der Energiewirtschaft in der Transformation und einer Vielzahl gesetzlicher Neuregelungen sei diese Beschränkung nicht nachvollziehbar. *Dr. Scholtka* schloss seinen Vortrag mit dem Fazit, dass die AVB-Novelle zahlreiche offene Fragen unbeantwortet lasse und daher nicht der erhoffte große Wurf sei. Insbesondere verpasse es die Novelle, einen geeigneten Rechtsrahmen für die notwendigen Investitionen in die Fernwärmenetze zu bilden. Im Übrigen widersprach der Referent den Ausführungen

der Monopolkommission zur Regulierung des Fernwärmemarktes mit verschiedenen Maßnahmen, wie z.B. einer Price-Cap-Regulierung, der Entflechtung von Erzeugung und Netzbetrieb und Vertrieb. Dies sei unpraktikabel aufgrund der mit Strom und Gas nicht vergleichbaren Strukturen und würde ggf. Preisfindungsproblematiken auf die Erzeugungsebene verlagern. Die aktuell vorgeschlagenen Maßnahmen hinsichtlich Transparenz (Markttransparenz und Transparenzanforderungen an die Unternehmen), die Preiskontrolle durch die Mechanismen der AVBFernwärmeV sowie die kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften des § 19 und 29 GWB seien ausreichend.

Den Vorträgen schloss sich eine ausgiebige, intensiv und kontrovers geführte Diskussionsrunde zwischen den Teilnehmern und den Referenten an. Im Fokus der Diskussion stand die Frage der Einführung von Price-Caps auf Basis von Wärmepumpen-Preisen sowie die Bedeutung des Marktelements in der Preisgleitklausel und die sich daraus ergebenden Folgen für die kartellrechtliche Marktmissbrauchsaufsicht. Außerdem wurde die Frage diskutiert, wie ein geeignetes Maß an Investitionssicherheit erreicht werden könnte. Zu den weiteren zahlreichen Fragen und Themen, die erörtert wurden, gehörte die derzeitige freiwillige Transparenzplattform der Fernwärmebranche, die Frage ob und wie über eine Preistransparenz hinaus auch eine verbesserte Kostentransparenz hergestellt werden soll sowie die Bedeutung des Dreiecks-Verhältnisses zwischen Versorger, Eigentümer und Mieter bei der Wärmewende und schließlich das Thema der Berücksichtigungsfähigkeit unternehmerischer Risikoversorge in der Preisaufsicht.

Ein geselliger Ausklang mit Buffet und Kölsch, ermöglicht mit freundlicher Unterstützung der Kanzlei Addleshaw Goddard, rundete die gelungene und mit rund 100 in Präsenz und digital Teilnehmenden erneut gut besuchte Veranstaltung ab.

Für das kommende Jahr sind zwei weitere Workshops zum Thema Fernwärme geplant. Außerdem freut sich das Institut mit dem 4. Energierechtstag in NRW auf die Rückkehr dieser etablierten Tagung nach Köln. Über sämtliche Veranstaltungen informieren wir Sie wie gewohnt auf den üblichen Wegen.

**Infos zum Institut und Slides zur Veranstaltung:** <https://ewir.jura.uni-koeln.de>

**Infos und Aufnahmeantrag zum Förderverein:** <https://ewir.jura.uni-koeln.de/foerderverein>