



## Anpassungen der Preisänderungsvorschriften in der geplanten Novelle der AVBFernwärmeV 2024

DokNr. 24086118

RA Dr. Julian Asmus Nebel und RA Dr. Mirko Sauer, Berlin<sup>1</sup>

Auf den Tag zwei Jahre nachdem das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) eine Novellierung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) in Aussicht gestellt und hierzu bereits einen Referentenentwurf angefertigt hatte<sup>2</sup>, soll nun mit einem neuen, im Vergleich zur Voraufgabe teils erheblich ergänzten Referentenentwurf (mit Stand vom 25.07.2024<sup>3</sup>) abermals zu einer umfassenden Novelle der AVBFernwärmeV Anlauf genommen werden (nachfolgend AVBFernwärmeV-E).

Die erste Anhörung der Länder und Verbände ist bereits erfolgt. Nach einer zweiten Anhörungsrunde soll noch im Spätsommer 2024 das Bundeskabinett mit dem Entwurf befasst werden. Mit einem Inkrafttreten soll Ende des Jahres 2024 zu rechnen sein.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den geplanten Neuregelungen für die Abfassung und Änderung von Preisänderungsklauseln in den §§ 24, 24a AVBFernwärmeV-E 2024.

### 1. Wesentliche Änderungen im Überblick

Seit ihrem Inkrafttreten am 01.04.1980 ist die AVBFernwärmeV nur punktuell angepasst worden. Relevante Neuregelungen der letzten Jahre betrafen insbesondere die im Oktober 2021 eingeführten Vorschriften zur Steigerung der Transparenz und zur messtechnischen Erfassung der Wärmelieferung, die zum Großteil aber in die neu geschaffene Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung (FFVAV) überführt und durch Verweisungen in der AVBFernwärmeV auch für die Fernwärmeversorgung unter allgemeinen Ver-

sorgungsbedingungen relevant wurde.<sup>4</sup> Zuletzt wurde in Anbetracht der im Jahr 2022 virulenten Gasversorgungskrise mit der Einführung des § 24 Abs. 5, 6 und 7 AVBFernwärmeV ein gesetzliches Recht zur zeitlichen Vorverlagerung vertraglich vereinbarter Preisanpassungen geschaffen.<sup>5</sup>

Die im aktuellen Referentenentwurf vorgesehene Regulationsstruktur des § 24 AVBFernwärmeV-E soll weitgehend neugestaltet werden. Die Norm fokussiert sich nunmehr auf Preisänderungsklauseln und wird von den derzeit noch in den § 24 AVBFernwärmeV integrierten Regelungen zu Abrechnungen entkernt. So wird der derzeit in § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV bestehende Verweis auf die Bestimmungen der FFVAV gestrichen. Im Rahmen der Novelle wird die FFVAV aufgehoben,

<sup>1</sup> Die Autoren sind Rechtsanwälte bei Brahms Nebel Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Berlin.

<sup>2</sup> Referentenentwurf einer „Verordnung zur Änderung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme“ vom 25.07.2022.

<sup>3</sup> 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 und Fernkälte“ vom 25.07.2024.

<sup>4</sup> Verordnung zur Umsetzung der Vorgaben zu Fernwärme und Fernkälte in der Richtlinie (EU) 2018/2002 sowie in der Richtlinie (EU) 2018/2001 vom 28.09.2021 (BGBl. I 4591).

<sup>5</sup> Erste Verordnung zur Änderung der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 13.07.2022 (BGBl. I 1134).

die materiellen Regelungsinhalte der FFVAV bleiben unverändert bestehen und werden in unterschiedliche Regelungen der AVBFernwärmeV verschoben.

Die Regelungsinhalte der FFVAV über die Abrechnung des Energieverbrauchs und die Bereitstellung von Abrechnungsinformationen einschließlich Verbrauchsinformationen nach den §§ 4 und 5 FFVAV – auf die der § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV in der derzeitigen Fassung verweist – sollen nunmehr einheitlich in § 25 und § 25a AVBFernwärmeV-E integriert werden.

§ 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV in der derzeitigen Fassung über Preisänderungen innerhalb eines Abrechnungszeitraumes und bei Änderung des Umsatzsteuersatzes wird systematisch in den neuen § 25 Abs. 2 AVBFernwärmeV-E verschoben. Inhaltliche Änderungen sind mit der Verschiebung nicht verbunden. Der bisherige § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV wird zu § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV-E und dabei neu gefasst. In ihm werden die Grundanforderungen an Preisänderungsvorschriften normiert, er bildet nunmehr den Kern der Vorgaben der Preisänderungsvorschriften bei Wärmelieferungen.

Der im Rahmen der letzten AVBFernwärmeV-Novelle im Oktober 2021 eingefügte Satz 4, wonach eine Änderung einer Preisänderungsklausel nicht einseitig durch öffentliche Bekanntgabe erfolgen darf, wird gestrichen. § 24 Abs. 2 AVBFernwärmeV-E stellt klar, dass Versorger alternativ zur Abbildung ihrer Kostenentwicklung durch die Verwendung von Indizes auch direkt auf die tatsächliche Kostenentwicklung Bezug nehmen können. Der bisherige § 24 Abs. 5 bis 7 AVBFernwärmeV wird zu § 24 Abs. 3 bis 5 AVBFernwärmeV-E; ohne dass mit der Verschiebung größere Änderungen vorgenommen werden.

Mit § 24a AVBFernwärmeV-E soll eine Neuregelung eingeführt werden, die eine einseitige Änderung von Preisänderungsklauseln ermöglicht. Die dem FVU ansonsten – neben einvernehmlichen Vertragsanpassungen – zur Verfügung stehende Alternative, die Kündigung und der Neuabschluss aller bestehenden Einzelverträge, ist aufgrund der zumeist gegebenen Vielzahl an Verträgen sehr aufwändig.

## 2. Neuregelungen zu Preisänderungsklauseln (§ 24 AVBFernwärmeV-E)

### a. Allgemeiner Grundsatz zur Aufstellung von Preisänderungsklauseln (Abs. 1 Satz 1)

Die bislang in § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV geregelten zentralen Prinzipien von Preisänderungsvorschriften im Wärmebereich werden in § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV-E klarer gefasst, bleiben aber inhaltlich unverändert. Preisänderungsklauseln dürfen hiernach nur so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Wärme (Kostenelement) als auch die jeweiligen Bedingungen auf dem Wärmemarkt (Marktelement) angemessen berücksichtigen. Dieser Grundsatz wird in den folgenden Sätzen weiter konkretisiert und ausgeformt und soll dabei in Kontinuität zu den Vorgaben der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung stehen.<sup>6</sup>

### b. Vorgaben zur Festlegung eines Kostenelements

Mit den geplanten Neuregelungen in § 24 Abs. 1 Sätze 2, 3 und 6 sowie § 24 Abs. 2 AVBFernwärmeV-E soll das Gebot der

kostenorientierten Preisbildung, welches bislang in § 24 Abs. 4 Satz 1 nur kursorisch benannt wird, konkretisiert werden. Die Ergänzungen sollen sicherstellen, dass FVU ihre Preise an ihren tatsächlichen Beschaffungs-, Erzeugungs- und Verteilungsstrukturen orientieren.<sup>7</sup> Eine substantielle Rechtsänderung ist damit nicht verbunden.

### aa. Erste Gestaltungsvariante: Verwendung von Indizes

Wie bislang soll eine Möglichkeit zur Gestaltung von Preisänderungsklauseln darin bestehen, die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch die Verwendung von Indizes abzubilden.

#### (1.) Grundsätzliche Zulässigkeit der Verwendung von Indizes

In § 24 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV-E wird daher zunächst klargestellt, dass die Verwendung von Indizes für den Gesamtpreis oder verschiedene Preisbestandteile zulässig ist. Ausweislich der Entwurfsbegründung stellt die Verwendung von Indizes sicher, dass FVU individuelle, überproportionale Kostenentwicklungen nicht ohne Abstriche auf die Kunden überwälzen können, da die verwendeten Indizes für einen Durchschnitt vergleichbarer FVU stehen.<sup>8</sup> Eine nähere Beschreibung darüber, welche Qualität ein Preisindex haben muss, findet sich allerdings im Wortlaut der Regelung nicht. An anderer Stelle (im Kontext des zum Regelbeispiel für ein taugliches Marktelement erhobenen Wärmepreisindex) wird in der Entwurfsbegründung zwar ausgeführt, dass der Wärmepreisindex besonders geeignet sei, weil er die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt „behördlich geprüft“ wiedergibt.<sup>9</sup> Ob damit Börsenpreisnotierungen, die nicht vom Statistischen Bundesamt, sondern z. B. von der EEX herausgegeben werden, als mit einem gewissen Makel behaftet anzusehen sein sollen, bleibt aber offen. Man wird aber zumindest zu fordern haben, dass die verwendeten Preisindizes öffentlich zugänglich sind.

#### (2.) Einschränkung „angemessene Genauigkeit“

In seiner Rechtsprechung hat der BGH herausgearbeitet, dass das Gebot der Kostenorientierung (§ 24 Abs. 4 Satz 1 bisherige Fassung) einen zumindest „*abstrakt-generellen Gleichlauf*“ der versorgerseitig zu tragenden Brennstoffbezugskosten und der kundenseitig zu tragenden Preiskomponente der Wärmeerzeugungskosten verlangt.<sup>10</sup> Hiervon ausgehend widerspricht die Verwendung eines Index, der sich anders entwickelt als die Kosten des tatsächlichen Brennstoffbezugs und der zu einer erheblichen Gewinnsteigerung des FVU führt, den Anforderungen der Kostenorientierung. Der Referentenentwurf greift diesen Ansatz auf. Nach § 24 Abs. 1 Satz 3 AVBFernwärmeV-E müssen die vom FVU verwendeten Indizes die tatsächlich eingesetzten Energieträger und die jeweilige Beschaffungsstruktur des FVU „*mit angemessener Genauigkeit abbilden*“. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff weicht zwar sprachlich von der vom BGH benutzten Formulierung („*abstrakt-genereller Gleichlauf*“) ab. Aber dass der Ordnungsgeber damit hinter den bisherigen Standards der höchstrichterlichen Rechtsprechung zurückbleiben wollte, lässt sich allerdings nicht feststellen. Die Bestimmungen in § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV-E sollen schließlich

<sup>7</sup> Begründung, S. 63.

<sup>8</sup> Begründung, S. 63.

<sup>9</sup> Begründung, S. 64.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 18. 12. 2019 – VIII ZR 209/18, Rn. 34.

<sup>6</sup> Begründung, S. 63.

gerade mit Rücksicht auf und in Kontinuität zur höchstrichterlichen Rechtsprechung konkretisiert werden.<sup>11</sup> Wünschenswert wäre es aber, wenn im Verordnungsgebungsprozess noch konkretisierende Regelungen zur kontinuierlichen Prüfungs- und Nachweispflicht der FVU über die Einhaltung der „angemessenen Genauigkeit“ zwischen Preisindizes und realen Kostenentwicklungen getroffen werden.

### (3.) Keine mehrfache Weitergabe von treibhausgasemissionsbezogenen Kosten

Nach § 24 Abs. 1 Satz 6 AVBFernwärmeV-E soll hinsichtlich des Kostenelements die Weitergabe gesonderter Kosten für Treibhausgasemissionen ausgeschlossen sein, soweit diese bereits in den verwandten Indizes berücksichtigt sind. Eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden. Denn ausgehend von dem auch schon derzeit geltenden Gebot der kostenorientierten Preisbildung versteht es sich eigentlich von selbst, dass die Steigerung von bestimmten Kosten nicht mehrfach an die Kunden weitergegeben werden dürfen. In der Praxis musste man allerdings beobachten, dass viele FVU die im Jahr 2021 eingeführte CO<sub>2</sub>-Bepreisung nach dem BEHG meist unter Rückgriff auf die in ihren Verträgen geregelte Steuer- bzw. Abgabeklausel 1:1 auf die Kunden weiterwälzten; nicht selten durch die Einführung eines neuen Arbeitspreises für CO<sub>2</sub>. Diese Praxis ist dann problematisch, wenn in den bestehenden Preisänderungsklauseln Indizes verwendet werden, welche die auf den Erdgasbezug staatlich erhobenen Steuern, Abgaben und Umlagen und damit auch die CO<sub>2</sub>-Abgabe nach dem BEHG enthalten.<sup>12</sup> Das führt dazu, dass dieselben Kostensteigerungen bei der Preisänderung mehrfach berücksichtigt werden, was dem Gebot der kostenorientierten Preisbemessung nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV widerspricht. Mit der geplanten Neuregelung in § 24 Abs. 1 Satz 6 AVBFernwärmeV-E wird insofern nur eine Klarstellung vorgenommen. Es wäre allerdings wünschenswert, wenn die Regelung im Verfahren noch weiter konkretisiert wird und sich auch zu der Frage der Aufteilung von CO<sub>2</sub>-Kosten bei KWK-Anlagen verhalten würde. Denn nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV bzw. § 24 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV-E dürfen Preisänderungsklauseln nur so ausgestaltet sein, dass das FVU zu Preiserhöhungen nur bei nachträglichen Kostenerhöhungen bei der Erzeugung und Bereitstellung „der Fernwärme“ berechtigt ist. Eine vollständige Wälzung von nachträglichen Mehrkosten auf den Wärmepreis und eine damit verbundene Quersubventionierung der Stromsparte dürfte damit ausgeschlossen sein. Hiervon ausgehend muss(t)en die nachträglichen staatlichen Mehrkosten für die Treibhausgasemissionen zwischen den Kopplungsprodukten Wärme und Strom aufgeteilt werden.

#### bb. Zweite Gestaltungsvariante: Weitergabe der realen Kosten

Auch nach der bisher geltenden Rechtslage ist die Verwendung von Preisindizes in Preisänderungsklauseln für Fernwärmelieferungen keineswegs zwingend. Den FVU steht es frei, Preisänderungen nur auf der Basis der Entwicklung ihrer tatsächlichen Kosten eintreten zu lassen. Im Hinblick auf das Gebot zur

kostenorientierten Preisbildung liegt diese Vorgehensweise sogar ungleich näher. Mit der Neuregelung in § 24 Abs. 2 AVBFernwärmeV-E wird diese Gestaltungsvariante konkretisiert und den FVU in gewisser Weise sogar anempfohlen.

#### (1.) Möglichkeit zur echtkostenbasierten Preisänderung

§ 24 Abs. 2 Satz 1 AVBFernwärmeV-E regelt, dass ein FVU anstelle von Indizes auch die Entwicklung seiner tatsächlichen Kosten zugrunde legen kann. Ausweislich der Entwurfsbegründung sollen die FVU die Kostenentwicklung damit „wirklichkeitsnäher“ rekonstruieren können.<sup>13</sup> Für bestimmte Erzeugungsarten (z. B. Abwärme oder Geothermie) gebe es im Übrigen auch keine öffentlich zugänglichen Indizes auf die bei der Gestaltung von Preisänderungsklauseln zurückgegriffen werden könnte.

#### (2.) Einschränkung Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Gewissermaßen als Korrekturfaktor wird in § 24 Abs. 2 Satz 2 AVBFernwärmeV-E allerdings geregelt, dass sich das FVU auf die Weitergabe seiner Kosten nur berufen könne, soweit die Kosten bei wirtschaftlicher Betriebsführung nicht hätten vermieden werden können. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll das FVU dabei „den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz“ zu berücksichtigen haben.<sup>14</sup> Die Neuregelung erinnert unwillkürlich an den bei der Netzentgeltregulierung im Strom- und Gasbereich anzuwendenden Grundsatz der Kosteneffizienz (vgl. § 21 Abs. 2 Satz 1 EnWG). Ob sich hieraus eine ähnliche strenge Anwendungspraxis ergibt, bleibt abzuwarten. Ein Brennstoff- bzw. Primärenergieeinkauf über dem Marktpreis wird man jedenfalls regelmäßig als Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots zu behandeln haben. Für die FVU dürfte sich daraus die Notwendigkeit ergeben, die Primärenergie marktorientiert zu beschaffen und sich hierfür eine Vielzahl von Angeboten einzuholen. Der Abschluss von langfristigen Verträgen mit dem Risiko einer günstigeren Marktpreisentwicklung könnte sich in diesem Kontext als problematisch erweisen. Nach dem sich aus der Entwurfsbegründung ergebenden Vorstellungsbild des BMWK soll das FVU im Streitfall darzulegen und zu beweisen haben, dass die zugrunde gelegte, tatsächliche Kostenentwicklung nicht durch wirtschaftlichere Betriebsführung hätte vermieden werden können; was gleichermaßen für den Fall der übermäßigen Kostenerhöhung wie für den Fall einer unangemessenen Kostensenkung gelten soll.<sup>15</sup>

#### (3.) Transparente Kostenausweisung

Aus Transparenzgründen wird das FVU nach § 24 Abs. 2 Satz 3 AVBFernwärmeV-E verpflichtet, dem Kunden die tatsächlichen Verhältnisse im Hinblick auf die Kostenentwicklung allgemein verständlich darzustellen und diese Darstellung jeweils zum Zeitpunkt der Preisänderung im Hinblick auf den zurückliegenden Abrechnungszeitraum zu aktualisieren, insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Senkung der Kosten.

#### (4.) Muster Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis

In einer Anlage zur AVBFernwärmeV soll künftig eine Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis in der Gestaltungsvariante der Weitergabe der tatsächlichen Erzeugungs- und Beschaffungsstruktur geregelt werden. Andere Klauselgestaltungen bleiben

<sup>11</sup> Begründung, S. 63.

<sup>12</sup> Dies war z. B. der Fall beim Gaspreisindex für Erdgas bei Abgabe an Handel und Gewerbe lfd. Nr. 633, veröffentlicht vom Statistischen Bundesamt in Wiesbaden in Fachserie 17, Reihe 2.

<sup>13</sup> Begründung, S. 64.

<sup>14</sup> Begründung, S. 65.

<sup>15</sup> Begründung, S. 65.

zwar zulässig. Aber ausweislich der Entwurfsbegründung soll die verordnungsrechtliche vorgefasste Musterklausel den Charakter eines Regelbeispiels haben.<sup>16</sup> Wird eine Preisänderungsklausel gemäß der Anlage zur Verordnung genutzt, gelten die Anforderungen nach § 24 Abs. 1 AVBFernwärmeV-E in Bezug auf den Arbeitspreis als erfüllt (§ 24 Abs. 2 Satz 4 AVBFernwärmeV-E). Sollte dieser Regelungsentwurf beibehalten werden, ist anzunehmen, dass sich die FVU wohl überwiegend schon aus Gründen der Rechtssicherheit für die verordnungsgeberisch vorgeschlagene Klauselgestaltung entscheiden werden.

### c. Vorgaben zur Festlegung eines Marktelementes

Der BGH hat mit Urteil vom 01.06.2022 ausgeführt, dass eine Anpassungsklausel zum Arbeitspreis, mit dem die konkret abgenommene Wärmemenge vergütet wird, zwingend ein Marktelement aufweisen muss.<sup>17</sup> Mit dieser Besonderheit wollte der historische Ordnungsgeber angesichts der häufig monopolartigen Stellung von Versorgungsunternehmen gegenüber einer rein kostenorientierten Preisanpassung (wie etwa nach § 24 Abs. 3 Satz 1 AVBWasserV) gewährleisten, dass FVU durch Anpassungen des Wärmepreises nicht beliebig ihre Kosten weiterreichen können, sondern sich aufgrund der Einbeziehung der Verhältnisse am Wärmemarkt – womit der allgemeine, das heißt der sich auch auf andere Energieträger erstreckende Wärmemarkt gemeint sei<sup>18</sup> – dem Vergleich mit anderen Energieanbietern stellen müssen und so einen Anreiz haben, die Wärmeversorgung effizient zu gestalten. Die Auswahl eines geeigneten Marktelements hat sich in der Vergangenheit häufig als zentraler Streitpunkt erwiesen. Mit der geplanten Novelle soll in § 24 Abs. 1 Satz 4 AVBFernwärmeV-E nun ein weiteres Regelbeispiel eingeführt werden. Hiernach soll das abverlangte Marktelement „in der Regel“ durch Bezugnahme auf den vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Wärmepreisindex (Code CC13-77)<sup>19</sup> angemessen berücksichtigt werden. Die Aufwertung des Wärmepreisindex zum Regelbeispiel wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Vielzahl der in der Vergangenheit verwendeten unterschiedlichen Marktelemente zur Verunsicherung der Kunden beigetragen und teilweise den Eindruck entstehen haben lassen, dass die Fernwärmepreise nicht transparent seien. Gleichzeitig seien aus der Nutzung verschiedenster Wärmepreisindizes keine grundlegenden Vorteile im Hinblick auf die Ausgestaltung der Wärmepreisentwicklung zu erkennen. Vor diesem Hintergrund soll die Verordnung mit dem Regelbeispiel des besagten Wärmepreisindex eine Lösung vorsehen, die die Preisentwicklung auf dem Wärmemarkt umfassend und behördlich geprüft wiedergibt und in der Praxis leicht anwendbar und weit verbreitet ist.<sup>20</sup> Dieser Index soll die jeweiligen Verhältnisse auf dem gesamten Wärmemarkt auch angemessen darstellen, indem er sowohl die Kosten der häufigsten Formen der Eigenversorgung (Betriebskosten für Gas- und Öl-

zentralheizungen) als auch der gewerblichen Wärmeversorgung (Fernwärme) berücksichtigt.<sup>21</sup>

Diese Neuregelung wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Nach der Rechtsprechung des BGH weist die Norm des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV den beiden Bemessungsfaktoren (Kosten- und Marktelement) an sich den gleichen Rang zu, was im Grundsatz eine jeweils hälftige Gewichtung (50:50) von Kostenelement einerseits und Marktelement andererseits bedingt,<sup>22</sup> wovon nur aus Gründen der Verhältnismäßigkeit in näher zu begründenden Sonderfällen abgewichen werden kann. Im Referentenentwurf wird die Frage der Gewichtung zwischen dem Kosten- und Marktelement nicht gesondert problematisiert. In der in der Anlage des Entwurfs geregelten Musterklausel wird eine Gewichtung von 50:50 vorgeschlagen; was auch mit Blick auf die gesetzliche Fiktion des § 24 Abs. 2 Satz 4 AVBFernwärmeV-E (s. o.) nahelegt, dass das BMWK in Entsprechung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Grundsatz von dem Erfordernis einer Gewichtung von 50:50 ausgeht. Eine Abweichung von diesem Grundsatz wird andererseits aber auch nicht gänzlich ausgeschlossen.

Als besonders problematisch dürfte sich der Wärmepreisindex im Fall der Wärmeversorgung mit elektrischen Wärmepumpen bei Grünstrombezug oder anderen nicht-fossilen Erzeugungsarten erweisen. Die Verwendung des Wärmepreisindex, der zum Großteil noch auf die Preisentwicklungen fossiler Wärmeerzeugungsarten Bezug nimmt, würde nicht nur die zwischen dem FVU und dem Kunden verabredete Versorgung mit nicht-fossil erzeugter Wärme widersprechen, sondern für den Kunden ggf. zu erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen führen können, wenn die Kosten und die damit verbundenen Verbraucherpreise für fossile Fernwärme über denen für grüne Wärmeversorgungsleistungen liegen. Solange es keinen geeigneten Preisindex für vergleichbare grüne Fernwärme gibt, werden die FVU zu erwägen haben, andere Wärmemarktrepräsentanten zu verwenden und insofern im Interesse ihrer Kunden auf die Anwendung des Regelbeispiels „Wärmepreisindex“ zu verzichten. Denkbar wäre es auch, eine geringere Gewichtung des Wärmepreisindex zu wählen. An dieser Stelle zeigt sich, dass die Konzeption der Gestaltung von Preisänderungsklauseln auch im Referentenentwurf noch nicht ganz zu Ende gedacht ist.

### d. Transparenzgebot

Das bislang in § 24 Abs. 4 Satz 2 geregelte Transparenzgebot wird beibehalten und konkretisiert. Eine Rechtsänderung ist damit nicht verbunden. Nach § 24 Abs. 1 Satz 5 AVBFernwärmeV-E muss die Berechnungsformel zur Ermittlung der Höhe der jeweiligen Preisänderungen in allgemein verständlicher Form gefasst sein, alle Berechnungsfaktoren vollständig und nachvollziehbar ausweisen sowie eindeutige Hinweise auf die Quellen der verwendeten Indizes enthalten. Ausweislich der Entwurfsbegründung müssen diese Quellen tatsächlich verfügbar sein oder gemacht werden. Eine nur kurzzeitige oder vorübergehende Bereitstellung genügt den Transparenzanforderungen nicht.<sup>23</sup>

16 Begründung, S. 65.

17 BGH, Urteil vom 01.06.2022 – VIII ZR 287/20, Rn. 30.

18 BGH, Urteil vom 13.07.2011 – VIII ZR 339/10, Rn. 21; BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 175/19, Rn. 58; vgl. auch BT-Drs. 16/4391, S. 27.

19 Klassifikation des Verwendungszweckes des Individualkonsums, Sonderpositionen (CC13B1), Tabelle 61111-0006, Code CC13-77; veröffentlicht in der GENESIS-Online Datenbank (<https://www-genesis.destatis.de/genesis/online>).

20 Begründung, S. 64.

21 Begründung, S. 64.

22 BGH, Urteil vom 19.07.2017 – VIII ZR 268/15, Rn. 15; BGH, Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 344/13, Rn. 21; BGH, Urteil vom 27.09.2023 – VIII ZR 249/22, Rn. 28.

23 Begründung, S. 64.

Eine weitere Transparenzsteigerung soll durch die in § 1a Abs. 3 AVBFernwärmeV-E geregelte Pflicht der FVU herbeigeführt werden, ein interaktives Tool (Berechnungsinstrument) zum mathematischen Nachvollzug der verwendeten Preisänderungsklausel bereitzustellen. Das Berechnungstool (z. B. Excel-Datei<sup>24</sup>) muss auf einer dem FVU zurechenbaren Internetseite oder auf einer gemeinsamen Internetplattform, auf die das FVU auf einer ihm zurechenbaren Internetseite verweist, leicht auffindbar sein. Von der Pflicht entbunden sind gemäß § 1a Abs. 4 AVBFernwärmeV solche Versorgungskonstellationen, bei denen eine Erzeugungsanlage zur Versorgung eines einzelnen Gebäudes, eines Gebäudenetzes oder eines Kleinstnetzes eingesetzt wird.

### e. Geltung der Preisvorschriften für Wärmelieferverträge

Von den beschriebenen Vorschriften zur Gestaltung von Preisänderungsklauseln (§ 24 AVBFernwärmeV-E) kann auch abgewichen werden. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 AVBFernwärmeV-E kann (wie bislang) ein Wärmeliefervertrag auch zu allgemeinen Versorgungsbedingungen abgeschlossen werden, die von den §§ 2 bis 34 AVBFernwärmeV abweichen, wenn der Versorger einen Vertragsabschluss zu den allgemeinen Bedingungen der AVBFernwärmeV angeboten hat und der Kunde mit den Abweichungen ausdrücklich einverstanden ist. Möglich sind auch (weiterhin) Individualvereinbarungen im Sinne von § 305b BGB.

Von den Vorgaben des § 24 kann in diesen beiden Fällen grundsätzlich abgewichen werden.<sup>25</sup> Für Verträge mit Verbrauchern i. S. d. § 13 BGB soll allerdings mit der Neuregelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 AVBFernwärmeV-E die Einschränkung gelten, dass die Abweichungen von den Bestimmungen der §§ 2 bis 34 nicht zum Nachteil des Kunden erfolgen dürfen. Der Verbraucher darf nicht schlechter gestellt werden als dieser durch die Regelungen der AVBFernwärmeV stünde. Günstigere Versorgungsbedingungen bleiben aber weiter möglich<sup>26</sup>; was ggf. bei der von § 24 abweichenden Gestaltung von Preisänderungsklauseln für die Versorgung aus Wärmepumpen von Relevanz werden könnte.

### f. Übergangsregelungen

Die Neuregelungen in § 24 sollen nach der in § 36 Abs. 1 AVBFernwärmeV-E vorgesehenen Übergangsregelung nach Ablauf von 18 Monaten nach Inkrafttreten der Verordnung anzuwenden sein. Die Pflicht zur Bereitstellung eines interaktiven Berechnungstools (§ 1a Abs. 3 AVBFernwärmeV-E) ist hiernach allerdings erst nach Ablauf eines Jahres nach Inkrafttreten der Verordnung anzuwenden.

## 3. Einseitige Anpassung von Preisänderungsklauseln bei Energieträgerwechsel oder Änderung der Beschaffungsstruktur (§ 24a AVBFernwärmeV-E)

Mit § 24a AVBFernwärmeV-E soll eine neue Regelung zur Anpassung von Preisänderungsklauseln bei einem Wechsel des Energieträgers oder einer Änderung der Beschaffungsstruktur eingefügt werden. § 24a AVBFernwärmeV-E ermöglicht – unter

bestimmten Voraussetzungen – eine einseitige Änderung von Preisänderungsklauseln. In der Begründung des Entwurfs hat das BMWK die Vorgabe aus der Rechtsprechung zu Anpassung von Preisänderungsklauseln aufgenommen und erklärt, dass die geänderte Preisanpassungsklausel den Anforderungen des § 24 genügen müsse.<sup>27</sup> Nach dem BGH ist es mit den Vorgaben und dem Regelungsziel von § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV nicht nur vereinbar, sondern unter dessen Berücksichtigung vielmehr sogar geboten, dass ein Versorger nach § 4 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV befugt und – soweit das Kundeninteresse dies erfordert – sogar verpflichtet ist, Preisänderungsklauseln auch während laufender Versorgungsverhältnisse anzupassen.<sup>28</sup>

§ 24a AVBFernwärmeV-E ersetzt die Regelung in § 24 Abs. 4 Satz 4 AVBFernwärmeV, welche (wieder) gestrichen werden soll. Nach § 24 Abs. 4 Satz 4 AVBFernwärmeV (der derzeit geltenden Fassung) darf eine Änderung einer Preisänderungsklausel nicht einseitig durch öffentliche Bekanntgabe erfolgen. Diese Regelung ist mit der letzten Novelle im Oktober 2021 in § 24 eingefügt worden.<sup>29</sup> Der Ordnungsgeber hatte hierzu erklärt, die Regelung sei eine klarstellende Regelung, die eine einseitige Änderung einer Preisänderungsklausel durch öffentliche Bekanntgabe ausschließe. Dies diene der Rechtssicherheit und erhöhe die Akzeptanz auf Seiten der Verbraucher.<sup>30</sup> Mit der Aufnahme der Regelung wollte der Ordnungsgeber den zum Zeitpunkt der Novelle noch vor dem BGH anhängigen Streit darüber (vorab) entscheiden, ob grundsätzlich und vor allem ob auf Grundlage von § 4 Abs. 2 AVBFernwärmeV Preisänderungsklauseln einseitig und insbesondere im Wege der öffentlichen Bekanntgabe geändert werden durften.<sup>31</sup> Der Ordnungsgeber wollte eine aus seiner Sicht i. S. d. Verbraucherschutzes erforderliche Regelung treffen. Nach einer deutlichen Rüge des BGH hatte der Ordnungsgeber diese Entscheidung in der Novelle der AVBFernwärmeV vom Juli 2022 ohne weitere Erklärung wieder zurückgezogen.<sup>32</sup>

Auch im Entwurf der AVBFernwärmeV-Novelle aus dem Juli 2022 war vorgesehen, die Norm des § 24 Abs. 4 Satz 4 AVBFernwärmeV durch einen einzufügenden § 24a AVBFernwärmeV-E 2022 zu ersetzen. Für das vorgesehene Recht des Versorgers auf eine einseitige Anpassung sah der § 24a AVBFernwärmeV-E 2022 in zwei Absätzen vier Schritte vor: Im ersten Schritt musste ein Energieträgerwechsel aufgrund gesetzlicher Vorgaben und Verpflichtungen erfolgen. In diesem Fall sollte das FVU die vereinbarte Preisänderungsklausel einseitig insoweit ändern dürfen, als dass die Berechnungsfaktoren in der Preisänderungsklausel auf den neuen Energieträger angepasst werden durften. Im zweiten Schritt sollte dann die Anpassung der Preisänderungsklauseln auf den neuen Energieträger erfolgen. Dabei konnte die Anpassung der Preisänderungsklauseln nur innerhalb eines Jahres nach dem jeweili-

24 Begründung, S. 50.

25 § 1 Abs. 3 Satz 4 AVBFernwärmeV-E verbietet lediglich eine Abweichung von den Vorschriften § 18 Abs. 1, § 20 Abs. 1 Satz 5, § 25 und § 25a AVBFernwärmeV-E.

26 Begründung, S. 45.

27 Begründung des Referentenentwurfs zur AVBFernwärmeV-Novelle 2022, S. 45.

28 BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 175/19, Rn. 46; Bestätigt in den Entscheidungen BGH, Urteil vom 06.07.2022 – VIII ZR 115/21 und VIII ZR 28/21.

29 Vgl. BR-Drs. 310/21 (Beschl.), S. 19.

30 Vgl. BR-Drs. 310/21 (Beschl.), S. 20.

31 Ablehnend: LG Darmstadt, Urteil vom 05.10.2017 – 15 O 111/16 u. 16 O 110/16; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.03.2019 – 6 U 190/17 u. 6 U 191/17 u. LG Hamburg, Urteil vom 29.11.2019 – 312 O 577/15. Bejahend: LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 22.05.2013 – 3 O 4143/12.

32 Referentenentwurf 2022, S. 45.

gen Energieträgerwechsel ausgeübt werden. Im dritten Schritt sollte die Preisänderung, nämlich die Anpassung des Preises auf den neuen Energieträger, vorgenommen werden. Dabei hatte der Versorger dem Kunden mitzuteilen, inwiefern die Anwendung dieser Preisänderungsklausel zu einer Preissteigerung führt. Als vierten Schritt sollte der Kunde ein Sonderkündigungsrecht ausüben können.

Die Neuregelungen nach dem aktuellen Referentenentwurf (2024) sind anders konstruiert als die Vorversion aus dem Juli 2022; vor allem enthält die aktuelle Version kein Sonderkündigungsrecht des Kunden. Nach § 24a Satz 1 AVBFernwärmeV-E kann ein Versorger, der den eingesetzten Energieträger wechselt oder die jeweilige Beschaffungsstruktur wesentlich ändert, eine zuvor vertraglich vereinbarte Preisänderungsklausel gegenüber dem Kunden einseitig insoweit ändern, als die Berechnungsfaktoren der Preisänderungsklausel, die sich auf den bisherigen Energieträger oder die bisherige Beschaffungsstruktur beziehen, an den neuen Energieträger oder die neue Beschaffungsstruktur angepasst werden. Nach § 24a Satz 2 AVBFernwärmeV-E kann das Änderungsrecht gegenüber dem Kunden nur innerhalb eines Jahres nach dem jeweiligen Wechsel des Energieträgers oder der Änderung der Beschaffungsstruktur mit Wirkung für den nächsten Abrechnungszeitraum in Textform ausgeübt werden. Nach § 24a Satz 3 AVBFernwärmeV-E hat der Versorger den Kunden über den Zeitpunkt und die wesentlichen Umstände der Preisanpassung zu informieren.

In der Begründung des Entwurfs stellt das BMWK klar, dass § 24a AVBFernwärmeV-E nicht abschließend regelt, in welchen Fällen eine Preisänderungsklausel angepasst wird. Die Verpflichtung zur Anpassung einer unwirksamen oder ungültigen Preisänderungsklausel aus anderen Gründen, etwa bei einem Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 24 Abs. 1 Satz 5 AVBFernwärmeV-E bleibe von der Neuregelung in § 24a AVBFernwärmeV-E unberührt.

Im Kontext der Regelung des § 24a AVBFernwärmeV-E wäre es wünschenswert, wenn im Verordnungsgebungsprozess noch klare Regelungen für die Frage getroffen werden, ob und inwiefern auch die Ausgangs(arbeits)preise im Falle eines Energieträgerwechsels angepasst werden können. Dazu verhält sich der Referentenentwurf bislang nicht.

#### 4. Übertragung abrechnungsrelevanter Regelungen nach § 25 und § 25a AVBFernwärmeV-E

In § 25 AVBFernwärmeV-E sind Neuregelungen zur Abrechnung sowie zu Abrechnungs- und Verbrauchsinformationen geplant.

§ 25 Abs. 2 AVBFernwärmeV-E nimmt die frühere § 24 Abs. 3 AVBFernwärmeV auf. § 25 Abs. 3 bis 7 AVBFernwärmeV-E überführen die Regelungen des § 4 Abs. 1 bis 5 FFVAV für den Bereich der Fernwärme in die AVBFernwärmeV und überarbeiten diese lediglich redaktionell. In § 25 Abs. 6 AVBFernwärmeV-E wird die bisherige Übergangsregelung des § 4 Abs. 4 Satz 2 FFVAV zur monatlichen Abrechnungsinformation zum Regelfall erklärt. In § 25a AVBFernwärmeV-E wird § 5 FFVAV für den Bereich der Fernwärme vollständig übernommen und redaktionell überarbeitet. Der ursprüngliche § 25 wird in § 25b AVBFernwärmeV-E mit leichten redaktionellen Änderungen überführt.

In § 25 Abs. 1 Nr. 7 AVBFernwärmeV-E ist vorgesehen, dass der Versorger dem Kunden mit den Rechnungen unentgeltlich und in klarer und verständlicher Form Angaben zu den maßgeblichen Ursachen der Preisänderung zur Verfügung stellen muss, wenn die Anwendung einer Preisänderungsklausel nach § 24 zu einer Preiserhöhung von mehr als 2 Prozent führt. § 25 Abs. 1 Nr. 7 AVBFernwärmeV-E ergänzt und erweitert damit das Transparenzgebot nach § 24 Abs. 1 Satz 5 AVBFernwärmeV-E.

#### 5. Einordnung und Ausblick

Wenngleich mit dem Referentenentwurf nicht sämtliche Fragen zur Gestaltung von Preisänderungsklauseln beantwortet werden, ist dennoch zu begrüßen, dass die maßgeblichen Regelungen künftig zumindest etwas klarer gefasst werden. Abgesehen von der geschaffenen Musterklausel (Anlage zur Verordnung) und der damit verbundenen gesetzlichen Fiktion des § 24 Abs. 2 Satz 4 AVBFernwärmeV-E führt der Referentenentwurf aber im Hinblick auf die Anforderungen zur Gestaltung von Preisänderungsklauseln (§ 24) zu keiner substantziellen Rechtsänderung. Die zu der bislang geltenden Vorschrift des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV ergangene Rechtsprechung dürfte nach jetzigem Entwurfsstand daher auch weiterhin vollumfassende Geltung beanspruchen. Dies gilt auch für den in der Entscheidung des BGH vom 06.04.2022 aufgestellten Grundsatz, wonach die Unwirksamkeit der Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis die Wirksamkeit der Anpassungsklausel zum Bereitstellungspreis nicht berührt.<sup>33</sup> Diese Entscheidung ist von dem neuen Wortlaut des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV-E nicht betroffen. Auch die in den BGH-Entscheidungen vom 26.01.2022 und vom 06.07.2022 bestätigte sogenannte Dreijahreslösung bleibt von dem beabsichtigten neuen Wortlaut des § 24 Abs. 4 Satz 1 AVBFernwärmeV-E unberührt.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> BGH Urteil vom 06.04.2022 – VIII ZR 295/20.

<sup>34</sup> BGH, Urteil vom 26.01.2022 – VIII ZR 175/19; BGH, Urteil vom 06.07.2022 – VIII ZR 115/21 und VIII ZR 28/21).