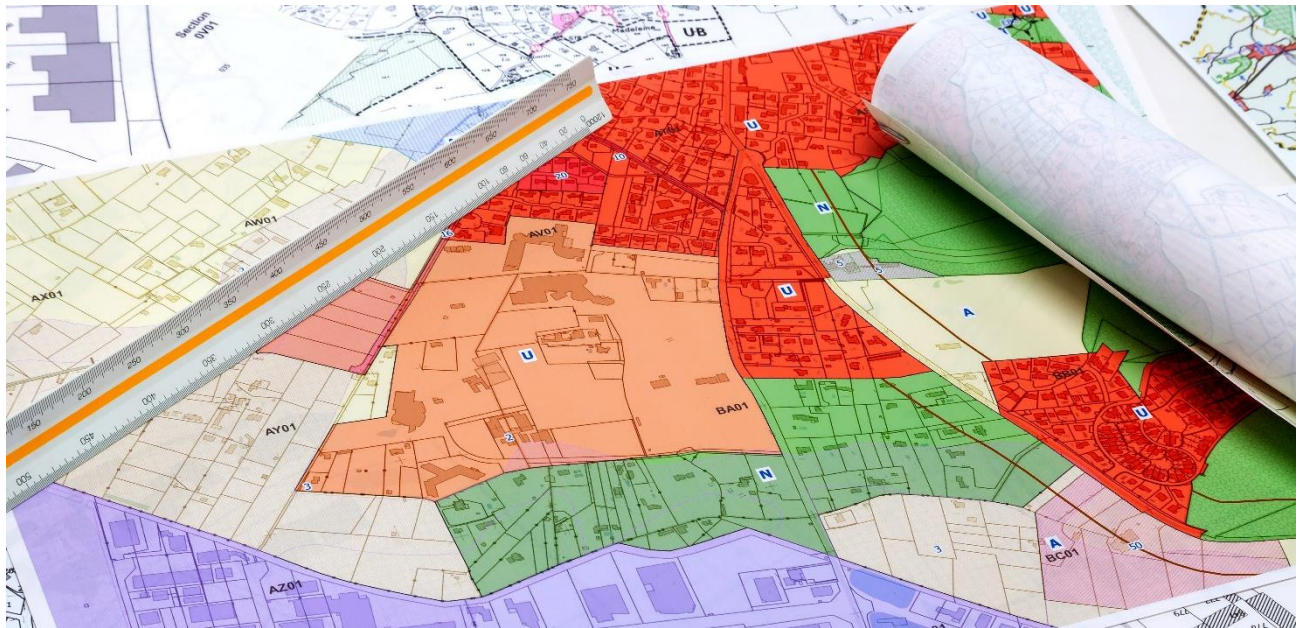


# Vom Plan zur Wirklichkeit: Wie können Kommunen ihre Wärmeplanung rechtssicher umsetzen?



## Zusammenfassung

Am 01.01.2024 ist das Wärmeplanungsgesetz (WPG) in Kraft getreten (BGBl. 2023 I Nr. 394 v. 22.12.2023). Es ist die bundesrechtliche Grundlage zur verpflichtenden kommunalen Wärmeplanung und neben der Änderung des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) der nächste rechtliche Ansatz zur Reduktion von Treibhausgasen im Gebäudesektor.

Obwohl Wärmepläne frühestens zu Mitte 2026 aufzustellen sind, sollten Kommunen frühzeitig damit beginnen und prüfen, wie etwa ein Neu- oder Ausbau von Wärmenetzen rechtlich umgesetzt werden kann. Vor allem städtebauliche Planungen und Überlegungen zum Anschluss- und Benutzungszwang werden dabei eine wesentliche Rolle spielen.

In der Diskussion zur Wärmeplanung wird zudem rechtshemdsärmelig angenommen, Kommunen könnten

im Wärmeplan einfach festlegen, wo Wärmenetze entstehen. Um diese Erwartungshaltung nicht zu enttäuschen, kommen Kommunen nicht umhin, sich mit den rechtlichen Anforderungen des Vergabe- und Wettbewerbsrechts (und möglicher Förderbedingungen) näher auseinanderzusetzen. Für neue Wärmenetze bietet insbesondere eine Konzessionsvergabe Chancen für ein strukturiertes und rechtssicheres Vorgehen.

Kommunen sollten sich beim angestrebten Neu- oder Ausbau von Wärmenetzen insbesondere über folgende rechtliche Umsetzungsinstrumente Gedanken machen:

- Implementierung in Bauleitplanung und/oder Regelungen in städtebaulichen Verträgen
- Anschluss- und Nutzungspflichten durch öffentliche Satzung oder zivilrechtliche Instrumente
- Beauftragung von Wärmenetzbetreibern durch Konzessionsvergaben oder Wegerechtsvergaben oder Aufbau in Eigenregie



## I. Einleitung

Das GEG sieht für Heizungsanlagen einen Mindestanteil von 65 % erneuerbarer Energien oder unvermeidbarer Abwärme vor. An diese Vorgabe sind Eigentümer im Falle eines Heizungs austauschs in der Regel erst nach Ablauf der Fristen für die kommunale Wärmeplanung gebunden.

Das WPG soll im Zusammenspiel mit den Regelungen des GEG die effiziente und treibhausgasneutrale Wärmeversorgung im Gebäudesektor voranbringen und die entsprechende Wärmeversorgung mit hinreichenden Anteilen erneuerbarer Energien oder unvermeidbarer Abwärme im Versorgungsmix gewährleisten. Während das GEG also die Wärmeversorgung in einzelnen Gebäude betrifft, steht im WPG die gemeindeweite Wärmeplanung und -versorgung im Fokus. WPG und GEG bilden somit zwei nebeneinander stehende Säulen der Wärmewende, die inhaltlich miteinander verwoben sind.

Für alle Gemeindegebiete verpflichtet das WPG daher die Bundesländer, sicherzustellen, dass Kommunen bis Mitte 2026 bzw. für Gemeinden mit weniger als 100.000 Einwohnern bis Mitte 2028 kommunale Wärmepläne erstellen. In einigen Bundesländern gibt es bereits entsprechende Verpflichtungen für die Kommunen mit kürzeren Umsetzungsfristen.

In unserem GSK-Update stellen wir den wesentlichen Inhalt des WPG kurz zusammen und erläutern, welche rechtlichen Instrumente Kommunen haben, um ihren Wärmeplan im Zusammenspiel mit den Beteiligten umzusetzen. Denn die Frage nach der Umsetzung stellt sich nicht erst in den Jahren 2026 oder 2028. Bereits im Planungsprozess müssen Kommunen eine Umsetzungsstrategie und konkrete Maßnahmen erarbeiten, damit ihr Plan Wirklichkeit wird.

## II. Wesentlicher Inhalt des WPG

### 1. Wesentlicher Regelungsinhalt

Das WPG richtet sich zunächst nur an die Bundesländer, die sicherstellen müssen, dass auf ihrem Hoheitsgebiet (von den Kommunen) Wärmepläne erstellt werden. Das WPG enthält umfassende Vorgaben für den Inhalt von Wärmeplänen.

Für Gebäude- und Grundstückseigentümer entfalten das WPG und die Wärmeplanung hingegen keine unmittelbare Wirkung – eine Außenwirkung ergibt sich nur mittelbar, durch die Umsetzung der Wärmeplanung mit Hilfe der nachfolgend unter Ziffer III dargestellten Instrumente.

### 2. Inhalt von Wärmeplänen

Ein Wärmeplan ist im Wesentlichen mit folgendem Inhalt aufzustellen:

- Zunächst ist im Rahmen einer Eignungsprüfung zu untersuchen, ob sich Teilgebiete einer Gemeinde mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für die Versorgung durch ein Wärmenetz oder Wasserstoffnetz eignen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 WPG). Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die Siedlungsstruktur vermuten lässt, dass ein Wärmenetz nicht wirtschaftlich betrieben werden könnte (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 WPG).
- Die Bestandsanalyse enthält eine Ermittlung des Wärmebedarfs oder -verbrauchs im Gebiet, der eingesetzten Energieträger, der vorhandenen Wärmeerzeugungsanlagen und der Energieinfrastrukturanlagen (§ 15 WPG).
- Die anschließende Potenzialanalyse stellt quantitativ und räumlich die im Gebiet vorhandenen Potenziale zur Wärmeerzeugung aus erneuerbaren Energien oder zur Nutzung von unvermeidbarer Abwärme sowie zur zentralen Wärmespeicherung dar (§ 16 WPG).
- Schließlich ist ein Zielszenario für ein zu definierendes Zieljahr zu erstellen, das die langfristige Entwicklung der Wärmeversorgung anhand der Indikatoren der Anlage 2, Abschnitt III des WPG abbildet (§§ 17 ff. WPG). Das relevante Gebiet wird dabei in Wärmeversorgungsgebiete mit unterschiedlichen Wärmeversorgungsarten eingeteilt. Eine Pflicht zur späteren Bereitstellung der Wärmeversorgungsart bzw. ein Anspruch Dritter entsteht dadurch nicht (§ 18 Abs. 2 WPG).

Für Gebiete, die bereits (nahezu) vollständig mit erneuerbaren Energien und/oder unvermeidbarer Abwärme versorgt werden, kann die Gemeinde auf eine Wärmeplanung von vornherein verzichten (§ 14 Abs. 6 WPG).



### 3. Fristen

In Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern muss die Wärmeplanung spätestens bis zum Ablauf des 30.06.2026 abgeschlossen sein. Gemeinden mit weniger als 100.000 Einwohnern haben für die Erstellung der Wärmeplanung zwei Jahre länger Zeit bis zum 30.06.2028.

An diese Fristen sind nach einer intensiven politischen Debatte auch die Pflichten der Grundstückseigentümer nach dem GEG für die einzelnen Heizungsanlagen gebunden. Die Anforderungen an Heizungsanlagen, Wärme zu 65 % aus erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme zu erzeugen, ist an die Fristen der Wärmeplanung angepasst (§ 71 Abs. 1 und Abs. 8 GEG). Der Aufschub soll entsprechend bei zu errichtenden Gebäuden außerhalb von Neubaugebieten gelten, sofern es sich um einen Lückenschluss handelt (§ 71 Abs. 10 GEG). Für neue Gebäude in Neubaugebieten, enthält das GEG keine Übergangsfrist.

Das WPG enthält auch Fristen für die Dekarbonisierung von Wärmenetzen und entsprechende Planungen der Wärmenetzbetreiber (§§ 29 ff. WPG). Wärmenetze müssen ab 2030 zu 30 % und ab 2040 zu 80 % aus erneuerbaren Energien oder Abwärme gespeist werden. Bis 2045 müssen sie vollständig klimaneutral sein. Für neue Wärmenetze gilt abweichend bereits ab 2024 ein Mindestanteil von 65 %. Bis Ende 2026 müssen Wärmenetzbetreiber einen Wärmenetzausbau- und Dekarbonisierungsfahrplan vorlegen, der die kommunale Wärmeplanung berücksichtigt (obwohl in kleineren Kommunen zu diesem Zeitpunkt noch keine Wärmepläne vorliegen müssen).

### III. Städtebaurecht

Das WPG macht den Gemeinden keine konkreten Vorgaben dazu, wie die Planung zur Wärmeversorgung im Gemeindegebiet umgesetzt wird. Eine Pflicht zur Errichtung eines Wärmenetzes folgt aus der Wärmeplanung ausdrücklich nicht (§ 27 Abs. 2 WPG). § 27 Abs. 3 WPG bestimmt allerdings, dass die Wärmeplanung im Rahmen bestimmter Abwägungs- und Ermessensentscheidungen zu berücksichtigen sind. Bestehende Wärmepläne werden somit zu einem zu berücksichtigenden öffentlichen Belang, der gemäß dem in § 1 Abs. 7 BauGB nominierten Abwägungsgebot mit anderen öffentlichen und privaten

Belangen in Ausgleich zu bringen ist. Über das Berücksichtigungsgebot in der Abwägung der Bauleitplanung hinaus können Inhalte der Wärmepläne durch konkrete Planinhalte umgesetzt werden.

#### 1. Flächennutzungsplan

Im Rahmen der vorbereitenden Bauleitplanung können Gemeinden Flächen zur Erzeugung erneuerbarer Energien ausweisen und somit die Voraussetzungen für eine klimaschonende Standortentwicklung schaffen.

§ 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BauGB erlaubt etwa die Darstellung von Anlagen und Einrichtungen, die dem Klimawandel entgegenwirken, insbesondere zur zentralen oder dezentralen Erzeugung, Verteilung und Nutzung von Wärme. Dazu gehören Anlagen, die auf erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung basieren. Daneben können auch „sonstige Maßnahmen“, die den Klimaschutz bezwecken, auf der Grundlage von § 5 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BauGB Eingang in Flächennutzungspläne finden. Dies wird der Umsetzung kommunaler Wärmepläne Rechnung tragen.

§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BauGB erlaubt die Darstellung von Flächen für Versorgungsanlagen, wozu auch Abwärmeeinrichtungen zu zählen sind.

#### 2. Bebauungsplan

Unmittelbare Geltung gegenüber dem einzelnen Grundstückseigentümer erlangt die gemeindliche Planung über den mit dem Flächennutzungsplan korrespondierenden Bebauungsplan: Aufgrund der Rechtsverbindlichkeit der enthaltenen Festsetzungen kommt dem Bebauungsplan Außenwirkung zu. Er statuiert für Neubauten und Bestandsbauten – soweit diese baulich verändert werden – verbindliche Vorgaben.

In Bebauungsplänen können unter anderem Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung und Nutzung von Wärme aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung festgesetzt werden (§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB). Zwar können entsprechende Anlagen auch in bestimmten Baugebieten (vor allem in Gewerbe- und Industriegebieten) und ggf. auch als Nebenanlagen nach § 14 Abs. 2 BauNVO zulässig sein. Die Umsetzung von Wärmeplänen wird aber voraussichtlich die gezielte Ausweisung von Versorgungsflächen



für entsprechende Anlagen erforderlich machen. Die Führung von Leitungstrassen ist gesondert auf Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 13 und Nr. 21 BauGB festzusetzen.

Darüber hinaus konnten bei städtebaulichem Erfordernis schon bisher Gebiete festgesetzt werden, in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen der Einsatz von luftverunreinigenden Stoffen beschränkt oder untersagt ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a) BauGB. Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkung kann sich auf die Verwendung fossiler Heizstoffe wie Kohle, Öl oder Holz beziehen (§ 3 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 3 Abs. 2, 4 BImSchG). Außerdem sind Festsetzungen von Gebieten zulässig, in denen für die Errichtung von Gebäuden technische Maßnahmen u.a. für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Wärme aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung vorgesehen werden müssen (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b) BauGB). Beide Festsetzungsmöglichkeiten stehen allerdings im Konkurrenzverhältnis zum Fachrecht des GEG. Festsetzungen im Bebauungsplan sind demnach nicht geeignet, die im GEG enthaltenen Regelungen zum Bestandsschutz von Heizanlagen durch ein Heizstoffverwendungsverbot zu unterlaufen.<sup>1</sup> Sie sind daher vorwiegend für Neubaugebiete denkbar. Hingegen sollten sie für Bestandsbebauung Ausnahmen nach § 31 Abs. 1 BauGB ermöglichen. Ob über die Regelungen des GEG hinaus für einzelne Gebiete ein Anschluss- und Benutzungszwang (dazu sogleich) begründet werden kann, ist im Einzelfall zu untersuchen.

### 3. Städtebauliche Verträge

Kommunen können darüber hinaus Wärmeplänen in städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB zur unmittelbaren Geltung verhelfen. Der Inhalt von Wärmeplänen, etwa die Errichtung und Nutzung von Anlagen zur Erzeugung, Verteilung und Nutzung von Wärme, oder die energetische Qualität von Gebäuden können Gegenstand der Verträge mit Grundstückseigentümern werden (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 5 BauGB).

Voraussetzung ist, dass die Pflichten mit dem Vorhaben im sachlichen Zusammenhang stehen und einen

städtebaulichen Bezug haben. Außerdem müssen Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Wie immer darf sich die Gemeinde nicht im Wege vertraglicher Pflichten ihrer Planungshoheit begeben.

Relevant ist das Mittel städtebaulicher Verträge vor allem bei der Entwicklung oder Revitalisierung großer Flächen oder ganzer Quartiere. Denkbar sind in den Fällen beispielsweise Pflichten, Quartierswärmenetze zu errichten, Wärmegewinnungsanlagen zu installieren oder zu nutzen und die Pflicht, Gebäudestandards umzusetzen.

### IV. Anschluss- und Benutzungszwang

Gemäß § 109 GEG i.V.m. den einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften<sup>2</sup> können Gemeinden zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes durch kommunale Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang<sup>3</sup> für die Nah- und Fernwärmeversorgung in ihrem Gemeindegebiet statuieren. Davon geht auch § 29 Abs. 7 Satz 4 WPG aus. Der Anschluss- und Benutzungszwang könnte damit ebenfalls als Mittel zur Umsetzung der Wärmeplanung in Betracht kommen. Zu beachten ist, dass der Anschluss- und Benutzungszwang nicht als Festsetzung im Bebauungsplan festgeschrieben werden kann. § 9 Abs. 6 BauGB sieht lediglich einen nachrichtlichen Hinweis auf einen aus anderen gesetzlichen Vorschriften bestehenden Anschluss- und Benutzungszwang vor.

Aufgrund der erheblichen Eingriffsqualität eines solchen Anschluss- und Benutzungszwangs sind an die Voraussetzungen hohe Anforderungen zu stellen. Der Anschluss- und Benutzungszwang für die Nah- und Fernwärmeversorgung muss dem Klimaschutz und der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und die Versorgungssicherheit dienen.

Außerdem muss der Anschluss- und Benutzungszwang verhältnismäßig sein. Dies wäre er nicht, wenn er nicht erforderlich wäre, etwa weil ein anderes gleich wirksames, aber die allgemeine Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel zur Erreichung der Klimaschutzziele zur

einschließlich der hierfür erforderlichen Vorrichtungen – herzustellen. Der Benutzungszwang adressiert (unabhängig von den Eigentumsverhältnissen) die Bewohner des Gebäudes und verpflichtet diese zur Nutzung des Anschlusses.

<sup>1</sup> Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Aug. 2023, § 9 Rn. 187, 197a.

<sup>2</sup> Exemplarisch für kommunalrechtliche Ermächtigungen: § 11 Abs. 1 GemO BW und Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 BayGO.

<sup>3</sup> Der Anschlusszwang richtet sich an den Eigentümer eines Gebäudes und umfasst die Pflicht, den Anschluss an die Versorgungseinrichtung –



Verfügung steht. Wie die Erforderlichkeit zukünftig rechtssicher begründet werden kann, da auch dezentrale Wärmeversorgungen nach dem GEG hohe Klimaschutzanforderungen einhalten müssen, bleibt abzuwarten. Außerdem sind insbesondere im Bestand die mit dem Anschluss- und Benutzungszwang verbundenen Kosten in Blick zunehmen, die zusätzlich zu den den bereits getätigten Investitionen des Eigentümers die die Bestandsversorgung anfallen. Regelmäßig wird es daher erforderlich sein, Ausnahme- und Befreiungstatbestände sowie Übergangsregelungen zu schaffen.

Neben dem öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang kann die Kommune je nach Einzelfall auch von zivilrechtlichen Instrumenten Gebrauch machen, um die Nutzung des Wärmenetzes vorzugeben (Dienstbarkeiten, Vereinbarungen in Grundstückskaufverträgen).

#### V. Verbindlichkeit und Rechtsschutz

Mangels unmittelbarer Außenwirkung sind die Wärmepläne ein internes Planungsinstrument, das gegenüber Grundstückseigentümern keine direkte Wirkung entfaltet. Eine Normenkontrolle nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist somit nicht zulässig. Es fehlt an der besonderen Betroffenheit des Rechtsschutzsuchenden in einem subjektiven Recht aufgrund eines konkreten Sachverhalts, da eine Nutzung der im Wärmeplan vorgesehenen Energieversorgung nicht zwingend ist.

Aufgrund der Übergangsfrist des GEG haben Grundstückseigentümer ein wirtschaftliches Interesse an der Aufstellung und Umsetzung von Wärmeplänen. Ob daraus ein Anspruch auf die Erstellung eines Wärmeplans folgt, der bei nicht fristgerechter Planung geltend gemacht werden kann, ist offen. Mangels unmittelbarer gesetzlicher Regelung wäre erforderlich, dass aus den Vorschriften zur Wärmeplanung eine drittsschützende Wirkung entsteht. Dies erscheint eher zweifelhaft.

#### VI. Neue oder erweiterte Wärmenetze – Umsetzungsoptionen der Kommunen

Die Kommunen sollen im Rahmen der Umsetzungsstrategie „von ihr unmittelbar selbst zu realisierenden Umsetzungsmaßnahmen“ entwickeln (§ 20 WPG). Solche

Maßnahmen kommen vor allem für Gebiete in Frage, in denen ein Wärmenetz ausgebaut, verdichtet oder neu gebaut werden soll. Den in Gebieten einer dezentralen Wärmeversorgung, die nicht über ein Wärmenetz oder ein (in der Praxis wohl seltenes) Wasserstoffnetz versorgt werden, bleiben letztlich die einzelnen Eigentümer in der Verantwortung, ihre Heizungsanlagen nach den Vorgaben des GEG zu errichten, zu betreiben und auszutauschen.

#### 1. Umsetzungsoptionen

Beim Neubau von Wärmenetzen gibt es verschiedene Optionen für die Umsetzung:

- Die Kommune kann selbst ein Wärmenetz errichten und betreiben, beispielsweise mit einem Eigenbetrieb.
- Die Kommune kann einen Energieversorger, etwa ein örtliches Stadtwerk, mit dem Bau und dem Betrieb eines Wärmenetzes betrauen (in der Regel eine Konzessionsvergabe).
- Die Kommune überlässt den Bau und Betrieb des Wärmenetzes privater Initiative und räumt lediglich – soweit erforderlich – Wegerechte und Grundstücksnutzungsrechte ein.

Diese Optionen sollten bereits während des Planungsprozesses auf ihre praktische und rechtliche Umsetzbarkeit sowie auf, Vor- und Nachteile geprüft werden.

#### 2. Vergaberecht

Zu beachten sind zunächst die Vorgaben des Vergaberechts, sofern öffentliche Aufträge oder Konzessionen vergeben werden. Dies ist vereinfacht gesagt der Fall, wenn die Kommune ein Unternehmen mit dem Bau und Betrieb eines Wärmenetzes beauftragt. Regelmäßig wird es sich um eine Konzession handeln, da der Betreiber das wirtschaftliche Risiko des Wärmenetzbetriebs tragen soll.

Sofern Kommunen einen Anschluss- und Benutzungszwang begründen, müssen sie nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen hinreichenden Einfluss auf die Wärmeversorgung ausüben können, da sie ihre Einwohner zur Nutzung verpflichten.<sup>4</sup> Dies setzt gesellschaftsrechtliche oder vertragliche Einflussrechte

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 06.04.2005, Az. 8 CN 1/04.



voraus, häufig wird in solchen Fällen eine Betrauung im Rahmen einer Konzession vorliegen.

Die Beauftragung oder Konzessionierung eines kommunalen Unternehmens ohne Ausschreibung ist nur möglich, wenn die vergaberechtlichen Voraussetzungen der In-House-Vergabe vorliegen (§ 108 GWB). Allerdings ist nach der Rechtsprechung des BGH fraglich, ob eine solche In-House-Vergabe auch wettbewerbsrechtlich zulässig ist.

### 3. Wettbewerbsrecht

Kommunen sind bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten an Wärmenetzbetreiber nach der Rechtsprechung des BGH im aktuellen Urteil zum Fernwärmenetz Stuttgart<sup>5</sup> als örtlich marktbeherrschende Unternehmen („Wegerechtsmonopolisten“) anzusehen. Dies soll auch dann gelten, wenn Kommunen gar nicht vorhaben, Wegerechte für Wärmenetze an Dritte zu vergeben. Kommunen sind daher wettbewerbsrechtlich stets zur Gleichbehandlung von Unternehmen verpflichtet, die an Wege-rechten für Wärmenetze interessiert sind.

Diesem Gleichbehandlungsgebot können Kommunen auf zwei Wegen nachkommen. Zum einen können schlicht jedem interessierten Unternehmen Wegerechte zu denselben Konditionen eingeräumt werden. Dies kann sinnvoll sein, wenn in einer Kommune mehrere Unternehmen in verschiedenen Projektentwicklungen Nahwärmenetze errichten wollen. Zum anderen können Kommunen wettbewerbsrechtlich ausschreiben. Ob bzw. in welchen Konstellationen Kommunen zu einer Ausschreibung verpflichtet sind, hat der BGH offen gelassen und wird sicher zukünftig die Gerichte beschäftigen. Das Bundeskartellamt nimmt an, dass eine Ausschreibungspflicht dann besteht, wenn dem Wärmenetzbetreiber ein ausschließliches Versorgungsrecht eingeräumt wird.<sup>6</sup>

Eine weitere offene Frage ist, ob Kommunen wettbewerbsrechtlich gehindert sind, von der vergaberechtlich anerkannten In-House-Vergabe an kommunale Unternehmen gem. § 108 GWB Gebrauch zu machen. Das OLG Düsseldorf hatte in einer Entscheidung zu Wasserkonzessionen, bei deren Vergabe Kommunen ebenfalls als marktbeherrschende Unternehmen an das

Wettbewerbsrecht gebunden sind, eine In-House-Vergabe nicht ausgeschlossen.<sup>7</sup> Auch das Bundeskartellamt scheint diesbezüglich offen.<sup>8</sup> Der BGH hat diese Frage nicht ausdrücklich thematisiert; nach den sonstigen Erwägungen in der Entscheidung könnte er diese Option jedoch kritisch sehen.

Wettbewerbsrechtlich gibt es nach der Entscheidung des BGH leider einige unklare Rechtsfragen. Möglicherweise nimmt sich der Gesetzgeber dieser Fragen an und schafft für die Wegerechtsvergabe an Wärmenetzbetreiber ein Auswahlverfahren wie für Strom- und Gasnetzbetreiber nach § 46 EnWG. Auch zur Vermeidung wettbewerbsrechtlicher Risiken bietet es sich für Kommunen an, den Wärmenetzbetrieb im Rahmen einer Wärmekonzession wettbewerbsrechtlich auszuschreiben.

### 4. Umsetzung bei Ausbau oder Verdichtung

Sofern bestehende Wärmenetze verdichtet oder ausgebaut werden sollen, liegt es zunächst auf der Hand, eine entsprechende Vereinbarung mit dem Betreiber des bestehenden Wärmenetzes zu erzielen. Auch dabei sind jedoch vergabe- und wettbewerbsrechtlichen Bindungen zu beachten.

Werden neue Verträge abgeschlossen, kann es sich je nach Ausgestaltung um öffentliche Aufträge oder Konzessionen handeln. Werden bestehende Verträge mit Wärmenetzbetreibern geändert, kann eine wesentliche Konzessions- oder Auftragsänderung vorliegen, die zu einer Neuausschreibungspflicht führt (§ 132 GWB).

Sofern der Ausbau oder die Verdichtung aus technischen Gründen nur vom Betreiber des bestehenden Wärmenetzes umgesetzt werden kann, kommen aber Ausnahmen von der Ausschreibungspflicht in Betracht. Eine solche Ausnahme wäre aber gut zu begründen.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 05.12.2023, Az. KZR 101/20.

<sup>6</sup> BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 256.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.03.2018, Az. 2 U (Kart) 6/16.

<sup>8</sup> BKartA, Sektoruntersuchung Fernwärme, Fußnote 173.



---

**Kristina Marx, LL.M.**

Rechtsanwältin  
Standorte Berlin, Frankfurt am Main  
kristina.marx@gsk.de

**Sören Wolkenhauer, LL.M.**

Rechtsanwalt  
Standort Hamburg  
soeren.wolkenhauer@gsk.de

**Dr. Wolfgang Würfel**

Rechtsanwalt  
Standort München  
wolfgang.wuerfel@gsk.de



### Urheberrecht

GSK Stockmann – Alle Rechte vorbehalten. Die Wiedergabe, Vervielfältigung, Verbreitung und/oder Bearbeitung sämtlicher Inhalte und Darstellungen des Beitrages sowie jegliche sonstige Nutzung ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung von GSK Stockmann gestattet.

### Haftungsausschluss

Diese Mandanteninformation enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen eines Einzelfalles gerecht zu werden. Sie hat nicht den Sinn, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen jedweder Art zu sein. Sie stellt keine Beratung, Auskunft oder ein rechtsverbindliches Angebot auf Beratung oder Auskunft dar und ist auch nicht geeignet, eine persönliche Beratung zu ersetzen. Sollte jemand Entscheidungen jedweder Art auf Inhalte dieser Mandanteninformation oder Teile davon stützen, handelt dieser ausschließlich auf eigenes Risiko.

GSK Stockmann und auch die in dieser Mandanteninformation namentlich genannten Partner oder Mitarbeiter übernehmen keinerlei Garantie oder Gewährleistung, noch haftet GSK Stockmann und einzelne Partner oder Mitarbeiter in irgendeiner anderen Weise für den Inhalt dieser Mandanteninformation. Aus diesem Grund empfehlen wir, in jedem Fall eine persönliche Beratung einzuholen.

[www.gsk.de](http://www.gsk.de)



YOUR PERSPECTIVE.  
[GSK.DE](http://GSK.DE) | [GSK-LUX.COM](http://GSK-LUX.COM)

### GSK Stockmann

Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbB

#### BERLIN

Mohrenstraße 42  
10117 Berlin  
T +49 30 203907-0  
F +49 30 203907-44  
[berlin@gsk.de](mailto:berlin@gsk.de)

#### HEIDELBERG

Mittermaierstraße 31  
69115 Heidelberg  
T +49 6221 4566-0  
F +49 6221 4566-44  
[heidelberg@gsk.de](mailto:heidelberg@gsk.de)

#### FRANKFURT/M.

Bockenheimer Landstr. 24  
60323 Frankfurt am Main  
T +49 69 710003-0  
F +49 69 710003-144  
[frankfurt@gsk.de](mailto:frankfurt@gsk.de)

#### MÜNCHEN

Karl-Scharnagl-Ring 8  
80539 München  
T +49 89 288174-0  
F +49 89 288174-44  
[muenchen@gsk.de](mailto:muenchen@gsk.de)

#### HAMBURG

Neuer Wall 69  
20354 Hamburg  
T +49 40 369703-0  
F +49 40 369703-44  
[hamburg@gsk.de](mailto:hamburg@gsk.de)

---

#### LUXEMBURG

GSK Stockmann SA  
44, Avenue John F. Kennedy  
L-1855 Luxemburg  
T +352 271802-00  
F +352 271802-11  
[luxembourg@gsk-lux.com](mailto:luxembourg@gsk-lux.com)

---

#### LONDON

GSK Stockmann International  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH,  
Zweigniederlassung London  
Queens House, 8-9 Queen Street  
London EC4N 1SP  
United Kingdom  
T +44 20 4512687-0  
[london@gsk-uk.com](mailto:london@gsk-uk.com)

Sitz der GmbH: München,  
Amtsgericht München  
HRB 281930  
Geschäftsführer:  
Dr. Mark Butt, Andreas Dimmling