

Kalte Nahwärmenetze

Rechtliche Voraussetzungen für die Nutzung privater
und kommunaler Straßen, Wege und Flächen

Verfasser:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Peter Schütte

Rechtsanwältin Dr. Sarah Langstädtler

Rechtsanwältin Bente Boerstra, LL.M.

Aktenzeichen BBG und Partner:

357/24/20

Erstellt für:



Beauftragung im Rahmen des Forschungsprojektes:



Gefördert durch:



Bremen
16.09.2025

BBG und Partner
Contrescarpe 75 A
D-28195 Bremen
T +49 421 33541-0
F +49 421 33541-15
kontakt@bbgundpartner.de
www.bbgundpartner.de

Rechtsanwälte Barth
Baumeister Griem und Partner
Partnerschaftsgesellschaft mbB
PR 216 (AG Bremen)

Sparkasse Bremen
IBAN DE12 2905 0101 0001 0369 46
BIC SBREDE22XXX
USt. ID DE168156931

Inhaltsverzeichnis

1	Sachverhalt und Aufgabenstellung	4
2	Executive Summary	6
2.1	Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen	6
2.2	Nutzung kommunaler Straßen, Wege und Flächen	7
2.3	Fazit	8
3	Einzelergebnisse	9
3.1	Voraussetzungen für die Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen	9
3.1.1	Privateigentum	9
3.1.2	Gemeinschaftseigentum nach WEG	11
3.2	Nutzungsüberlassung kommunaler Straßen und Flächen	12
4	Begründung	14
4.1	Voraussetzungen für die Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen	14
4.1.1	Bestandteile des KNWN als Versorgungsleitungen	15
4.1.1.1	Horizontale Rohrleitungen	23
4.1.1.2	Vertikale Sonden	24
4.1.2	Einfluss der Systemtemperatur auf Einstufung als Versorgungsleitung	28
4.1.3	Erlaubnis/Einverständniserklärung von betroffenen Eigentümern	28
4.1.4	Rechtliches Vorgehen gegen das Verlegen von Leitungen	30
4.1.5	Entschädigungsansprüche von Nicht-Mitwirkenden/ Nicht-Anschlussnehmenden	32
4.1.6	Entrichtung von Nutzungsentgelten von Nicht-Mitwirkenden / Nicht-Anschlussnehmenden für ein KNWN	35
4.1.7	Nutzungsentgelte für Nicht-Mitwirkende / Nicht-Anschlussnehmende für die Nutzung ihres Grundstücks	35
4.1.8	Rechtslage bei fehlendem Grundbucheintrag	36
4.1.8.1	Grundstücksbenutzung nach § 905 Satz 2 BGB	37
4.1.8.2	Grundstücksbenutzung nach § 8 AVBFernwärmeV	38
4.1.8.3	Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog	43
4.1.9	Besonderheiten Gemeinschaftseigentum nach WEG	51
4.1.9.1	KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Falle einer Wohnungseigentümergeinschaft	52
4.1.9.2	Rechte der Wohnungseigentümergeinschaft	53
4.2	Nutzungsüberlassung kommunaler Straßen und Flächen	55
4.2.1	Gestaltungsanspruch gegenüber den Kommunen	55
4.2.2	Straßenrechtliche Rahmenbedingungen für das Einbringen von Erdwärmesonden in den öffentlichen Straßenraum	57
4.2.3	Zulässigkeit der Festlegung von Gestattungsentgelten in unterschiedlicher Höhe	60
4.2.3.1	Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz	61
4.2.3.2	Vereinbarkeit mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot	62

4.2.4	Zulässigkeit einer kostenlosen Flächenüberlassung _____	63
4.2.5	Ausschreibungspflicht _____	64
4.2.5.1	Keine Anwendbarkeit des EnWG _____	65
4.2.5.2	Keine Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB) _____	65
4.2.5.3	Keine Ausschreibungspflicht aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot (§ 19 GWB) _____	65
4.2.5.4	(K)ein Ausschreibungsrecht der Gemeinde _____	67
4.2.6	Wirkung bestehender Konzessionsverträge _____	68
4.2.7	Verpflichtung zum Anliegeranschluss im Gestattungsvertrag _____	68
4.2.8	Verpflichtung zur Ermöglichung von Anliegereinspeisungen im Gestattungsvertrag _____	70

1 Sachverhalt und Aufgabenstellung

Die Stadt Oldenburg führt derzeit die kommunale Wärmeplanung mit dem Ziel einer treibhausgasneutralen Wärmeversorgung bis 2035 durch. Neben Einzellösungen wie Wärmepumpen kommen Quartierslösungen in Betracht, wie z. B. die Nutzung von oberflächennaher Geothermie mithilfe von kalten Nahwärmenetzen (KNWN), mit denen Wärme mit niedriger Temperatur zur Verfügung gestellt werden kann.

KNWN setzen sich aus horizontalen Rohrleitungen (Verteilerleitungen im sog. Ringnetz und sog. Stichleitungen zum Anschluss an die Endverbraucher) und vertikal eingebrachten Erdwärmesonden zusammen. Die horizontalen Rohrleitungen verlaufen flächendeckend im Bereich der KNWN unterhalb der Erdoberfläche. In den Verteilerleitungen des Ringnetzes zirkuliert die im Netz verwendete Flüssigkeit und wird dadurch verteilt. Über die vom Ringnetz abgehenden Stichleitungen wird die erwärmte Flüssigkeit zu den Endverbrauchern hin- und abgekühlt wieder zum Ringnetz zurücktransportiert.¹ Die Netztemperatur der in den horizontalen Rohrleitungen eingesetzten Flüssigkeit beträgt in der Regel 8 bis 15 °C.² Die gewünschte Heiztemperatur (Vorlauftemperatur) der Endverbraucher wird individuell direkt im Gebäude durch lokale Wärmepumpen erreicht.³

Die Erdwärmesonden dienen der Wärmeengewinnung. Sie sind über Rohrleitungen mit den Verteilerstationen an das aus den horizontalen Rohrleitungen bestehende Ringnetz der KNWN angeschlossen. Ihre Aufgabe ist es, eine in den Rohren befindliche Flüssigkeit auf 8 bis 15 °C zu erwärmen. Die Sonden können in Abständen von mehreren Metern entlang des Ringnetzes oder zentral auf einer Fläche, als sogenanntes Sondenfeld, eingebracht werden. Für das Einbringen der Erdwärmesonden sind Tiefenbohrungen von etwa 100 bis 300 Meter Tiefe gebräuchlich.⁴

¹ Stadt Oldenburg, Gemeinschaftliche Wärmeversorgung im Quartier, abrufbar unter: <https://www.oldenburg.de/startseite/leben-umwelt/klimaschutz/gebaeude-strom-und-waerme/energetische-gemeinschaftsloesungen/gemeinschaftliche-waermeversorgung-im-quartier> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

² Stadt Oldenburg, Gemeinschaftliche Wärmeversorgung im Quartier, abrufbar unter: <https://www.oldenburg.de/startseite/leben-umwelt/klimaschutz/gebaeude-strom-und-waerme/energetische-gemeinschaftsloesungen/gemeinschaftliche-waermeversorgung-im-quartier> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

³ Stadt Oldenburg, Gemeinschaftliche Wärmeversorgung im Quartier, abrufbar unter: <https://www.oldenburg.de/startseite/leben-umwelt/klimaschutz/gebaeude-strom-und-waerme/energetische-gemeinschaftsloesungen/gemeinschaftliche-waermeversorgung-im-quartier> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

⁴ Stadt Oldenburg, Gemeinschaftliche Wärmeversorgung im Quartier, abrufbar unter: <https://www.oldenburg.de/startseite/leben-umwelt/klimaschutz/gebaeude-strom-und-waerme/energetische-gemeinschaftsloesungen/gemeinschaftliche-waermeversorgung-im-quartier> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

Grundsätzlich kommen für die Errichtung von KNWN sowohl private als auch kommunale Flächen in Betracht. Insbesondere sind hier der Verkehrsraum (z. B. Gehwege, Parkplätze, Fahrbahnen und sonstige Wege) sowie andere mehrfach nutzbare Flächen (z. B. Sport- und Spielplätze) zu nennen.

Die Stadt Oldenburg hat BBG und Partner mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu Fragestellungen im Bereich des Flächenzugriffs für kalte Nahwärmenetze beauftragt. Sie verfolgt das Ziel, mit Hilfe des Rechtsgutachtens KNWN-Initiativen besser beraten und unterstützen zu können.

2 Executive Summary

Obwohl KNWN im Vergleich zu anderen Arten der Wärmeversorgung, wie Fernwärme oder individuell über die Energieträger Öl, Gas oder Holz(pellets), bislang weniger verbreitet sind, ist festzuhalten, dass ihrer Verlegung grundsätzlich keine rechtlich unüberwindbaren Hindernisse entgegenstehen. Die Voraussetzungen für die Nutzung von im Privateigentum oder im Eigentum der öffentlichen Hand stehenden Straßen, Wege und Flächen unterscheiden sich für die Verlegung von KNWN im Wesentlichen nicht gegenüber denjenigen für konventionelle Versorgungsleitungen.

2.1 Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen

Auf privatem Grund können KNWN verlegt werden, wenn zur Nutzung des Grundstücks eine vertragliche Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer getroffen wird, die gegebenenfalls grundbuchlich beispielsweise über eine **Grunddienstbarkeit** in Form einer Benutzungsdienstbarkeit (§ 1018 Alt. 1 BGB) abgesichert wird. Eine im Grundbuch gemäß § 1018 Alt. 1 BGB eingetragene Benutzungsdienstbarkeit gewährt dem Berechtigten das Recht, ein belastetes Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen.

Darüber hinaus ist auch die Nutzung einer bereits eingetragenen Benutzungsdienstbarkeit denkbar, die etwa allgemein ein „**Versorgungsleitungsrecht**“ einräumt. Sowohl die Rohrleitungen des Verteilnetzes als auch die Erdsonden können mit überzeugenden Argumenten als „**Versorgungsleitungen**“ eingeordnet werden. Die vertikalen Sonden nehmen die im Erdreich befindliche Geothermie in den Sole-Wasser-Kreislauf auf und leiten diese Wärme zu den horizontalen Leitungen, die diese Wärme wiederum zu den Endverbrauchern weitertransportieren. Dadurch stellen sie dem KNWN insgesamt diejenige Wärme bereit bzw. sorgen für diejenige Wärme, die die Endverbraucher letztlich nutzen. Die Systemtemperatur hat auf die Einordnung keinen Einfluss.

Fallen horizontale Leitungen und vertikale Sonden eines KNWN unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ im Sinne eines bestehenden Grundbucheintrags, ist für das Verlegen und den unterirdischen Verbleib dieser Leitungen keine Erlaubnis oder Einverständniserklärung der betroffenen Eigentümer einzuholen.

Auch in Fällen, in denen ein Grundstückseigentümer der Nutzung seines Grundstücks nicht zustimmt bzw. die Nutzung nicht grundbuchlich durch eine Grunddienstbarkeit abgesichert ist, kann unter bestimmten Voraussetzungen die Weigerung des Grundstückseigentümers überwunden werden. Sofern etwa Einwirkungen auf ein Grundstück in einer solchen Tiefe vorgenommen werden, dass ein Grundstückseigentümer kein Interesse hat,

diese auszuschließen, muss er diese dulden (§ 905 Satz 2 BGB). Dies kann beispielsweise der Fall sein, wenn eingebrachte Erdsonden oder Verteilleitungen eines KNWN die Benutzung des Grundstücks – unter anderem hinsichtlich einer späteren Bebauung – nicht behindern. Ebenso kann sich für Kunden und Anschlussnehmende eines KNWN gegebenenfalls eine **Duldungspflicht** aus der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV; dort § 8) ergeben – ob diese für die KNWN gilt, ist jedoch nicht eindeutig zu beantworten, sodass eine klarstellende Regelung zu begrüßen wäre. Zudem kann Nachbarn unter bestimmten Voraussetzungen ein sog. Notleitungsrecht (§ 917 BGB analog) zustehen, wodurch ein davon betroffener Grundstückseigentümer zur Duldung der Benutzung seines Grundstücks für Bestandteile eines KNWN verpflichtet sein kann.

Nicht-Mitwirkende und Nicht-Anschlussnehmende können nur dann für die Nutzung ihres Grundstücks bzw. des Erdreiches durch KNWN **Nutzungsentgelte** verlangen, wenn dies vertraglich, beispielsweise bei Bestellung einer Grunddienstbarkeit für die Nutzung des Grundstücks oder nachträglich vereinbart wird oder wenn die Grundstücksnutzung über ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog erfolgt (sog. **Notleitungsrente**). Darüber hinaus können Nicht-Mitwirkenden bzw. Nicht-Anschlussnehmenden **Schadensersatzansprüche** zustehen, wenn durch das (an sich rechtmäßige) Verlegen Eigentum beschädigt oder nicht ordnungsgemäß wiederhergestellt wird.

Hinsichtlich der Rechte einer **Wohnungseigentümergeinschaft** bei einer Privatstraße in deren Gemeinschaftseigentum gilt im Übrigen die Besonderheit, dass die Rechte und Pflichten bezogen auf die Privatstraße als Gemeinschaftseigentum nicht die einzelnen (Wohnungs-)Eigentümer treffen, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt.

2.2 Nutzung kommunaler Straßen, Wege und Flächen

Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Straßen regelt in Niedersachsen das niedersächsische Straßengesetz (NStrG). Es sprechen gute Gründe dafür, dass das Einbringen von Erdwärmesonden eine **sonstige Nutzung** im Sinne des § 23 NStrG darstellt, sodass sich die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Straßeneigentums nach bürgerlichem Recht richtet (unter anderem nach den Vorschriften des BGB). Nach § 23 NStrG ist eine sonstige Nutzung gegeben, wenn dadurch der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird, wobei eine nur vorübergehende Beeinträchtigung für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt.

Für die Errichtung von KNWN auf bzw. unter öffentlichem Grund besteht dem Grunde nach ein (kartellrechtlicher) **Anspruch auf Gestattung der Untergrundnutzung**. Einen ausdrücklichen Gestattungs- bzw. Kontrahierungszwang hinsichtlich der Verlegung und dem Betrieb von KNWN oder Wärmenetzen im Allgemeinen kennt das Gesetz zwar nicht. Vor dem Hintergrund, dass Gemeinden eine Art Monopol hinsichtlich der in ihrem Eigentum

stehenden öffentlichen Straßen und Flächen besitzen, kann die Weigerung einer Gemeinde, einem KNWN-Betreiber die Untergrundnutzung zu gestatten, jedoch unter Umständen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) darstellen. Ob Gemeinden insoweit das Recht oder sogar die Pflicht zur **Ausschreibung** der Gestattungsverträge zukommt, wird in der juristischen Fachliteratur kontrovers diskutiert und lässt sich ohne gesetzliche Regelung oder zumindest dahingehende Rechtsprechung nicht abschließend beantworten.

Seitens der öffentlichen Hand ist es möglich, die Nutzung des öffentlichen Grunds durch KNWN unentgeltlich zu erlauben oder hierfür **Gestattungsentgelte** in angemessener Höhe zu erheben. Gestattungsentgelte für einzelne Nahwärme-Projekte können vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich auch in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz festgelegt werden, jedenfalls sofern für die Ungleichbehandlung ein sachlich rechtfertigender Grund besteht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Gemeinnützigkeit eines Wärmenetzbetreibers einen solchen sachlich rechtfertigenden Grund für ein gegenüber einem gewinnorientierten Betreiber niedrigerem Gestattungsentgelt darstellen kann. Schließlich erscheint es unter bestimmten Voraussetzungen möglich, im Gestattungsvertrag festzulegen, dass sämtlichen Anliegern ein **Recht auf Anschluss** an das Netz sowie ein **Recht auf Wärme- bzw. Kälteeinspeisung** in das Netz angeboten und garantiert wird.

2.3 Fazit

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Flächeninanspruchnahme sowohl privater als auch kommunaler Flächen zwecks Errichtung und Betrieb von KNWN sind grundsätzlich gegeben, auch wenn in einzelnen Bereichen aufgrund fehlender, klarstellender Gesetzesvorgaben oder höchstrichterlicher Rechtsprechung noch Rechtsunsicherheiten bestehen. Diese betreffen insbesondere die Frage der vollumfänglich verpflichtenden Anwendung der AVBFernwärmeV für KNWN und der Ausschreibungspflicht von Wegenutzungsrechten bzw. Gestattungsverträgen für Wärmenetze auf öffentlichem Grund.

Es ist allerdings zu erwarten, dass die noch offenen Fragen in der Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung behandelt und gegebenenfalls iterativ verbindlich entschieden oder geregelt werden, um die damit aktuell noch verbundenen, bestehenden Rechtsunsicherheiten auf Seiten der Vorhabenträger, Kommunen und Nutzer zu beseitigen. Die Chancen hierfür stehen umso besser, je mehr Aufmerksamkeit auf die bestehenden Rechtsfragen gelenkt und die Relevanz ihrer Auflösung möglichst öffentlichkeitswirksam thematisiert wird.

3 Einzelergebnisse

Die in der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung „Erstellung eines Rechtsgutachtens zu Fragestellungen im Bereich des Flächenzugriffs für kalte Nahwärmenetze“ gestellten Fragen sind im Nachfolgenden jeweils einleitend, durchlaufend nummeriert und kursiv aufgeführt; im Anschluss folgen die zugehörigen Ergebnisse unserer rechtlichen Begutachtung.⁵ Die Aufgabenstellungen adressieren abstrakte Fallkonstellationen und Eigentumsverhältnisse, sodass dieses Gutachten keine Rechtsberatung in einem konkreten Einzelfall darstellen und ersetzen kann.

Im Einzelnen:

3.1 Voraussetzungen für die Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen

3.1.1 Privateigentum

Es ist folgender Fall anzunehmen: Das KNWN soll in einer Privatstraße realisiert werden. Jeder Grundstückseigentümerin und jedem -eigentümer gehört jeweils ein Teil der angrenzenden Privatstraße. Je ein Ver- und Versorgungsleitungsrecht sind als Grunddienstbarkeiten in den Grundbüchern eingetragen. In einem entsprechenden Praxisbeispiel wird aus dem Grundbuch wie folgt zitiert: „Je ein Überwegungs-, Versorgungs- und Versorgungsleitungsrecht (einschließlich Mitbenutzung von Revisionsschächten) [...] für die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke von Oldenburg [...]. Eingetragen mit untereinander gleichem Rang [...].“

1. *Sind die Bestandteile eines KNWN unter Berücksichtigung des geringen Temperaturniveaus des Netzes als Versorgungsleitung gemäß dem zitierten Grundbucheintrag zu behandeln? Bei der Beurteilung ist zwischen horizontalen Rohrleitungen und vertikalen Sonden zu unterscheiden.*

Die horizontalen Rohrleitungen und vertikalen Sonden der KNWN lassen sich insbesondere unter Berücksichtigung des geringen Temperaturniveaus des Netzes gut vertretbar unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ gemäß dem zitierten Grundbucheintrag fassen. Diese Einschätzung unterliegt jedoch einem verbleibenden Rechtsrisiko, da hierzu bislang keine Rechtsprechung existiert (hierzu unter 4.1.1).

⁵ Zur besseren Lesbarkeit verwenden wir in diesem Gutachten das generische Maskulinum. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

2. *Wäre die Situation anders zu beurteilen, wenn anstatt eines KNWN ein Wärmenetz mit höherer Systemtemperatur (Nutztemperatur) verlegt werden würde?*

Die Systemtemperatur des KNWN hat unserer Einschätzung nach keine Auswirkungen auf die Einstufung der horizontalen Leitungen und vertikalen Sonden als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags (hierzu unter 4.1.2).

3. *Muss trotz des eingetragenen Leitungsrechts im Grundbuch (siehe oben) eine Erlaubnis / Einverständniserklärung von den betroffenen Eigentümerinnen und Eigentümern eingeholt werden? Wenn ja, in welcher Form?*

Fallen horizontale Leitungen und vertikale Sonden eines KNWN unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags, ist für das Verlegen und den unterirdischen Verbleib dieser Leitungen keine Erlaubnis/Einverständniserklärung von den betroffenen Eigentümern einzuholen (hierzu unter 4.1.3).

4. *Können Grundstückseigentümerinnen und -eigentümer, die nicht am KNWN angeschlossen werden möchten, die Zustimmung für das Verlegen von Leitungen und/oder Erdwärmesonden über ihren Teil der Privatstraße verneinen? Wenn ja, mit welcher Begründung?*

Werden die Regelungen über die Grunddienstbarkeiten eingehalten, können Grundstückseigentümer nicht mit Erfolgsaussichten gegen das Verlegen von Leitungen und/oder Erdwärmesonden über ihren Teil der Privatstraße vorgehen, selbst wenn sie nicht an das KNWN angeschlossen werden möchten. Bei Verstößen gegen die Regelungen über Grunddienstbarkeiten könnte rechtlich gegen die rechtswidrigen Handlungen vorgegangen werden (hierzu unter 4.1.4).

5. *Können von den Nicht-Mitwirkenden bzw. Nicht-Anschlussnehmenden Entschädigungszahlungen für z. B. Oberflächenarbeiten im Verkehrs-/Straßenraum geltend gemacht werden? Wenn ja, mit welcher Begründung?*

Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende können grundsätzlich keine Entschädigungszahlungen für z. B. Oberflächenarbeiten für das Verlegen von Versorgungsleitungen eines KNWN im Verkehrs-/Straßenraum geltend machen, wenn der betroffene Verkehrs-/Straßenraum in ihrem (Teil-)Eigentum steht und entsprechend dem hier zu begutachtenden Ausgangsfall ein Ver- und Entsorgungsleitungsrecht als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, in dessen Rahmen die Verlegung eines KNWN vorgenommen wird (hierzu unter 4.1.5).

6. *Können von den Nicht-Mitwirkenden bzw. Nicht-Anschlussnehmenden Nutzungsentgelte erhoben werden bzw. müssen Nicht-Mitwirkende / Nicht-Anschlussnehmende Nutzungsentgelte entrichten?*

Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende müssen keine Nutzungsentgelte für ein KNWN entrichten (hierzu unter 4.1.6).

7. *Können Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende für die Nutzung ihres Grundstücks durch KNWN Nutzungsentgelte erheben?*

Nicht-Mitwirkende und Nicht-Anschlussnehmende können nur dann für die Nutzung ihres Grundstücks bzw. des Erdreiches durch KNWN Nutzungsentgelte verlangen, wenn dies bei Bestellung der Grunddienstbarkeit schuldrechtlich mit vereinbart wurde oder nachträglich vertraglich vereinbart wird (hierzu unter 4.1.7).

8. *Können Rechtsansprüche zur Nutzung von Grundstücken bzw. Nachbargrundstücken für die Bestandteile eines KNWN geltend gemacht werden, wenn kein entsprechendes Leitungsrecht im Grundbuch eingetragen ist? Was wäre die Rechtsgrundlage dafür? Die Frage stellt sich insbesondere, wenn ein Grundstück, welches an das KNWN angeschlossen werden soll, ausschließlich über ein angrenzendes Privatgrundstück zu erreichen ist.*

Die Nutzung von Grundstücken bzw. Nachbargrundstücken für Bestandteile eines KNWN ist ohne ein im Grundbuch eingetragenes Leitungsrecht trotz des Herrschaftsrechts eines Grundstückseigentümers über sein Grundstück nach §§ 903, 905 BGB möglich, sofern eine Duldungspflicht nach § 905 Satz 2 BGB, § 8 AVB-FernwärmeV oder ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog geltend gemacht werden kann (hierzu unter 4.1.8).

3.1.2 Gemeinschaftseigentum nach WEG

9. *Die unter 3.1.1 genannten Fragestellungen sollen zusätzlich für den Fall betrachtet werden, dass die Privatstraße Gemeinschaftseigentum nach WEG darstellt.*

Hinsichtlich der Einstufung der horizontalen Leitungen und vertikalen Sonden eines KNWN als „Versorgungsleitung“ im Sinn des zitierten Grundbucheintrags (hierzu unter 4.1.1 bis 4.1.2) ergeben sich bei einer von dem Grundbucheintrag betroffenen Privatstraße im Gemeinschaftseigentum nach WEG keine Besonderheiten im Vergleich zu sonstigen Eigentumsverhältnissen (hierzu unter 4.1.9.1).

Hinsichtlich der Rechte einer Wohnungseigentümergeinschaft bei einer Privatstraße in deren Gemeinschaftseigentum gilt im Übrigen abweichend von den Ausführungen zur Rechtslage bei einer im Privateigentum einzelner Personen stehenden Privatstraße (hierzu unter 4.1.3 bis 4.1.8) die Besonderheit, dass die Rechte und Pflichten bezogen auf die Privatstraße als Gemeinschaftseigentum nicht die einzelnen (Wohnungs-)Eigentümer treffen, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9a WEG (hierzu unter 4.1.9.2).

3.2 Nutzungsüberlassung kommunaler Straßen und Flächen

1. *Müssen Kommunen nach geltendem Landes- oder Bundesrecht die Untergrundnutzung für KNWN gestatten? Wenn ja, nach welcher Rechtsgrundlage und unter Berücksichtigung welcher Rahmenbedingungen? Unterscheidet sich die Beurteilung, wenn es sich anstelle eines KNWN um ein warmes Nahwärmenetz handelt?*

Dem Grunde nach besteht ein aus dem Wettbewerbsrecht (§ 19 GWB) abgeleiteter Anspruch auf Gestattung der Untergrundnutzung kommunaler Flächen für die Errichtung und den Betrieb von KNWN. Eine Unterscheidung nach der Temperatur des in Frage stehenden Nahwärmenetzes ergibt sich dabei nicht (hierzu unter 4.2.1).

2. *Welche straßenrechtlichen Rahmenbedingungen oder Vorschriften müssen in Niedersachsen beim Einbringen von Erdwärmesonden in den öffentlichen Straßenraum beachtet werden? Gibt es entsprechende landesspezifische Regelungen?*

Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Straßen regelt in Niedersachsen das niedersächsische Straßengesetz (NStrG). Das Einbringen von Erdwärmesonden stellt unseres Erachtens eine sonstige Nutzung im Sinne des § 23 NStrG dar, sodass sich die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Straßeneigentums nach bürgerlichem Recht richtet. Andernfalls wäre das Einbringen der Erdwärmesonden in den Straßenraum als erlaubnisbedürftige Sondernutzung nach § 18 NStrG zu qualifizieren (hierzu unter 4.2.2).

3. *Dürfen Gestattungsentgelte für einzelne Nahwärme-Projekte in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz festgelegt werden? Oder wäre dies nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar? Unter welchen Voraussetzungen könnten Projektträger in diesem Fall unterschiedlich behandelt werden? Kann z. B. das Kriterium „Gemeinnützigkeit“ eine Rolle spielen?*

Gestattungsentgelte für einzelne Nahwärme-Projekte können vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz festgelegt werden, jedenfalls sofern für die Ungleichbehandlung ein sachlich rechtfertigender Grund besteht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass als Rechtfertigungsgrund auch das Kriterium der „Gemeinnützigkeit“ herangezogen werden kann (hierzu unter 4.2.3).

4. *Dürfen kommunale Flächen kostenlos zur Nutzung überlassen werden, d. h. kann ein Gestattungsentgelt von 0 € festgelegt werden?*

Mangels besonderer gesetzlicher Regelungen im Wärmebereich erscheint es grundsätzlich auch möglich, auf die Erhebung von Gestattungsentgelten zu verzichten, d. h. ein Gestattungsentgelt von 0 Euro festzulegen (hierzu unter 4.2.4).

5. *Besteht eine Ausschreibungspflicht für die Nutzungsüberlassung bzw. Konzession kommunaler Straßen oder Flächen für KNWN? Unterscheidet sich diese Beurteilung, wenn es sich um ein warmes Nahwärmenetz handelt?*

Die Frage der Ausschreibungspflicht von Wegenutzungsrechten bzw. Gestattungsverträgen für Wärmenetze ist ein in der juristischen Fachliteratur kontrovers diskutiertes Thema, und es fehlt insoweit gegenwärtig noch an einer gesetzlichen oder höchstrichterlichen Klärung. Nach unserer Auffassung spricht jedoch Überwiegendes gegen eine allgemeine Ausschreibungspflicht für die Gestattung der Nutzung öffentlicher Straßen oder Flächen für KNWN. Eine Unterscheidung nach der Temperatur des in Frage stehenden Nahwärmenetzes ergibt sich nicht (hierzu unter 4.2.5).

6. *Wird bei bestehenden Konzessionsverträgen für leitungsgebundene Energieversorgung die Errichtung und der Betrieb von KNWN oder anderen Nahwärmenetzen durch diesen Konzessionsvertrag tangiert bzw. eingeschränkt? Könnte beispielsweise ein Konzessionär Schadensersatzansprüche wegen entgangener Einnahmen geltend machen?*

Eine Einschränkung der Errichtung und des Betriebs von KNWN oder anderen Nahwärmenetzen durch bestehende Konzessionsverträge für leitungsgebundene Energieversorgung käme unseres Erachtens nur in Betracht, wenn dem betroffenen Konzessionär nicht nur ein Wegenutzungsrecht, sondern eine Ausschließkeitsstellung eingeräumt worden wäre (hierzu unter 4.2.6).

7. *Darf im Gestattungsvertrag festgelegt werden, dass sämtlichen Anlieger*innen ein Recht auf Anschluss an das Netz angeboten und garantiert wird, wenn sich die Erdwärmesonden, andere Wärmeerzeugungsanlagen und/oder die Netzleitungen auf kommunalen Straßen oder Flächen befinden?*

Es ist es unseres Erachtens grundsätzlich möglich, im Gestattungsvertrag festzulegen, dass sämtlichen Anliegern ein Recht auf Anschluss an das Netz angeboten und garantiert wird (hierzu unter 4.2.7).

8. *Kann im Gestattungsvertrag festgelegt werden, dass sämtlichen Anlieger*innen ein Recht auf die Wärme-/Kälteeinspeisung in das Netz angeboten und garantiert wird, wenn die Netzleitungen durch kommunale Straßen oder Flächen verlaufen?*

Es ist unserer Einschätzung nach unter Umständen auch möglich, im Rahmen der Vertragsfreiheit im Gestattungsvertrag festzulegen, dass sämtlichen Anliegern ein Recht auf die Wärme- bzw. Kälteeinspeisung in das Netz angeboten und garantiert wird (hierzu unter 4.2.8).

4 Begründung

Die in der Aufgabenstellung dargestellten Fragen betreffen zum einen die Voraussetzungen für die Nutzung von privaten Straßen, Wegen und Flächen für KNWN und entsprechende vertragliche Vereinbarungen (hierzu unter 4.1) sowie zum anderen die Nutzungsüberlassung kommunaler Straßen und Flächen für KNWN mithilfe von Gestattungsverträgen (hierzu unter 4.2).

Im Einzelnen:

4.1 Voraussetzungen für die Nutzung privater Straßen, Wege und Flächen

KNWN können auf Straßen, Wegen und Flächen realisiert werden, die in öffentlichem oder privatem Eigentum stehen. Unter privaten Straßen, Wegen und Flächen werden im Nachfolgenden solche verstanden, die im Eigentum einer oder mehrerer natürlicher oder juristischer Personen des Privatrechts stehen. Entscheidend sind hierfür die Eigentumsverhältnisse, die im Grundbuch eingetragen sind.

Bei privaten Straßen, die an mehrere in Privateigentum stehende Grundstücke grenzen, kann je nach grundbuchlicher Eigentumsgestaltung beispielsweise jedem Grundstückseigentümer jeweils ein Teil der an ihre Grundstücke angrenzenden Privatstraße gehören. Im Grundbuch können zudem weitere Eintragungen hinsichtlich der Privatstraßen enthalten sein, beispielsweise Grunddienstbarkeiten für Ver- und Entsorgungsleitungen. In der Leistungsbeschreibung für dieses Rechtsgutachten wird ein entsprechendes Praxisbeispiel aus dem Grundbuch wie folgt zitiert:

„Je ein Überwegungs-, Versorgungs- und Entsorgungsleitungsrecht (einschließlich Mitbenutzung von Revisionsschächten) [...] für die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke von Oldenburg [...]. Eingetragen mit untereinander gleichem Rang [...].“

Private Straßen, Wege und Plätze können sowohl dem privaten (Straßen-)Verkehr als auch dem öffentlichen (Straßen-)Verkehr dienen, letzteres in Niedersachsen, sofern die Straßen, Wege und Plätze dem öffentlichen Verkehr im Sinne von § 2 Abs. 1 Niedersächsisches Straßengesetz (NStrG) gewidmet sind.

Eine Widmung für den öffentlichen Verkehr erlaubt die Nutzung der Straßen, Wege und Plätze im Rahmen des sog. Gemeingebrauchs. Gemeingebrauch im wegrechtlichen Sinn ist das jedermann zustehende subjektiv-öffentliche Recht, die öffentlichen Straßen, Wege

und Plätze im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum fließenden und ruhenden Verkehr in Anspruch zu nehmen.⁶

Eine Widmung für den öffentlichen Verkehr ist ohne Einfluss auf die Eigentumsverhältnisse. Daher lässt sich allein aus der nach der Widmung zulässigen Nutzung von Straßen, Wegen und Plätzen keine Aussage über die Eigentumsverhältnisse an ebendiesen ableiten. Da für die Nutzbarkeit des Erdreiches für KNWN allein die Eigentumsverhältnisse entscheidend sind, ist die Widmung von Straßen, Wegen und Plätzen ebenfalls ohne Einfluss auf die Frage, ob in dem unter einer Straße, einem Weg oder einem Platz befindlichen Erdreich KNWN verlegt werden können.

4.1.1 Bestandteile des KNWN als Versorgungsleitungen

Die horizontalen Rohrleitungen und vertikalen Sonden der KNWN lassen sich insbesondere unter Berücksichtigung des geringen Temperaturniveaus des Netzes gut vertretbar unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ gemäß dem hier exemplarisch heranzuziehenden Grundbucheintrag fassen. Diese Einschätzung unterliegt jedoch einem verbleibenden Rechtsrisiko, da hierzu bislang keine Rechtsprechung existiert. Sofern Bestandteile eines KNWN gerichtlich nicht als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags gewertet werden sollten, gelten die Ausführungen unter 4.1.8 zur Rechtslage bei fehlendem Grundbucheintrag.

Da eine rechtliche Definition der „Versorgungsleitung“ mit Bezug zu kalten Nahwärmenetzen bislang weder durch den Gesetzgeber noch durch die Rechtsprechung geschaffen wurde, beruht unsere Einschätzung auf einer juristischen Auslegung des Grundbucheintrags und des darin verwendeten Begriffs der „Versorgungsleitung“ unter Heranziehung rechtlicher Normen und Rechtsprechung.

Im Rahmen dieser Auslegung gehen wir davon aus, dass es sich bei dem Grundbucheintrag um eine Grunddienstbarkeit in Form einer Benutzungsdienstbarkeit nach § 1018 Alt. 1 BGB handelt, die dem Eigentümer eines herrschenden Grundstücks das subjektiv-dingliche Recht gewährt, das dienende Grundstück in einzelnen Beziehungen zu nutzen.⁷ Eine Benutzungsdienstbarkeit wird durch eine Eintragungsbewilligung und die anschließende Eintragung im Grundbuch begründet. Eine Eintragungsbewilligung ist die Bewilligung des von der Eintragung betroffenen Rechtsinhabers gemäß § 19 Grundbuchordnung (GBO), also der passivbeteiligten rechtseinräumenden Partei, zur Eintragung einer Benutzungsdienstbarkeit an seinem Grundstück.⁸ In der Eintragungsbewilligung müssen das Recht der Benutzungsdienstbarkeit sowie das zu belastende und das herrschende Grundstück

⁶ *Stahlhut*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 131. Versorgungsleitungen und öffentliche Wege, Rn. 1.

⁷ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor §§ 1018 Rn. 4, 6; § 1018 Rn. 28 f.

⁸ *Lettmair*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 874 Rn. 16.

bezeichnet werden. Zudem muss der durch den Parteiwillen bestimmte Inhalt der Dienstbarkeit klar festgelegt sein.⁹

Der Umfang einer Grunddienstbarkeit und auch ihre Auslegung ergeben sich aus dem *Wortlaut* und *Sinn* der Eintragung selbst oder, sofern in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wurde, aus dem Grundbucheintrag in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung.¹⁰ Dabei ist die bei objektiver Betrachtung für einen unbefangenen Betrachter nächstliegende Bedeutung maßgebend.¹¹ Da uns eine Eintragungsbewilligung nicht vorliegt, orientieren wir uns am Wortlaut und dem objektiv ermittelbaren Sinn des Grundbucheintrags.

Hinsichtlich des **Wortlauts des Grundbucheintrags** ist zunächst festzustellen, dass darin „Versorgungsleitungen“ allgemein und ohne Konkretisierung bzw. Einschränkung hinsichtlich der Art der Versorgung oder der Leitungen benannt sind. Nach der Definition des Duden ist unter „Versorgung“ „*das Bereitstellen von etwas*“ und „*das Sorgen für etwas*“ zu verstehen.¹² Eine Versorgungsleitung ist nach dieser Definition eine Leitung, die etwas bereitstellt bzw. für etwas sorgt. Die allgemeine Bedeutung einer „Leitung“ ist zudem ein „*Rohr bzw. mehrere aneinander angeschlossene Rohre zum Leiten von Stoffen*“.¹³ Die allgemeine Bedeutung der Begriffe „Versorgung“ und „Leitung“ ist also weit gefasst. Auch der hier exemplarisch heranzuziehende Grundbucheintrag selbst konkretisiert bzw. grenzt nicht ein, was über die darin genannten „Versorgungsleitungen“ bereitgestellt werden darf bzw. womit Dritte und gegebenenfalls Endverbraucher über die Leitungen versorgt werden können. Auch nimmt er nicht Bezug auf eine bestimmte Systemtemperatur. Dies spricht für ein weites Verständnis des Begriffs der „Versorgungsleitungen“.

Dieses weite Verständnis der „Versorgungsleitungen“ wird gestützt durch die juristische Literatur, wonach unter „Versorgungsleitungen“ unter anderem Gas-, Fernwärme-, Strom-, Wasser-, Öl- und Telekommunikationsleitungen zu verstehen sind.¹⁴ Ähnlich weit werden auch „Leitungen der öffentlichen Versorgung“ verstanden, zu denen alle Leitungsanlagen gehören sollen, die der Versorgung der Allgemeinheit mit elektrischer Energie, Gas, Wasser und Fernwärme dienen, sowie die öffentlichen Abwasserleitungen.¹⁵ Auch dies spricht somit für ein weites Verständnis des Begriffes der Versorgungsleitungen im hier heranzuziehenden Grundbucheintrag – dieser dürfte nach der juristischen Literatur zumindest auch Fernwärmeleitungen umfassen.

⁹ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1140.

¹⁰ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 12 f.

¹¹ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 26.

¹² *Duden*, Stichwort „Versorgung“, abrufbar unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Versorgung> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

¹³ *Duden*, Stichwort „Leitung“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Leitung> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

¹⁴ *Stresemann*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, Vor §§ 1018 Rn. 4, 6; § 95 Rn. 26.

¹⁵ *Stahlhut*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 131. Versorgungsleitungen und öffentliche Wege, Rn. 17.

Aufgrund struktureller Ähnlichkeiten von Nah- und Fernwärme (als Möglichkeit zur Endverbraucherversorgung mit Wärme) werden diese Arten der Wärmeversorgung rechtlich sogar verschiedentlich unter dem Begriff der „Fernwärme“ oder „Nah-/Fernwärme“ zusammengefasst, was dafürspricht, auch Nahwärmeleitungen als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags zu verstehen.

So kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH)¹⁶ Nahwärme unter den Begriff der „Fernwärme“ aus der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) subsumiert und diesem daher gleichgestellt werden. Die AVBFernwärmeV enthält für Fernwärmeversorgungsunternehmen Regelungen zum Anschluss und zur Versorgung von Verbrauchern (nicht Industrieunternehmen) mit Fernwärme. Der BGH entschied im Jahr 1989, dass die Bezeichnung des verwendeten Systems der Wärmeversorgung als Direkt-, Nah- oder Fernwärme nicht ausschlaggebend für die Einordnung unter den Begriff der Fernwärme sei:

„Jedenfalls in Fällen, in denen - wie hier - aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird, handelt es sich um Fernwärme. Dabei kommt es auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebensowenig an, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. Gerade aus dem Regelungsziel der HeizkostenVO vom 23.2.1981 (amtl. Begr. BR-Dr 652/80, S. 17) und der ÄnderungsVO vom 19.1.1989 (BGBl I 1989, 116) lässt sich dies herleiten. In der amtlichen Begründung zu der letztgenannten VO (BR-Dr 494/88, S. 19, 21, 22) wird ausdrücklich hervorgehoben, daß durch die der Klarstellung dienende Ersetzung des Begriffes „Lieferung von Fernwärme“ durch „eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme“ jede Art der eigenständig gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt sei, ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung deklariert würden, und daß damit neu entwickelte sogenannte Nah- und Direktwärmeversorgungskonzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt seien.“¹⁷

[Hervorhebungen durch Verf.]

Damit machte der BGH bereits im Jahre 1989 deutlich, dass eine Nahwärmeversorgung mit der Fernwärmelieferung im Hinblick auf die Anwendung der AVBFernwärmeV gleichzustellen sei.¹⁸ Auch wenn der BGH dabei die Gewerblichkeit der Wärmelieferung voraus-

¹⁶ BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181.

¹⁷ BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181.

¹⁸ Ob die generelle Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV dazu führt, dass alle Vorgaben der AVBFernwärmeV verpflichtend auf KNWN anzuwenden sind, ist aktuell noch nicht entschieden. Im Ergebnis würde dies jedenfalls nicht in jeder Hinsicht den Eigenschaften und Zielen von KNWN gerecht werden. Dies betrifft beispielsweise die in § 24 AVBFernwärmeV i.V.m. der FFVAV vorgesehene, ver-

setzt, die bei einer kalten Nahwärmelieferung durch z. B. gemeinnützige Vereine oder Genossenschaften unter Umständen nicht bestünde, zeigt das Urteil dennoch, dass die Begrifflichkeiten der Nah- und Fernwärme unter rechtlichen Gesichtspunkten zum Teil sogar gleichgesetzt werden. Auch dies spricht dafür, den Begriff der „Versorgungsleitungen“ weit zu verstehen und auch (kalte) Nahwärmeleitungen darunter zu fassen.

Des Weiteren werden in den Begriffsbestimmungen des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) die Nah- und Fernwärme als ein zusammenhängender Terminus „Nah-/Fernwärme“ definiert, als die Wärme, die mittels eines Wärmeträgers durch ein Wärmenetz verteilt wird, § 3 Abs. 1 Nr. 19 GEG. Das Zusammenfassen der Nah- und Fernwärme unter einen einheitlichen Terminus zeigt, dass der Gesetzgeber für das GEG davon ausgeht, dass eine Unterscheidung zwischen Nah- und Fernwärme (im Anwendungsbereich des GEG) nicht notwendig ist. Dies lässt darauf schließen, dass eine solche Unterscheidung auch außerhalb des GEG nicht angebracht sein kann.

Dies wird gestützt durch die rechtswissenschaftliche Literatur, nach der der Begriff der „Fernwärme“ wenig gefestigt und weit zu verstehen ist. „Fernwärme“ liege vor, wenn aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert werde. Auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude komme es dabei ebenso wenig an wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. So sei auch die Existenz eines Leitungsnetzes keine notwendige Voraussetzung für den Begriff der Fernwärme. Daher erfasse „Fernwärme“ sämtliche Formen der gewerblichen Lieferung von Wärme einschließlich Nahwärme. Die dem Marketing geschuldete Unterscheidung zwischen Nah- und Fernwärme sei rechtlich ohne Auswirkung, aus der begrifflichen Differenzierung ließen sich keine unterschiedlichen Rechtsfolgen ableiten.¹⁹

Eine weite Auslegung des Begriffs der „Versorgungsleitungen“ im Grundbucheintrag wird zudem gestützt durch den objektiv zu ermittelnden **Sinn des Grundbucheintrags**. Dieser besteht erkennbar darin, Eigentümern von Grundstücken in Oldenburg das Recht einzuräumen, die von der Benutzungsdienstbarkeit betroffenen Grundstücke für Versorgungsleitungen zu nutzen. Die Art der Versorgung ist dabei nicht näher definiert und auch in keiner Hinsicht eingeschränkt. Bei objektiver Betrachtung durch einen unbefangenen Dritten dürfte es sich daher um ein Leitungsrecht handeln, das Grundstückseigentümern in Oldenburg dabei helfen soll, ihre Grundstücke unter Nutzung des dienenden Grundstücks mit gasförmigen und flüssigen Verbrauchsgütern sowie Energieträgern zu versorgen.

Es bestehen demgegenüber keine Anhaltspunkte dahingehend, dass der Versorgungsbegriff an eine bestimmte Systemtemperatur geknüpft wäre. Ob es sich um eine leitungsgebundene Versorgung mit Wasser, Strom, Wärme oder Ähnlichem handelt und welche

brauchsabhängige Abrechnung, die bei KNWN in der Regel nicht gewollt ist. Insofern sind gesetzgeberische Klarstellungen zur Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV und gegebenenfalls auf KNWN abgestimmte Regelungen wünschenswert.

¹⁹ Topp, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 76. Fernwärmerecht, Rn. 9, 13 m. w. N.

Temperaturen mit diesen Leitungen transportierte Medien aufweisen müssen, ist aus objektiver Sicht nach dem Sinn des Grundbucheintrags offen. Grundsätzlich umfasst ist demnach zunächst jede Art der Versorgung. Dafür spricht unseres Erachtens auch, dass die typischen gasförmigen und flüssigen Verbrauchsgüter und Energieträger, die über Leitungen der Versorgung transportiert werden können, sich in ihrer jeweiligen Transporttemperatur stark unterscheiden. So beträgt nach uns zur Verfügung stehenden öffentlichen Quellen etwa die Vorlauftemperatur von Fernwärme üblicherweise zwischen 80 – 130 °C²⁰, die Temperatur in einer Leitung der Wasserversorgung 10 – 15 °C bei maximal 25 °C für Trinkwasserleitungen (nach DIN 1988-200)²¹ und in einer Erdgasleitung ca. 10 °C²².

Dass zur Definition der „Versorgungsleitungen“ eine Unterscheidung der Versorgungsarten nach Temperaturniveau nicht sinnvoll ist, wird ferner durch die rechtliche Gleichstellung unterschiedlicher Arten der Wärmeversorgung gestützt. So zeigt beispielsweise die Gleichbehandlung von Nah- und Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV, dass diese trotz ihres möglichen unterschiedlichen Temperaturniveaus rechtlich zum Teil gleichbehandelt werden und eine Unterscheidung in der Sache nicht sinnvoll ist. Des Weiteren bestehen sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene diverse einheitliche Regelungen für Netze unterschiedlicher Temperaturen. Dies verdeutlicht, dass zur näheren Definition der „Versorgungsleitungen“ im Sinn des Grundbucheintrags für eine Unterscheidung nach unterschiedlichen Temperaturniveaus kein Anlass besteht. So definiert beispielsweise § 3 Abs. 1 Nr. 9a Gebäudeenergiegesetz (GEG) ein „Gebäudenetz“ wie folgt:

„Im Sinne dieses Gesetzes ist „Gebäudenetz“ ein Netz zur ausschließlichen Versorgung mit Wärme und Kälte von mindestens zwei und bis zu 16 Gebäuden und bis zu 100 Wohneinheiten.“

Indem die Vorschrift ein Gebäudenetz derart definiert, dass ein und dasselbe Netz sowohl zur Versorgung mit Wärme als auch mit Kälte dienen kann, wird deutlich, dass es einer Unterscheidung von Leitungen zur Wärme- und Kälteversorgung aus Sicht des Gesetzgebers insoweit nicht bedarf.

Gleiches gilt für die Regelungen der Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung (FFVAV), die gleichsam sowohl für die Versorgung mit Fernwärme als auch mit Fernkälte gelten. Obwohl dies Leitungen betrifft, die im Gegensatz zur

²⁰ *RP-Energie-Lexikon*, Fernwärme, abrufbar unter: <https://www.energie-lexikon.info/fernwaerme.html> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

²¹ *Alb Filter*, Temperatur Leitungswasser: Richtwerte und Auswirkungen, abrufbar unter: alb-filter.com/blogs/ratgeber/temperatur-leitungswasser (zuletzt abgerufen am 16.09.2025); *BundesBau-Blatt*, Hygienische Installation beginnt bei der Planung, abrufbar unter: www.bundesbaublatt.de/artikel/hygienische-installation-beginnt-bei-der-planung-3887343.html (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

²² *Stadtwerke Osnabrück*, Wie das Erdgas bis zu uns nach Hause kommt, abrufbar unter: <https://www.stadtwerke-osnabrueck.de/blog/2016/01/27/wie-das-erdgas-bis-in-jeden-haushalt-kommt/> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

Nahversorgung über weitere Strecken fernversorgen, zeigt sich gleichwohl die vom Gesetzgeber nicht vorgenommene Unterscheidung nach der Systemtemperatur entsprechender Versorgungsleitungen. Auch bei Leitungen der Fernversorgung kann die Systemtemperatur durchaus „kalt“ sein.

Zusammenfassend ist es vor diesem Hintergrund überzeugend, aus Sicht eines objektiven Dritten davon auszugehen, dass von den „Versorgungsleitungen“ im Sinn des hier exemplarisch heranzuziehenden Grundbucheintrags Leitungen unterschiedlicher Systemtemperaturen umfasst sind. Auf Grundlage dieses Begriffsverständnisses sind unseres Erachtens sowohl kalte Nahwärmeleitungen unter die „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags zu fassen als auch Wärmeleitungen mit höheren Systemtemperaturen.

Darüber hinaus bestehen auch keine Anhaltspunkte dahingehend, dass eine Leitung nur dann als „Versorgungsleitung“ anzusehen wäre, wenn sie den Bedarf, der an der Versorgung besteht, *vollständig* deckt. KNWN können und sollen aufgrund ihrer niedrigen Systemtemperatur – im Gegensatz zu Fernwärmeleitungen – den auf Seiten der Endverbraucher bestehenden Wärmebedarf zwar nicht vollständig decken. Es bedarf vielmehr einer Wärmepumpe, die das mittels KNWN auf lediglich 8 bis 15 °C vorgewärmte Trägermedium im Heizkreislauf der Endverbraucher weiter auf die benötigte Vorlauftemperatur erhitzt. Jedoch wird weder in Literatur noch in der Rechtsprechung an irgendeiner Stelle vorausgesetzt, dass eine „Versorgung“ über eine Leitung nur dann als solche eingestuft werden kann, wenn die Versorgung den bestehenden Bedarf *vollständig* deckt. Auch wenn KNWN nur einen Teil der im Heizkreislauf der Endverbraucher benötigten Wärme zuliefern, „versorgen“ sie die Endverbraucher gleichwohl, nämlich mit Wärme. Darüber hinaus existieren auch keine Hinweise darauf, dass für eine „Versorgung“ kein technischer Zwischenschritt vorgenommen werden dürfte, um den Bedarf zu decken. Dass es darauf nicht ankommen kann, zeigt ein Vergleich zu Gasleitungen, die klassischerweise als „Versorgungsleitungen“ anerkannt sind: Wird Gas zu Heizzwecken geliefert, deckt auch das angelieferte Gas den Wärmebedarf der Endverbraucher ohne technischen Zwischenschritt nicht. Die mit dem Gas transportierte Energie deckt den Wärmebedarf erst dadurch, dass sie über den Zwischenschritt der Verbrennung in Wärme umgewandelt wird. Da die Gaslieferung ohne Weiteres als „Versorgung“ über eine Leitung angesehen wird, spricht aus unserer Sicht Überwiegendes dafür, dass dies auch für KNWN gelten muss, die den Wärmebedarf der Endverbraucher erst durch den Zwischenschritt der Weitererwärmung mittels Wärmepumpe decken.

Ob bei Eintragung der Benutzungsdienstbarkeit die Technologie der kalten Nahwärme in die möglichen Arten der Versorgung von den Parteien der Eintragungsbewilligung mitbedacht wurde, ist weder bekannt noch ermittelbar. Dies schließt es aber nicht aus, die Bestandteile eines KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Sinn des Grundbucheintrags zu verstehen. Denn Inhalt und Umfang einer – zumal zeitlich unbegrenzten – Grunddienstbarkeit müssen nicht in jeder Beziehung von vornherein feststehen. Vielmehr können Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeit nach Literatur und Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen Veränderungen im Hinblick auf die wirtschaftliche und technische Entwick-

lung unterworfen sein. Entscheidend ist dabei der allgemeine, der Verkehrsauffassung entsprechende Charakter des betroffenen Grundstücks sowie das Bedürfnis, von dem bewilligten Recht in einem bestimmten Umfang Gebrauch zu machen. Der Umfang einer Dienstbarkeit kann bei einer Bedarfssteigerung aufgrund veränderter wirtschaftlicher oder technischer Umstände wachsen. Voraussetzung ist, dass sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht voraussehbare oder willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist.²³

Nach unserer Einschätzung besteht ein Bedürfnis dahingehend, von der eingetragenen Benutzungsdienstbarkeit auch für die Verlegung von KNWN Gebrauch zu machen. KNWN stellen eine wirtschaftliche und technische Entwicklung der leitungsbezogenen Wärmeversorgung dar, die vermehrt in den Fokus genommen wird, um die Möglichkeiten emissionsarmer Wärmeversorgung zu erweitern. Mit KNWN kann die Wärmeversorgung von Quartieren mit Hilfe aus erneuerbaren Energien gewonnenem Strom sogar nahezu emissionsfrei erfolgen.²⁴ Sofern sich die Nutzung der Grundstücke für KNWN in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des Grundstücks hält wie andere Formen der Wärmeversorgung, spricht auch dies dafür, Bestandteile eines KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags ansehen zu können.

Schließlich finden sich auch in der Gesetzgebung Hinweise darauf, dass der Begriff der „Versorgungsleitung“ im hier exemplarisch heranzuziehenden Grundbucheintrag auf Grund aktueller technischer Entwicklungen sowie den daraus folgenden Anforderungen an die Versorgung mit insbesondere Energie und Wärme weit zu interpretieren ist. Bestandteile eines KNWN können als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags verstanden werden. Dies folgt unter anderem aus nationalen und europäischen Regelungen, wonach die Versorgung mit Raumwärme bzw. die treibhausgasneutrale Wärmeversorgung, der Transport von Wärme unter Nutzung regenerativer Wärmequellen und die Förderung geothermischer Technologien im öffentlichen Interesse (unter anderem zum Erreichen der Klimaziele) liegen.

So heißt es beispielsweise in § 1 Satz 1 Wärmeplanungsgesetz (WPG):

„Ziel dieses Gesetzes ist es, einen wesentlichen Beitrag zur Umstellung der Erzeugung von sowie der Versorgung mit Raumwärme, Warmwasser und Prozesswärme auf erneuerbare Energien, unvermeidbare Abwärme oder einer Kombination hieraus zu leisten, zu einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung bis spätestens zum Jahr 2045 (Zieljahr) beizutragen und Endenergieeinsparungen zu erbringen.“

²³ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 26; BGH, Urt. v. 18.7.2014 – V ZR 151/13 NJW 2014, 3780, Rn. 7; LG Regensburg, Beschl. v. 05.03.1987 – 5 T 91/87146, BWNtZ 1987, 145, 147.

²⁴ *BauNetz*, Kalte Nahwärme, abrufbar unter: <https://www.baunetzwissen.de/heizung/fachwissen/heizungsanlagen/kalte-nahwaerme-5366631> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

[Hervorhebungen durch Verf.]

Weiter heißt es in § 3 Nr. 17 WPG hinsichtlich eines „Wärmenetzes“:

„Im Sinne dieses Gesetzes ist „Wärmenetz“ eine Einrichtung zur leitungsgebundenen Versorgung mit Wärme, die kein Gebäudenetz im Sinne des § 3 Absatz 1 Nummer 9a des Gebäudeenergiegesetzes in der am 1. Januar 2024 geltenden Fassung ist.“

In § 1 Abs. 3 Satz 1 GEG ist geregelt:

„Die Errichtung und der Betrieb einer Anlage sowie der dazugehörigen Nebenanlagen zur Erzeugung sowie zum Transport von Wärme, Kälte und Strom aus erneuerbaren Energien sowie Effizienzmaßnahmen in Gebäuden liegen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit.“

[Hervorhebungen durch Verf.]

Diese nationale Gesetzgebung ist geprägt durch europäische Vorgaben, unter anderem der Erneuerbare-Energien-Richtlinie EU-RL 2023/2413 (RED III), in der in Erwägungsgrund 43 eine verstärkte Nutzung geothermischer Energie gewünscht ist:

„Wärmepumpentechnologie ist für die Erzeugung erneuerbarer Wärme und Kälte aus Umgebungsenergie, einschließlich Abwasserbehandlungsanlagen, sowie aus geothermischer Energie essentiell. Zudem ermöglichen Wärmepumpen die Nutzung von Abwärme und -kälte. Der rasche Ausbau der Nutzung von Wärmepumpen, mit denen noch zu wenig erschlossene Arten von Energie aus erneuerbaren Quellen wie Umgebungsenergie oder geothermische Energie sowie Abwärme aus Industrie und dem Dienstleistungssektor, einschließlich Rechenzentren, genutzt werden können, ermöglicht es, Erdgasheizkessel und andere mit fossilen Brennstoffen betriebene Heizkessel durch eine erneuerbare Wärmequelle zu ersetzen und die Energieeffizienz zu steigern.“

[Hervorhebungen durch Verf.]

Ähnlich zeigte sich bereits der gesetzgeberische Wille zur verstärkten Nutzung geothermischer Energie in der Vorgänger-Richtlinie EU-RL 2018/2001 (RED II) in den Erwägungsgründen 46 und 49:

„Geothermische Energie ist eine wichtige vor Ort verfügbare erneuerbare Energiequelle, die in der Regel deutlich weniger Emissionen verursacht als fossile Brennstoffe, und bestimmte Arten von Geothermalkraftwerken verursachen nahezu keine Emissionen. [...]

Um zu gewährleisten, dass die nationalen Maßnahmen für die Entwicklung der Wärme- und Kälteerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen auf einer umfassenden Ermittlung und Analyse des nationalen Potenzials von erneuerbarer Energie und Abwärme basieren und eine stärkere Integration von erneuerbarer Energie – durch Förderung von unter anderem innovativen Technologien wie Wärmepumpen, geothermischen und solarthermischen Technologien – sowie von Abwärme und -kälte vorsehen, sollten die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, eine Bewertung des nationalen Potenzials von Energie aus erneuerbaren Quellen und der Nutzung von Abwärme und -kälte im Wärme- und Kältesektor durchzuführen, insbesondere um die durchgängige Einbeziehung von Energie aus erneuerbaren Quellen bei Wärme- und Kälteanlagen zu erleichtern und eine wettbewerbsfähige und effiziente Fernwärme- und Fernkälteversorgung zu fördern.“

Aus den zitierten Normen lässt sich der gesetzgeberische Wille zur Umstellung der (Wärme-)Versorgung auf nachhaltige Systeme nachzeichnen. KNWN können danach einen Beitrag leisten, um diese Ziele zu erreichen. Technisch betrachtet kann durch ein KNWN mit Hilfe von aus erneuerbaren Energien erzeugtem Strom emissionsarm Wärme für Endverbraucher geschaffen werden. Aus objektiver Betrachtung ist es damit naheliegend, den Begriff der „Versorgungsleitungen“ im hier zu betrachtenden Grundbucheintrag unter den heutigen rechtlichen und technischen Rahmenbedingungen weit zu verstehen und auch Bestandteile eines KNWN hierunter zu fassen.

4.1.1.1 Horizontale Rohrleitungen

Aus unserer Sicht sprechen die überzeugenderen Argumente dafür, dass horizontale Rohrleitungen eines KNWN und damit sowohl die Verteilerleitungen des Ringnetzes als auch die Sticleitungen als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des hier exemplarisch zu betrachtenden Grundbucheintrags zu behandeln sind.

Hierfür sprechen zunächst der **Wortlaut des Grundbucheintrags** und das damit verbundene weite Verständnis des Begriffs der „Versorgungsleitungen“. Bei den horizontalen Leitungen des KNWN wird ein Sole-Wassergemisch als Wärmeträger durch ein Kunststoffrohr von den Erdsonden bzw. von einem Verteiler zu den einzelnen Haushalten geführt.²⁵ Dies dient dem Zweck, Endverbrauchern Wärme zu Heizzwecken bereitzustellen. Diese Bereitstellung von *Etwas* in Form von Wärme über ein *Leitungssystem* spricht dafür, die horizontalen Leitungen des KNWN nach dem oben dargelegten weiten Verständnis als „Versorgungsleitungen“ anzusehen.

Gestützt wird dies durch den objektiv ermittelbaren **Sinn des Grundbucheintrags**. Mit den horizontalen Leitungen erfolgt die Weiterleitung des erwärmten Sole-Wassergemisches an die Endverbraucher, was eine leitungsgebundene Art der Versorgung darstellt. Diese unterscheidet sich weder hinsichtlich ihrer Installation noch ihrer betrieblichen Auswirkungen auf die Benutzung der Grundstücke im Vergleich zu anderen Leitungen der

²⁵ Stadt Oldenburg, Infoblatt Nahwärme, S. 1.

Versorgung. Für die Verlegung der horizontalen Leitungen ist (in der Regel) das Ausheben von Gräben erforderlich, in die die horizontalen Leitungen eingebracht werden. Diese Art der Verlegung, die hierfür erforderlichen Bauarbeiten und die anschließende Nutzbarkeit des Grundstücks unterscheiden sich nicht von der Verlegung anderweitiger Leitungssysteme, wie beispielsweise solcher der Fernwärme. Auch bei einem anschließenden Wiederverschluss der Gräben sind die Grundstücke in gleicher Weise weiter benutzbar wie bei der Verlegung anderweitiger unterirdischer Leitungen – je nach Inhaltsstoff anderer Leitungen dürfte die Nutzung der betroffenen Grundstücke sogar stärker eingeschränkt sein als bei KNWN-Leitungen. Damit bleiben bei einer Verlegung und Inbetriebnahme von horizontalen Leitungen von KNWN die Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung der Grundstücke wie bei anderen Versorgungsleitungen erhalten.

Wortlaut und Sinn des Grundbucheintrags sprechen demnach dafür, horizontale Leitungen eines KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags anzusehen. Da hierzu jedoch keine Rechtsprechung besteht, unterliegt diese Einschätzung einem rechtlichen Restrisiko, das wir jedoch für gering halten.

4.1.1.2 Vertikale Sonden

Auch vertikale Sonden können aus unserer Sicht mit überzeugenden Argumenten als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des hier exemplarisch heranzuziehenden Grundbucheintrags angesehen werden. Mangels spezifischer Rechtsprechung zu dieser Fragestellung verbleibt jedoch auch hier ein Rechtsrisiko.

Nach dem **Wortlaut des Grundbucheintrags** ist zunächst entscheidend, dass im Begriffsverständnis von „Versorgungsleitungen“ nicht zwischen horizontalen und vertikalen Leitungen unterschieden wird. Vielmehr ist relevant, ob die Leitungen im wörtlichen Sinn *Etwas Bereitstellen* bzw. *für Etwas sorgen*. Die vertikalen Sonden sind zwar nicht wie die horizontalen Stichleitungen mit den Endabnehmern verbunden – dies sind die horizontalen Verteilerleitungen des Ringnetzes jedoch auch nicht. Vielmehr nehmen sie im Erdreich befindliche Geothermie in den Sole-Wasser-Kreislauf auf und leiten diese Wärme zu den horizontalen Leitungen, die diese Wärme zu den Endverbrauchern weitertransportieren. Dadurch stellen sie dem KNWN insgesamt diejenige Wärme bereit bzw. sorgen für diejenige Wärme, die die Endverbraucher letztlich nutzen.

Die vertikalen Sonden versorgen insofern das System des KNWN insgesamt mit Wärme. Eine Versorgung liegt demnach im Hinblick auf das System KNWN vor. Zudem erfolgt diese Versorgung über eine Leitung, da die Sonden leitungsgebunden mit den horizontalen Leitungen bzw. Verteilern über einen Sole-Wasser-Kreislauf miteinander verbunden sind. Nach dem Wortlaut liegen demnach hinsichtlich der vertikalen Sonden unseres Erachtens „Versorgungsleitungen“ vor – auch wenn sie (wie die horizontalen Verteilerleitungen des Ringnetzes) nicht unmittelbar mit den Endverbrauchern verbunden sind.

Auch der objektiv erkennbare **Sinn des Grundbucheintrags** lässt es nach unserem Verständnis zu, vertikale Sonden als „Versorgungsleitungen“ zu verstehen. Denn sie dienen

der Versorgung von Eigentümern von Grundstücken in Oldenburg mit Wärme und sind Teil eines Leitungsnetzes, das in die Erde eingebracht wird. Dabei wird der darüber befindliche Boden wiedereingebaut, und es werden nicht die Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung der Grundstücke überschritten.

Dagegen sprechen unseres Erachtens auch nicht tatsächliche bzw. rechtliche Unterschiede zwischen den vertikalen Sonden und horizontalen Leitungen. Diese betreffen zum einen die Tatsache, dass vertikale Sonden typischerweise 100 bis 300 Meter tief in die Erdoberfläche ragen und sich insofern von den typischen Leitungen der Fernwärme-, Strom- oder Wasserversorgung unterscheiden, die in der Regel horizontal verlaufen. Das Einbringen der Sonden erfolgt zudem nach unserer Kenntnis über senkrechte Bohrungen und nicht, wie bei den horizontalen Leitungen, durch das Ausheben von Gräben oder technisch aufwändige Verfahren der grabenlosen horizontalen Verlegung. Insofern unterscheiden sich die Platzbedarfe und die konkrete Ausführung der Bauarbeiten. Allerdings sind diese nach unserer Einschätzung für die – durch die hier exemplarisch heranzuziehende Grunddienstbarkeit ermöglichte – Grundstücksnutzung weder hinsichtlich des Flächenbedarfs für den Einbau noch hinsichtlich der Bauzeit als erhebliche Beeinträchtigung zu sehen. Im Idealfall werden Sonden und Leitungen nach unserem Verständnis regelmäßig zeitlich parallel eingebracht, sodass immer nur an einem Vorhabenabschnitt zur gleichen Zeit gearbeitet werden muss. Bei einem anschließenden Wiederverschluss der Baugruben sind die Grundstücke (mindestens) in gleicher Weise weiter benutzbar wie bei der Verlegung anderweitiger unterirdischer Versorgungsleitungen. Auch die installierten vertikalen Sonden bedürfen keiner gesteigerten Benutzung der Grundstücke. Sind die vertikalen Sonden eingebracht, ist deren Betrieb für die betroffenen Grundstücke nahezu ohne Auswirkung – anders ist dies nach unserer Einschätzung für Instandhaltungs- und Wartungsmaßnahmen zu sehen, sollten diese erforderlich werden (auch diese Aspekte sind im Ergebnis jedoch nach unserer Einschätzung nicht anders als bei anderen Versorgungsleitungen zu bewerten).

Zum anderen verfügen die vertikalen Sonden zwar im Vergleich zu den horizontal verlaufenden, lediglich verteilenden Versorgungsleitungen über die (weitere) Funktion der *Wärmegewinnung*. Sie können insofern als eine Art Energiegewinnungsanlage verstanden werden, die die weiter zu verteilende Wärme in das System leiten. In der Energiewirtschaft und im energie- und infrastrukturechtlichen Rahmen wird üblicherweise zwischen energieerzeugenden²⁶ und energieverteilenden²⁷ Anlagen unterschieden, was dafürsprechen könnte, wärmegewinnende Sonden von wärmeverteilenden (Versorgungs-)Leitungen zu

²⁶ Vgl. hierzu im Bereich Strom die Definitionen der Strom *erzeugenden* „Biomasse-/Flugwindenergie-/Freiflächen-/Solar-/Windenergie an Land-Anlagen“ gemäß § 3 Nr. 1, 12, 21a, 22, 41, 48 EEG 2023 und insbesondere der „*Erzeugungsanlagen*“ gemäß § 3 Nr. 18d EnWG: „Anlage zur Erzeugung von elektrischer Energie“.

²⁷ Vgl. hierzu im Bereich Strom und Gas die Definition der *verteilenden* „Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung“ in § 3 Nr. 17 EnWG: „*Energieversorgungsnetze, die der Verteilung von Energie an Dritte dienen und von ihrer Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen*“.

unterscheiden. Allerdings handelt es sich bei den vertikalen Sonden unseres Erachtens nicht um Energiegewinnungsanlagen im klassischen Sinn. Denn technisch betrachtet wird die über die vertikalen Sonden aufgenommene Wärme nicht über einen chemischen oder physikalisch-mechanischen Prozess *erzeugt*, wie durch einen zentralen Wärmeerzeuger, der beispielsweise im Rahmen von Verbrennungsprozessen Abwärme produziert. Vielmehr nehmen die vertikalen Sonden über einen Wärmetausch die im Erdreich bereits befindliche Umgebungswärme auf und erwärmen darüber das Wasser-Sole-Gemisch, das im gesamten KNWN zirkuliert. Da die vertikalen Sonden und horizontalen Leitungen als ein zusammenhängender Kreislauf ausgestaltet sind, wäre eine Unterteilung in einen wärmegewinnenden vertikalen und einen wärmeverteilenden horizontalen Bestandteil eines KNWN, die voneinander zu trennen sind, auf Basis des klassischen Verständnisses energieerzeugender und energieverteiler Anlagen eine aus unserer Sicht künstliche Unterscheidung. Entscheidend ist unseres Erachtens, dass die vertikalen Sonden zwar nicht (unmittelbar) mit Endverbrauchern verbunden sind, aber gleichwohl als Bestandteil der KNWN Wärme (und optional Kälte) transportieren.

Auch das Bergrecht spricht aus unserer Sicht nicht dagegen, die vertikalen Sonden als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags anzusehen. Nach § 905 Satz 1 BGB erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstück grundsätzlich auf den gesamten Erdkörper unter einem Grundstück. Allerdings gilt dies gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 Bundesberggesetz (BbergG) nicht für die gesamtwirtschaftlich bedeutsamen sog. bergfreien Bodenschätze. Für Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen zur Gewinnung von bergfreien Bodenschätzen findet vielmehr das Bergrecht Anwendung, siehe § 2 Abs. 1 Nr. 1, 3 BBergG:

„Dieses Gesetz gilt für

- 1. das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen einschließlich des Verladens, Beförderns, Abladens, Lagerns und Ablagerns von Bodenschätzen, Nebengestein und sonstigen Massen, soweit es im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten steht und sich nicht aus Absatz 4 etwas anderes ergibt, [...]*
- 3. Betriebsanlagen und Betriebseinrichtungen (Einrichtungen), die überwiegend einer der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Tätigkeiten dienen oder zu dienen bestimmt sind.“*

Die durch Bohrungen ab einer Teufe²⁸ von 400 m gewonnene Erdwärme ist aufgrund der Fiktion nach § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2b BBergG als bergfreier Bodenschatz zu behandeln. In der genannten Vorschrift heißt es:

„Als bergfreie Bodenschätze gelten [...], soweit sich aus aufrechterhaltenen alten Rechten (§§ 149 bis 159) nichts anderes ergibt, [...] Erdwärme aus Bohrungen ab

²⁸ Teufe ist die bergmännische und im Gesetz verwendete Bezeichnung für die Tiefe.

einer Teufe von 400 Metern und die im Zusammenhang mit ihrer Gewinnung auftretenden anderen Energien.“

Die Gewinnung dieser Erdwärme bedarf grundsätzlich einer Bewilligung gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 BBergG:

*„Die Bewilligung gewährt das ausschließliche Recht, nach den Vorschriften dieses Gesetzes
1. in einem bestimmten Feld (Bewilligungsfeld) die in der Bewilligung bezeichneten Bodenschätze aufzusuchen, zu gewinnen und andere Bodenschätze mitzugewinnen sowie das Eigentum an den Bodenschätzen zu erwerben“.*

Daher bedarf es zur Gewinnung der Erdwärme mittels vertikaler Sonden ab einer Teufe von 400 m grundsätzlich einer bergrechtlichen Bewilligung nach § 8 BBergG.²⁹ Dies ist jedoch nach unserer Einschätzung für die Einstufung von vertikalen Sonden als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags unerheblich.

Denn erstens erfolgen die Bohrungen für die vertikalen Sonden der KNWN in Regel nur bis zu einer Teufe von 300 m. Zudem liegt bei Geothermieranlagen keine „Gewinnung“ der Erdwärme im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 BBergG vor, wenn in einem Grundstück aus Anlass oder im Zusammenhang mit dessen baulicher oder sonstiger städtebaulicher Nutzung Bodenschätze gelöst oder freigesetzt werden. Aufgrund dessen ist das BBergG auf das Lösen und Freisetzen von Erdwärme für die Beheizung eines Grundstücks mangels einer „Gewinnung“ im Sinne des BBergG nicht anwendbar.³⁰ Dies gilt lediglich dann nicht, wenn die Erdwärme gewonnen wird, um damit auf anderen oder mehreren Grundstücken, die nicht im unmittelbaren oder betrieblichen Zusammenhang stehen, genutzt zu werden. Gleiches gilt, wenn die Förderung der Fernwärme zur Erzeugung von Fernwärme dienen und in ein allgemeines Versorgungsnetz eingespeist wird oder bei Schrägbohrungen über mehrere Grundstücke hinweg.³¹ Wird die Erdwärme in ein KNWN eingespeist, das auch der Versorgung anderer Grundstücke dient, ist das BBergG demnach zwar anwendbar, jedoch nur bei Bohrungen ab einer Teufe von 400 Meter, was bei KNWN regelmäßig nicht der Fall ist.

Zweitens kommt es für die Anwendbarkeit der Benutzungsdienstbarkeit lediglich darauf an, ob es sich bei den vertikalen Sonden um „Versorgungsleitungen“ handelt und ob sich die Bedarfssteigerung (hier die vertikale anstelle einer horizontalen Leitungsverlegung) in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht voraussehbare oder willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist. Mit Blick auf die tatsächliche Wirkung des Leitungsrechts, nämlich Leitungen unterirdisch verlegen zu dürfen, ist aus Sicht des dienenden Grundstücks nicht ersichtlich, weshalb das punktuelle Einbringen vertikaler Sonden eine

²⁹ Weiss, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 137. Das Bergrecht und seine energiewirtschaftlichen Bezüge, Rn. 167.

³⁰ Pottschmidt, in: Frenz (Hrsg.), BBergG Kommentar, 1. Aufl. 2019, § 3 Rn. 39 m. w. N.

³¹ Pottschmidt, in: Frenz (Hrsg.), BBergG Kommentar, 1. Aufl. 2019, § 3 Rn. 40 m. w. N.

Bedarfssteigerung auslösen könnte, die eine nicht voraussehbare oder willkürliche Benutzungsänderung nach sich zöge.

Nach alledem halten wir es für rechtlich vertretbar, auch vertikale Sonden von KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags zu werten, weisen jedoch darauf hin, dass ein mit dieser Frage befasstes Gericht auch eine gegenteilige Ansicht vertreten könnte.

Falls Bestandteile eines KNWN nicht als „Versorgungsleitungen“ im Sinne des Grundbucheintrags gewertet werden, gelten die unter 4.1.8 aufgenommenen Ausführungen zur Rechtslage bei fehlendem Grundbucheintrag.

4.1.2 Einfluss der Systemtemperatur auf Einstufung als Versorgungsleitung

Die Systemtemperatur (Nutztemperatur) einer Versorgungsleitung hat nach unserer Auffassung keinen Einfluss auf die Einstufung einer horizontalen Leitung oder vertikalen Sonde als „Versorgungsleitung“ im Sinne des Grundbucheintrags.

Was unter „Versorgungsleitungen“ im Sinne der im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit zu verstehen ist und ob hierfür die Systemtemperatur von Einfluss ist, ist abhängig vom Umfang der Grunddienstbarkeit. Dieser ergibt sich über eine Auslegung des *Wortlauts* und des *Sinns* der Eintragung selbst oder, sofern in der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wurde, aus dem Grundbucheintrag in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung.³² Dabei ist die bei objektiver Betrachtung für einen unbefangenen Betrachter nächstliegende Bedeutung maßgebend.³³

Der oben unter 4.1.1 unserer Einschätzung nach ermittelte Umfang der eingetragenen Benutzungsdienstbarkeit zeigt insoweit, dass es bei Einordnung einer Wärmeleitung als „Versorgungsleitung“ im Sinne des Grundbucheintrags nicht relevant ist, wie hoch die Betriebstemperatur der Leitung ist.

4.1.3 Erlaubnis/Einverständniserklärung von betroffenen Eigentümern

Fallen horizontale Leitungen und vertikale Sonden eines KNWN unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ im Sinne eines vorliegenden Grundbucheintrags, wie hier exemplarisch zugrunde zu legen war, ist für das Verlegen und den unterirdischen Verbleib dieser Leitungen keine Erlaubnis/Einverständniserklärung von den betroffenen Eigentümern einzuholen.

Eine im Grundbuch gemäß § 1018 Alt. 1 BGB eingetragene Benutzungsdienstbarkeit gewährt dem Berechtigten das Recht, ein belastetes Grundstück in einzelnen Beziehungen

³² *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 12 f.

³³ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 26.

zu benutzen.³⁴ Da das Recht zur Benutzung insofern bereits besteht, ist es – sofern im Grundbuch keine anderweitige Regelung zur Beteiligung des Grundstückseigentümers vorgesehen ist – nicht erforderlich, dass der Grundstückseigentümer die Benutzung erlauben oder hierzu sein Einverständnis erklären muss.

Nach § 1020 Satz 1 BGB hat der Berechtigte einer Benutzungsdienstbarkeit bei Ausübung einer Grunddienstbarkeit jedoch das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks „tunlichst zu schonen“. Der Verpflichtete hingegen muss alle Beeinträchtigungen dulden, ohne die die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann.³⁵ Dies folgt aus einem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis, welches durch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit entsteht.³⁶ Der Berechtigte ist demzufolge aufgrund der Benutzungsdienstbarkeit zur Ausübung der Benutzung befugt, der Grundstückseigentümer hingegen zur Duldung verpflichtet.

Inhalt und Umfang der erlaubten Benutzung bzw. verpflichtenden Duldung ergeben sich aus dem im Grundbuch eingetragenen Recht, gegebenenfalls in Zusammenschau mit einer in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung.³⁷ Dabei ist die bei objektiver Betrachtung für einen unbefangenen Betrachter nächstliegende Bedeutung maßgebend.³⁸ Da uns eine Eintragungsbewilligung nicht vorliegt, orientieren wir uns am Wortlaut und Sinn des Grundbucheintrags.

Vorliegend ist im Grundbuch ein *„Versorgungsleitungsrecht (einschließlich Mitbenutzung von Revisionsschächten) [...] für die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke von Oldenburg“* eingetragen. Ein „Leitungsrecht“ muss nach unserer Einschätzung regelmäßig das Verlegen der Leitung sowie ihren unterirdischen Verbleib umfassen. Denn betroffene Grundstückseigentümer eines dienenden Grundstücks sind dazu verpflichtet, alle Beeinträchtigungen zu dulden, ohne die die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann.³⁹ Gleichwohl weisen wir darauf hin, dass uns bekannte Eintragungsbewilligungen aus jüngerer Zeit in der Regel auch explizit das Verlegen der Leitung sowie z. B. auch Instandhaltungsarbeiten benennen.

Dieses Recht gilt hier für „Versorgungsleitungen“. Die durch die Benutzungsdienstbarkeit berechtigten Grundstückseigentümer Oldenburgs dürfen damit unter den betroffenen Grundstücken nach unserer Einschätzung „Versorgungsleitungen“ zur dauerhaften Nutzung verlegen. Da die verpflichteten Grundstückseigentümer alle Beeinträchtigungen dulden müssen, ohne die die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann, sind sie daher nach unserem Verständnis des Grundbucheintrags sowohl zur Duldung der Baumaßnahmen für das Verlegen als auch des Verbleibs der Versorgungsleitungen im Boden verpflichtet. Da explizite Rechtsprechung zu dieser Fragestellung nicht vorliegt, können wir jedoch nicht

³⁴ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 28.

³⁵ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 5.

³⁶ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 10.

³⁷ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 12 f.

³⁸ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 26.

³⁹ Vgl. *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 5.

ausschließen, dass ein Gericht den Umfang der Grunddienstbarkeit anders auslegen könnte.

4.1.4 Rechtliches Vorgehen gegen das Verlegen von Leitungen

Wird der Umfang der jeweiligen Grunddienstbarkeiten eingehalten, können Grundstückseigentümer nicht mit Erfolgsaussichten gegen das Verlegen von Leitungen und/oder Erdwärmesonden über ihren Teil der Privatstraße vorgehen, selbst wenn sie nicht an das KNWN angeschlossen werden möchten. Bei Verstößen gegen die Regelungen über Grunddienstbarkeiten könnte rechtlich gegen die rechtswidrigen Handlungen vorgegangen werden.

Wie bereits dargelegt (siehe oben 4.1.3) bedarf es zur Ausübung des in der Benutzungsdienstbarkeit genannten Leitungsrechts keiner Erlaubnis, Einverständniserklärung oder sonstigen Zustimmung der Grundstückseigentümer. Sie sind dazu verpflichtet, alle Beeinträchtigungen zu dulden, ohne die die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann.⁴⁰ Dies gilt unabhängig davon, ob die betroffenen Grundstückseigentümer an das KNWN angeschlossen werden möchten oder nicht.

Werden jedoch die Regelungen zur Ausübung von Grunddienstbarkeiten nicht eingehalten, können sich betroffene Grundstückseigentümer gegen die dann rechtswidrigen Handlungen wehren. So kann ein betroffener Grundstückseigentümer beispielsweise nach §§ 1004, 1020 Satz 1 BGB einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung einer Störung gegen den Berechtigten geltend machen, wenn die Schonungspflicht nach § 1020 Satz 1 BGB verletzt wird. Nach § 1020 Satz 1 BGB hat der Berechtigte bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. § 1020 Satz 1 BGB begründet insofern eine echte schuldrechtliche Verhaltenspflicht.⁴¹ Verstößt der Berechtigte gegen diese Verhaltenspflicht, liegt eine Störung vor. Zudem werden Grundstückseigentümer durch die Schonungspflicht nach § 1020 Satz 1 BGB vor übermäßigen Inanspruchnahmen durch den Berechtigten geschützt.⁴² Bei der Prüfung, ob eine Dienstbarkeit schonend ausgeübt wird, sind das Interesse des Grundstückseigentümers an der ungehinderten Nutzung seines Grundstücks und das Interesse des Begünstigten an der sachgemäßen Ausübung seines Rechts gegeneinander abzuwägen.⁴³ Das Ergebnis hängt von den Umständen des Einzelfalls ab; hierzu zählen auch individuelle, in der Person des Dienstbarkeitsberechtigten bzw. des Dienstbarkeitsverpflichteten begründete Gegebenheiten.⁴⁴ Das Verlegen von Versorgungsleitungen an sich ist jedoch nach unserem Verständnis der hier exemplarisch zugrunde zu legenden Grund-

⁴⁰ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 5.

⁴¹ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 7.

⁴² *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 5.

⁴³ BGH, Versäumnisurt. v. 23.01.2015 – V ZR 184/14, NJW-RR 2015, 785 Rn. 10.

⁴⁴ BGH, Versäumnisurt. v. 23.01.2015 – V ZR 184/14, NJW-RR 2015, 785 Rn. 10.

dienstbarkeit vom Umfang der konkreten Benutzungsdienstbarkeit umfasst und bietet daher keinen rechtlichen Ansatzpunkt, um aus Sicht des Grundstückseigentümers einen Unterlassungsanspruch nach §§ 1004, 1020 Satz 1 BGB geltend machen zu können.

Anders verhält es sich beispielsweise bei Berechtigten anderer im Grundbuch eingetragener Grunddienstbarkeiten. Diese können gemäß § 1024 BGB eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen, wenn eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an einem Grundstück dergestalt zusammentrifft, dass die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können und die Rechte gleichen Rang haben. Da das gegenständliche „Versorgungsleitungsrecht“ mit anderen Grunddienstbarkeiten *„mit untereinander gleichem Rang“* im Grundbuch eingetragen ist, sind beim Verlegen der Versorgungsleitungen eines KNWN Belange anderer Berechtigten mit gleichem Rang zu berücksichtigen. Im konkreten Grundbuchauszug ist beispielsweise unter gleichem Rang ein „Entsorgungsleitungsrecht“ eingetragen. Dieses berechtigt zum Verlegen von Abwasserleitungen, die das Abwasser zu Sammelkanälen führen. Bei vorhandener (Wohn-)Bebauung sind Abwasserleitungen in der Regel bereits im Erdreich installiert. Beim Verlegen der Versorgungsleitungen eines KNWN ist darauf zu achten, die Abwasserleitungen nicht zu beschädigen und ihren Betrieb nicht zu beeinträchtigen, um die Belange des Entsorgungsbetriebes, der die Abwasserleitungen betreibt,⁴⁵ zu beachten.

Schließlich ist zu beachten, dass der Berechtigte sich nur so lange auf die eingetragene Grunddienstbarkeit berufen kann, bis diese erlischt. Die Grunddienstbarkeit erlischt gemäß §§ 875, 876 BGB i.V.m. § 21 GBO bei rechtsgeschäftlicher Aufhebung durch Erklärung des Berechtigten und Löschung. Im Übrigen erlischt die Grunddienstbarkeit auch bei Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins gemäß §§ 158 Abs. 2, 163 BGB, durch Verjährung bei einer sog. Buchversitzung (oder Tabularverschweigung genannt)⁴⁶ gemäß § 901 BGB und Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung einer beeinträchtigenden Anlage gemäß § 1028 Abs. 1 BGB sowie bei Teilung des herrschenden bzw. dienenden Grundstücks gemäß §§ 1025 Satz 2, 1026 BGB. Sie erlischt ferner im Rahmen eines gutgläubig-lastenfreien Erwerbs des dienenden Grundstücks nach § 892 BGB. Maßgeblich ist insoweit allein das Grundbuchblatt des dienenden (belasteten) Grundstücks, nicht dagegen dasjenige des herrschenden Grundstücks. Weitere Erlöschensgründe sind der endgültige Wegfall des Vorteils im Sinne von § 1019 BGB und die dauernde Unmöglichkeit der Ausübung der Grunddienstbarkeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen.⁴⁷

⁴⁵ In Oldenburg betreibt der Oldenburgisch-Ostfriesische Wasserverband (OOWV) die öffentlichen Abwasserleitungen und ist für die zentrale Abwasserbeseitigung zuständig.

⁴⁶ Eine Buchversitzung oder Tabularverschweigung beschreibt das Erlöschen eines an einem fremden Grundstück bestehenden Rechts, wenn dieses im Grundbuch zu Unrecht gelöscht wurde und der Anspruch des Berechtigten gegen den Eigentümer verjährt ist. Das Gleiche gilt, wenn ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstück nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist, vgl. § 901 BGB.

⁴⁷ *Mohr*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 77.

4.1.5 Entschädigungsansprüche von Nicht-Mitwirkenden/ Nicht-Anschlussnehmenden

Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende können grundsätzlich keine Entschädigungszahlungen für z. B. Oberflächenarbeiten für das Verlegen von Versorgungsleitungen eines KNWN im Verkehrs-/Straßenraum geltend machen, wenn der betroffene Verkehrs-/Straßenraum in ihrem (Teil-)Eigentum steht und entsprechend dem hier zu begutachtenden Ausgangsfall ein Ver- und Entsorgungsleitungsrecht als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, in dessen Rahmen die Verlegung eines KNWN vorgenommen wird.

Es ist gesetzlich nicht vorgesehen, dass das Verlegen einer Leitung eines KNWN im Rahmen eines grundbuchlich gesicherten Leitungsrechts einen Anspruch auf Entschädigungszahlung an einen Nicht-Mitwirkenden oder Nicht-Anschlussnehmenden verursacht.

In der gemäß der Rechtsprechung des BGH auf KNWN anwendbaren AVBFernwärmeV⁴⁸ ist keine dementsprechende Regelung enthalten. So ist unter anderem nur für Kunden und Anschlussnehmende von Fernwärmenetzen (und damit auch von KNWN, siehe oben) – die Grundstückseigentümer sind – geregelt, dass sie für Zwecke der örtlichen Versorgung das Anbringen und Verlegen von Leitungen zur Zu- und Fortleitung von (Fern-)Wärme über ihre im gleichen Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke und in ihren Gebäuden, ferner das Anbringen sonstiger Verteilungsanlagen und von Zubehör sowie erforderliche Schutzmaßnahmen *unentgeltlich* zuzulassen haben. Diese Pflicht betrifft nur Grundstücke, die an die (Fern-)Wärmeversorgung angeschlossen sind, die vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der (Fern-)Wärmeversorgung eines angeschlossenen Grundstücks genutzt werden oder für die die Möglichkeit der (Fern-)Wärmeversorgung sonst wirtschaftlich vorteilhaft ist. Die Pflicht entfällt, wenn die Inanspruchnahme der Grundstücke den Eigentümer mehr als notwendig oder in unzumutbarer Weise belasten würde, § 8 Abs. 1 AVBFernwärmeV. Darüber hinaus hat ein Grundstückseigentümer bei Einstellung des (Fern-)Wärmebezugs die Entfernung der Einrichtungen zu gestatten oder sie auf Verlangen des Unternehmens noch fünf Jahre *unentgeltlich* zu dulden, es sei denn, dass ihm dies nicht zugemutet werden kann, § 8 Abs. 4 AVBFernwärmeV. Kunden und Anschlussnehmer, die nicht Grundstückseigentümer sind, haben auf Verlangen des (Fern-)Wärmeversorgungsunternehmens die schriftliche Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Benutzung des zu versorgenden Grundstücks und Gebäudes im Sinne von § 8 Abs. 1 und 4 AVBFernwärmeV beizubringen, vgl. § 8 Abs. 5 AVBFernwärmeV. Im

⁴⁸ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181 sowie oben unter 4.1.1., wonach Nahwärme auch unter den Begriff der Fernwärme im Sinne der AVBFernwärmeV zu fassen ist. Ob die generelle Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV dazu führt, dass alle Vorgaben der AVBFernwärmeV verpflichtend auf KNWN anzuwenden sind, ist aktuell noch nicht entschieden. Im Ergebnis würde dies jedenfalls nicht in jeder Hinsicht den Eigenschaften und Zielen von KNWN gerecht werden. Dies betrifft beispielsweise die in § 24 AVBFernwärmeV i. V. m. der FFVAV vorgesehenen, verbrauchsabhängigen Abrechnung, die bei KNWN in der Regel nicht gewollt ist. Insofern sind gesetzgeberische Klarstellungen zur Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV und gegebenenfalls auf KNWN abgestimmte Regelungen wünschenswert.

Gegensatz zu diesen Regelungen über die unentgeltliche Bereitstellung von zu versorgenden Grundstücken für Kunden oder Anschlussnehmende enthält die AVBFernwärmeV keine Regelung zu einer etwaigen Entschädigung oder zu einem Entgelt für Nicht-Mitwirkende oder Nicht-Anschlussnehmende für die Verlegung von Wärmenetzen auf ihren Grundstücken.

Die Entgeltlichkeit/Unentgeltlichkeit einer Benutzungsdienstbarkeit kann sich auch nicht aus jener selbst ergeben, sondern lediglich aus dem der Bestellung zugrundeliegenden Schuldverhältnis.⁴⁹ Ist bei Bestellung der Grunddienstbarkeit vertraglich keine Regelung zu einer etwaigen Entgeltlichkeit der Benutzungsdienstbarkeit getroffen worden, können keine Ansprüche auf eine Zahlung oder Entschädigung für die rechtmäßige Ausführung der Benutzungsdienstbarkeit entstehen. Betroffene Grundstückseigentümer eines dienenden Grundstücks sind dazu verpflichtet, alle Beeinträchtigungen zu dulden, ohne die die Dienstbarkeit nicht ausgeübt werden kann.⁵⁰ Diese Duldung wird grundsätzlich nicht entschädigt.

Allerdings folgt aus der Bestellung einer Grunddienstbarkeit zwingend ein gesetzliches Begleitschuldverhältnis zwischen dem Eigentümer des belasteten (dienenden) Grundstücks und des begünstigten (herrschenden) Grundstücks, die die Eintragung der Grunddienstbarkeit vereinbart haben.⁵¹ Das führt dazu, dass insbesondere die schuldrechtlichen Regelungen über Schadensersatzansprüche wegen vertraglichen (Neben-)Pflichtverletzungen aus §§ 280 ff. BGB oder Rechtsverletzungen aus §§ 823, 1004, 242, 254, 278 BGB, Anwendung finden.⁵²

Fallgestaltungen, in denen wegen Pflicht- und/oder Rechtsverletzungen Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden könnten, sind vielfältig. Entschädigungsansprüche sind jedenfalls bei der Verletzung von Rechten und Pflichten aus dem Begleitschuldverhältnis und einem damit verbundenen Schadensfall eines Nicht-Mitwirkenden/-Anschlussnehmenden denkbar. Sofern aber Oberflächenarbeiten im Verkehrs-/Straßenraum im Rahmen der schonenden Ausübung nach § 1020 Satz 1 BGB durchgeführt werden, sind Nicht-Mitwirkende/-Anschlussnehmende zur Duldung solcher Arbeiten verpflichtet. Gleiches gilt hinsichtlich der Instandhaltung einer Anlage auf dem belasteten Grundstück, die zur Ausübung der Dienstbarkeit vom Berechtigten gehalten wird und von diesem in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten ist, soweit das Interesse des Eigentümers des erfordert, § 1020 Satz 2 BGB. Schadensersatzansprüche kommen in den letzteren beiden Fällen nicht in Betracht.

Schadensersatzansprüche wegen des Verlegens von Leitungen im Verkehrs-/Straßenraum sind beispielsweise denkbar, wenn durch das bzw. beim/nach dem Verlegen der Leitungen Eigentum beschädigt oder nicht ordnungsgemäß wiederhergestellt wird (bei-

⁴⁹ *Reischl*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed. 01.05.2025, § 1018 Rn. 47.

⁵⁰ Vgl. *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 5.

⁵¹ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 10.

⁵² *Reischl*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed. 01.05.2025, § 1018 Rn. 3.

spielsweise der Bodenbelag einer Straße im Privateigentum), es nach Beginn der Bauarbeiten zu erheblichen Verzögerungen im Bauablauf kommt und Grundstücke oder Betriebe über längere Zeit kaum oder nicht zu erreichen sind oder wenn nach erfolgter Verlegung Schäden durch die Leitungen bei Grundstückseigentümern verursacht werden (beispielsweise durch Rohrbrüche). Letztlich kommt es für einen Schadensersatzanspruch jedoch auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

Zudem besteht nach § 1020 Satz 2 BGB eine Unterhaltungspflicht für den Dienstbarkeitsberechtigten, wonach dieser eine Anlage, die er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück hält, in einem ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten hat, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert. Damit wird das Integritätsinteresse des Grundstückseigentümers geschützt, wonach seine Rechtsgüter vor Beeinträchtigungen durch den äußeren Zustand der Anlage zu schützen sind.⁵³ Der Dienstbarkeitsberechtigte und Grundstückseigentümer können die Unterhaltungspflicht durch eine gemäß §§ 1105, 873 BGB rechtsgeschäftlich bestellte Reallast am herrschenden Grundstück sichern. Verletzt der Berechtigte die Unterhaltungspflicht, steht dem Eigentümer die Abwehrklage aus § 1004 BGB auf Beseitigung bzw. Unterlassung zu, da eine Beeinträchtigung seines Eigentums vorliegt. Weigert sich der Dienstbarkeitsberechtigte, eine Unterhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahme durchzuführen, die das Interesse des Grundstückseigentümers erfordert, kann der Eigentümer die Maßnahme durchführen lassen und vom Berechtigten im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung gemäß den §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, Abs. 2 BGB die Erstattung der Kosten im Umfang von dessen Kostenbeteiligung verlangen.

Eine Schadensersatzpflicht des Berechtigten kann sich ergänzend aus den §§ 823, 831, 836–838 BGB ergeben.⁵⁴

Werden auf Basis der Benutzungsdienstbarkeit verlegte kalte Nahwärmeleitungen nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand erhalten, können betroffene Grundstückseigentümer nach den genannten Voraussetzungen Schadensersatz verlangen.

Darüber hinaus kann in Fällen, in denen sich jemand, wie beispielsweise der Betreiber eines KNWN, durch die Grundstücksnutzung ungerechtfertigt bereichert (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB), Grundstückseigentümern ein Entschädigungsanspruch zustehen. Eine ungerechtfertigte Bereicherung nach §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB liegt jedoch nicht vor, solange die Nutzung eines Grundstücks und des darunter befindlichen Erdreiches von einer eingetragenen Grunddienstbarkeit gedeckt ist. Einem Grundstückseigentümer muss der Wert von Nutzungen seines Grundstücks lediglich dann ersetzt werden, wenn sich jemand durch die Nutzung, etwa ein auf seinem Grundstück verlegtes KNWN, ungerechtfertigt bereichert, §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 2 BGB.⁵⁵ Dies gilt nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB jedoch nur, sofern die Nutzung *ohne*

⁵³ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 12.

⁵⁴ *Mohr*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1020 Rn. 13.

⁵⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1980 – III ZR 146/78, juris, Rn. 27.

rechtlichen Grund erfolgt. Ist die Grundstücksnutzung über eine eingetragene Grunddienstbarkeit gedeckt, liegt ein rechtlicher Grund vor, der eine ungerechtfertigte Bereicherung ausschließt.

4.1.6 Entrichtung von Nutzungsentgelten von Nicht-Mitwirkenden / Nicht-Anschlussnehmenden für ein KNWN

Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende müssen keine Nutzungsentgelte für ein KNWN entrichten.

Ein Nutzungsentgelt ist eine Gebühr für die Nutzung eines Netzes, die jeder Netznutzer an den Netzbetreiber zu entrichten hat. Dieses Nutzungsentgelt kann gesetzlich festgelegt sein, wie beispielsweise im Bereich der Strom- und Gasnetzversorgung. Rechtsgrundlage für die Erhebung von Nutzungsentgelten für die Nutzung von Strom- und Gasnetzen ist beispielsweise § 21 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) in Verbindung mit der Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV) bzw. der Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV). § 21 EnWG regelt die Bedingungen und Entgelte für den Netzzugang zu Strom- und Gasnetzen und legt die Kompetenzen der Regulierungsbehörde fest, die die Höhe des Netznutzungsentgelts bestimmt oder auf Antrag genehmigt. Ist ein Nutzungsentgelt gesetzlich nicht geregelt, kann dies auch über privatrechtliche Verträge zwischen einem Netzbetreiber und einem Netznutzer festgelegt werden.

Im Bereich der kalten Nahwärme existiert keine gesetzliche Regelung zur Erhebung von Nutzungsentgelten für KNWN. In der für die kalte Nahwärme anwendbaren AVBFernwärmeV⁵⁶ ist in § 24 Abs. 1 in Verbindung mit der FFVAV die Abrechnung der Wärme- bzw. Kälteversorgung geregelt. Eine den Netznutzungsentgelten im Bereich der Strom- und Gasversorgung vergleichbare Regelung existiert dabei jedoch nicht.

Daher kommt eine Entrichtung von Nutzungsentgelten allenfalls durch vertragliche Vereinbarungen in Betracht, die zwischen dem Netzbetreiber eines KNWN und Anschlussnehmenden geschlossen werden können. Derartige Verträge können jedoch keine Pflicht zur Entrichtung von Nicht-Mitwirkenden oder Nicht-Anschlussnehmenden enthalten, die nicht selbst Vertragspartei sind. Dabei würde es sich um einen sog. Vertrag zu Lasten Dritter handeln, der mit der Privatautonomie nicht vereinbar und daher unzulässig wäre.⁵⁷

4.1.7 Nutzungsentgelte für Nicht-Mitwirkende / Nicht-Anschlussnehmende für die Nutzung ihres Grundstücks

Nicht-Mitwirkende und Nicht-Anschlussnehmende können für die Nutzung ihres Grundstücks bzw. des Erdreiches durch KNWN nur dann Nutzungsentgelte verlangen, wenn dies

⁵⁶ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181 sowie oben unter 4.1.1.

⁵⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, juris, Rn. 31; Janoschek, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed. 01.05.2025, § 328 Rn. 5 m. w. N.

bei Bestellung der Grunddienstbarkeit schuldrechtlich mit vereinbart wurde oder nachträglich vertraglich vereinbart wird.

Für die Nutzung von Grundstücken können nicht-mitwirkende und nicht-anschlussnehmende Grundstückseigentümer ein Nutzungsentgelt verlangen, wenn dies bei Bestellung der Grunddienstbarkeit für das eingetragene Versorgungsleitungsrecht schuldrechtlich vereinbart wurde. Grundlage einer Grunddienstbarkeit ist in der Regel ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, in dem sich der Grundstückseigentümer zur Bestellung der Grunddienstbarkeit verpflichtet. Zudem kann neben der Bestellungsverpflichtung eine Regelung über Entgelte bzw. die Unentgeltlichkeit der Nutzung aufgenommen werden.⁵⁸ Wurde eine Regelung zur Entgeltlichkeit vereinbart, ist der Berechtigte der Grunddienstbarkeit zur Entrichtung des Entgelts aus dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft verpflichtet. Besteht eine solche Regelung nicht, führt die bestellte Grunddienstbarkeit kraft Gesetzes nicht dazu, dass bei ihrer Nutzung ein Entgelt zu entrichten wäre. In diesem Fall könnte beispielsweise der Betreiber eines KNWN nicht dazu verpflichtet werden, für die Verlegung des KNWN ein Nutzungsentgelt zu entrichten. Ob im Falle des konkret zu prüfenden Grundbucheintrags ein Entgelt zu entrichten ist, richtet sich folglich nach dem Inhalt des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts. Dementsprechend zu prüfende Unterlagen lagen uns zur Begutachtung nicht vor.

Des Weiteren besteht für den Grundstückseigentümer auch nachträglich noch die Möglichkeit, mit einem Grundstücksnutzer oder Grunddienstbarkeitsberechtigten, hier beispielsweise dem Betreiber eines KNWN, eine vertragliche Vereinbarung über die Entgeltlichkeit der Grundstücksnutzung zu schließen. Den Vertragsparteien steht es insofern frei, sich auf freiwilliger Basis über die Bedingungen und die Höhe einer Vergütung zu einigen. Insofern gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Darüber hinaus können Nicht-Mitwirkende bzw. Nicht-Anschlussnehmende grundsätzlich keine Entschädigungszahlungen für z. B. Oberflächenarbeiten für das Verlegen von Versorgungsleitungen eines KNWN im Verkehrs-/Straßenraum geltend machen, wenn der betroffene Verkehrs-/Straßenraum in ihrem (Teil-)Eigentum steht und entsprechend dem hier zu begutachtenden Ausgangsfall ein Ver- und Entsorgungsleitungsrecht als Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist, in dessen Rahmen die Verlegung eines KNWN vorgenommen wird (vgl. dazu auch die Ausführungen oben unter 4.1.5).

4.1.8 Rechtslage bei fehlendem Grundbucheintrag

Die Nutzung von Grundstücken bzw. Nachbargrundstücken für Bestandteile eines KNWN ist ohne ein im Grundbuch eingetragenes Leitungsrecht trotz des Herrschaftsrechts eines Grundstückseigentümers über sein Grundstück nach §§ 903, 905 BGB möglich, sofern eine Duldungspflicht nach § 905 Satz 2 BGB, § 8 AVBFernwärmeV oder ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog geltend gemacht werden kann.

⁵⁸ *Mohr*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 7.

Die Befugnisse eines Grundstückseigentümers richten sich grundsätzlich nach der allgemeinen Regelung des § 903 BGB.⁵⁹ Danach kann der Eigentümer, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen, § 903 Satz 1 BGB. Der Grundstückseigentümer hat insofern die rechtliche und tatsächliche Herrschaft über sein Grundstück und darüber ein sog. Herrschaftsrecht.⁶⁰ Dieses Herrschaftsrecht erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche eines Grundstücks, § 905 Satz 1 BGB. Zwar kann der Eigentümer beliebig mit dem Grundstück verfahren und andere von der Nutzung seines Grundstücks ausschließen wie auch das Verlegen von Leitungen unter seinem Grundstück verbieten.⁶¹ Allerdings haben die in § 903 Satz 1 BGB genannten *Rechte Dritter* und *Gesetze* eine für dieses Herrschaftsrecht einschränkende Bedeutung. Gerade aufgrund der engen Beziehungen eines Grundstücks zu seinen Nachbargrundstücken können die Herrschaftsbefugnisse eines Grundstückseigentümers aufgrund nachbarlicher Interessen begrenzt sein.⁶²

Besteht keine Möglichkeit einer vertraglichen Einigung über die Nutzung eines Grundstücks, kann ein Grundstückseigentümer in den nachfolgend erläuterten Fällen dazu verpflichtet sein, die Nutzung seines Grundstücks für die Bestandteile eines KNWN zu dulden.

4.1.8.1 Grundstücksbenutzung nach § 905 Satz 2 BGB

Sofern Einwirkungen auf ein Grundstück in einer solchen Tiefe vorgenommen werden, dass ein Grundstückseigentümer an der Ausschließung dieser Einwirkungen kein Interesse hat, muss er diese dulden, § 905 Satz 2 BGB.

Wann ein Interesse an der Ausschließung als sog. Ausschließungsinteresse vorliegt, richtet sich nach der Verkehrsanschauung. Bei welcher Tiefe dieses Ausschließungsinteresse entfällt, lässt sich nicht allgemein festlegen. Entscheidend sind die konkreten Verhältnisse des Einzelfalls, wobei jedes schutzwürdige Interesse das Verbotungsrecht begründen kann. Einer konkreten Beeinträchtigung bedarf es insofern nicht. Das Interesse des Eigentümers muss aber gerade an der Benutzung des Grundstücks bestehen. Zu berücksichtigen sind auch solche Umstände, die erst in der Zukunft eine Behinderung besorgen lassen. Deshalb kann es für das Ausschließungsinteresse beispielsweise ausreichen, wenn sich in der Tiefe des Grundstücks eingebrachte Gegenstände bei einer späteren Bebauung als

⁵⁹ Lücke, in: Grziwotz/Lücke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 1. Grundeigentum und Nachbarrecht, Rn. 12.

⁶⁰ Lücke, in: Grziwotz/Lücke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 1. Grundeigentum und Nachbarrecht, Rn. 12.

⁶¹ Vgl. Lücke, in: Grziwotz/Lücke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 1. Grundeigentum und Nachbarrecht, Rn. 33.

⁶² Lücke, in: Grziwotz/Lücke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 1. Grundeigentum und Nachbarrecht, Rn. 12.

hinderlich erweisen könnten.⁶³ Nur wenn auf Seiten des Grundstückseigentümers ein Ausschließungsinteresse an einer Einwirkung besteht, ist der Grundstückseigentümer zur Duldung der Einwirkung nicht verpflichtet.

Es ist beispielsweise denkbar, dass eine Erdsonde eines KNWN (versehentlich) beim Einbringen in das Erdreich unter ein Grundstück gelangt, für das kein grundbuchlich gesichertes Versorgungsleitungsrecht besteht. Geschieht dies in einer solchen Tiefe, dass für den Grundstückseigentümer kein Ausschließungsinteresse an dem Belassen der Erdsonde unter seinem Grundstück besteht, ist er zur Duldung gemäß § 905 Satz 2 BGB verpflichtet.

Für das Vorliegen eines Ausschließungsinteresses wäre es nicht ausreichend, dass keine Grunddienstbarkeit bestellt oder auch keine Vergütung vereinbart wurde. Denn § 905 Satz 2 BGB soll gerade die Duldung in den Fällen ermöglichen, in denen keine Vereinbarung über die Nutzung eines Grundstücks getroffen wurde. Zudem ist in der Rechtsprechung geklärt, dass das Interesse an einem Entgelt für die Nutzung regelmäßig nicht dafür ausreicht, um ein Ausschließungsinteresse zu begründen.⁶⁴ Erhält der Grundstückseigentümer kein Nutzungsentgelt für die Nutzung seines Grundstücks, kann er aufgrund dessen die Nutzung seines Grundstücks in einer Tiefe, die keine anderweitigen schutzwürdigen Interessen seinerseits berührt, nicht grundsätzlich verbieten.⁶⁵ Dies gilt lediglich dann nicht, wenn eine konkrete anderweitige Vergütungsabrede zur Nutzung des Grundstücks bereits besteht⁶⁶ und die zu verbietende Einwirkung nicht neben der zu vergütenden Nutzung bestehen kann.⁶⁷ Kann sich der Grundstückseigentümer nicht auf ein anderes, schutzwürdiges, gegebenenfalls künftiges Interesse berufen, beispielsweise indem sich eine in der Tiefe seines Grundstücks eingebrachte Erdsonde bei einer späteren Bebauung als hinderlich erweisen könnten,⁶⁸ ist er zur Duldung der Erdsonde verpflichtet.

4.1.8.2 Grundstücksbenutzung nach § 8 AVBFernwärmeV

Eine weitere Möglichkeit, über die ein Grundstückseigentümer zur Duldung einer Benutzung seines Grundstücks für Bestandteile eines KNWN verpflichtet sein kann, besteht für Kunden und Anschlussnehmer bei Grundstücken, die an die kalte Nahwärmeversorgung angeschlossen sind, die vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der kalten Nahwärmeversorgung eines angeschlossenen Grundstücks genutzt werden oder für die die Möglichkeit der kalten Nahwärmeversorgung sonst wirtschaftlich vorteilhaft ist, § 8 AVBFernwärmeV.

⁶³ Brückner, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, § 905 Rn. 5, 7 m. w. N.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 23.10.1980 – III ZR 146/78, juris, Rn. 22.

⁶⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 23.10.1980 – III ZR 146/78, juris, Rn. 22.

⁶⁶ Brückner, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, § 905 Rn. 7.

⁶⁷ Brückner, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, § 905 Rn. 7.

⁶⁸ Vgl. Brückner, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, § 905 Rn. 5.

In der für die kalte Nahwärme anwendbaren AVBFernwärmeV⁶⁹ ist in § 8 Abs. 1 geregelt, dass *Kunden und Anschlussnehmer*, die Grundstückseigentümer sind, für Zwecke der *örtlichen Versorgung* das Anbringen und Verlegen von Leitungen zur *Zu- und Fortleitung von Fernwärme* über ihre im gleichen Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke und in ihren Gebäuden, ferner das Anbringen sonstiger Verteilungsanlagen und von Zubehör sowie erforderliche Schutzmaßnahmen unentgeltlich zuzulassen haben. Diese Pflicht betrifft nur Grundstücke, die an die *Fernwärmeversorgung angeschlossen sind*, die *vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang* mit der Fernwärmeversorgung eines angeschlossenen Grundstücks genutzt werden oder für die die Möglichkeit der Fernwärmeversorgung sonst *wirtschaftlich vorteilhaft* ist. Sie entfällt, wenn die Inanspruchnahme der Grundstücke den Eigentümer mehr als notwendig oder in unzumutbarer Weise belasten würde. Diese Vorgaben sind auf die kalte Nahwärmeversorgung zwar übertragbar. Diese Regelung kann Dritte zur Duldung einer Benutzung ihres Grundstücks jedoch nicht verpflichten, sofern diese weder Kunden noch Anschlussnehmer sind.

4.1.8.2.1 Kunden und Anschlussnehmer als Verpflichtete

Wie dargelegt, ist für eine Duldungspflicht nach § 8 Abs. 1 AVBFernwärmeV zunächst Voraussetzung, dass ein Grundstückseigentümer Kunde oder Anschlussnehmer ist. Denn die Verpflichtung zur Duldung der Benutzung eines Grundstücks richtet sich nur an die Kunden eines Wärmeversorgungsunternehmens, die entweder einen Versorgungsvertrag oder einen Anschlussnutzungsvertrag geschlossen haben. Hierneben kommt es darauf an, dass es sich bei diesen Kunden auch um die Grundstückseigentümer handelt. Zudem gilt die Duldungspflicht nur für solche Kunden, die tatsächlich mit Wärme versorgt werden. Keiner Duldungspflicht unterliegt es beispielsweise, wenn der Kunde von dem Wärmeversorgungsunternehmen mit Strom versorgt wird. Eine Duldungspflicht kann also immer nur spartenbezogen bestehen.⁷⁰

4.1.8.2.2 Örtliche Versorgung

Des Weiteren bezieht sich die Duldungspflicht nach § 8 Abs. 1 AVBFernwärmeV nur auf solche Leitungen und sonstige Anlagen, die Zwecken der *örtlichen Versorgung* dienen. Darunter fallen alle Versorgungsleitungen, die einer Versorgung im jeweiligen Netzgebiet dienen, nicht jedoch Hausanschlussleitungen und Leitungen, die einer überörtlichen Verbindung dienen.⁷¹ Eine überörtliche Verbindung ist im Falle von kalten Nahwärmenetzen schon der Sache nach nicht vorgesehen, da diese Netze dem örtlichen Bezug sowie der Verteilung und Nutzung der Wärme dienen.

⁶⁹ Vgl. dazu BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181 sowie oben unter 4.1.1.

⁷⁰ Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 3.

⁷¹ Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 5, 6, 7.

4.1.8.2.3 Leitungen der Zu- und Fortleitung

Darüber hinaus sind nur Leitungen umfasst, die der *Zu- und Fortleitung* von Wärme dienen.⁷² Nach der oben unter 4.1.1 aufgezeigten Argumentationslinie können unseres Erachtens sowohl die horizontalen Leitungen als auch vertikalen Sonden als Leitungen zur Zu- und Fortleitung von Wärme angesehen werden, da diese im Rahmen eines einheitlichen Kreislaufes miteinander verbunden sind, und die vertikalen Sonden dazu dienen, die im Erdreich befindliche Wärme nach oben zu den horizontalen Leitungen zu transportieren, die diese weiterverteilen.

4.1.8.2.4 Anschluss an Versorgung / wirtschaftlicher Zusammenhang / wirtschaftlicher Vorteil

Die von der Duldungspflicht betroffenen Grundstücke müssen selbst an die *Versorgung angeschlossen sein, vom Eigentümer in wirtschaftlichem Zusammenhang* mit einem angeschlossenen Grundstück genutzt werden, oder es muss für sie die Möglichkeit bestehen, dass die Versorgung mit kalter Nahwärme jedenfalls sonst für sie *wirtschaftlich vorteilhaft* ist, § 8 Abs. 1 Satz 2 AVBFernwärmeV.

Bei Grundstücken, die an die *Versorgung angeschlossen* sind, ist die Grundstücksbenutzung regelmäßig unproblematisch, da hier die Versorgung mit der leitungsgebundenen Wärmeversorgung von dem Bestehen solcher Leitungen abhängt.⁷³

Ein Grundstück, das in einem *wirtschaftlichen Zusammenhang* mit einem angeschlossenen Grundstück genutzt wird, liegt vor, wenn ein gewisser räumlicher, aber auch wirtschaftlicher Bezug zwischen den beiden Grundstücken besteht. Dabei ist ein wirtschaftlicher Konnex gegeben, wenn die Wärmeversorgung für beide Grundstücke von Nutzen ist. Dies ist regelmäßig bei aneinanderliegenden Arealen der Fall oder darüber hinaus, wenn beide Grundstücke in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Betätigung stehen, etwa bei mehreren Betriebsstätten eines Unternehmens. Für den wirtschaftlichen Zusammenhang ist es hingegen nicht ausreichend, wenn ein nicht an die Fernwärmeversorgung angeschlossenes Grundstück quasi zufällig neben einem an die Fernwärmeversorgung angeschlossenen Grundstück liegt, etwa bei zwei aneinandergrenzenden Wohngrundstücken.⁷⁴

Das Vorliegen eines *wirtschaftlichen Vorteils* ist eng auszulegen und in seinen Voraussetzungen umstritten. So bestehen beispielsweise unterschiedliche Ansichten dazu, ob es

⁷² Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 8.

⁷³ Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 9.

⁷⁴ Wollschläger, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 10 f.

darauf ankommt, dass der zur Duldung verpflichtete Eigentümer des betroffenen Grundstücks an anderer Stelle an die Fernwärmeversorgung angeschlossen sein muss.⁷⁵ Unstrittig ist jedoch, dass ein konkret absehbarer Vorteil für das Grundstück bestehen muss. Dieser konkrete Vorteil kann beispielsweise darin bestehen, dass in dem Versorgungsgebiet ohnehin ein Anschluss- und Benutzungszwang bezüglich des Wärmenetzes besteht, unter den das Grundstück fallen würde.⁷⁶ Für einen wirtschaftlichen Vorteil nicht ausreichend ist hingegen der Austausch vorhandener Wärmeleitungen, wenn dieser Austausch zwar die Gestaltung des Wärmenetzes optisch verbessert, jedoch (vorerst) ohne messbaren Vorteil ist und die zuvor vorhandenen Leitungen voll funktionstauglich waren.⁷⁷

Ob ein möglicher Anschluss an ein KNWN einen wirtschaftlichen Vorteil darstellt, ist bisher weder in der Rechtsprechung entschieden noch in der Literatur behandelt worden. Nach unserer Ansicht ist es jedoch möglich, einen potenziellen Anschluss an ein KNWN als wirtschaftlich vorteilhaft anzusehen. Dies kann selbst für den Fall gelten, dass die Wärmeversorgung eines Grundstücks bereits auf andere Art und Weise sichergestellt ist. Möglich erachten wir dies beispielsweise für die Fälle, in denen langfristig betrachtet die bereits bestehende Wärmeversorgung (z. B. über Gas) mit wesentlich höheren Kosten zur Deckung des Wärmebedarfs verbunden ist, beispielsweise aufgrund steigender Preise für klimaschädliche Arten der Wärmeversorgung, als eine Wärmeversorgung mittels KNWN und Wärmepumpen. Zu dieser Bewertung gelangen wir unter anderem durch Heranziehung der Rechtsprechung zu § 12 Abs. 1 Netzanschlussverordnung (NAV). § 12 NAV enthält eine Regelung zur Grundstücksnutzung für Niederspannungs- und Mittelspannungsnetze, die strukturell mit § 8 AVBFernwärmeV vergleichbar ist. Nach der Rechtsprechung zu § 12 NAV⁷⁸ kann ein wirtschaftlicher Vorteil vorliegen, wenn das zu nutzende Grundstück im Gebiet eines Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung liegt und jederzeit ohne erheblichen Aufwand an dieses Netz angeschlossen werden könnte. Unter einem Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung ist ein solches Netz zu verstehen, das der Verteilung von Elektrizität an Dritte dient und von seiner Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerrichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt ist, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offensteht, vgl. § 3 Nr. 16, 17 EnWG. Für einen wirtschaftlichen Vorteil muss eine reale Möglichkeit des Grundstücks zur Stromversorgung gegeben sein. Das setzt indes nicht voraus, dass konkret eine Stromversorgung des betreffenden Grundstücks ins Auge gefasst wird; vielmehr reicht es aus, dass das örtliche Versorgungsgebiet, in welchem das Grundstück liegt, so erschlossen ist, dass auch das Grundstück selbst jederzeit an die Versorgung angeschlossen werden kann.⁷⁹

⁷⁵ Befürwortend *Topp*, in: Witzel/Topp (Hrsg.), AVBFernwärmeV, 2. Aufl. 1997, S. 106; ablehnend *Wollschläger*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 12.

⁷⁶ *Wollschläger*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 12.

⁷⁷ Vgl. OLG Dresden, Beschl. v. 30.08.2004 – 2 U 1184/04, juris, Rn. 34 ff.

⁷⁸ Saarländisches OLG, Urt. v. 28.11.2018 – 5 U 26/18, juris, Rn. 22. m. w. N.

⁷⁹ Saarländisches OLG, Urt. v. 28.11.2018 – 5 U 26/18, juris, Rn. 22 m. w. N.

Nach der Rechtsprechung führt eine konkret existierende *Möglichkeit, ein Grundstück an das Netz der allgemeinen Versorgung* anzuschließen und dadurch in den Nutzungsmöglichkeiten zu erweitern, im Allgemeinen zu einer Wertsteigerung des betroffenen Grundstücks und ist daher aus Sicht des Eigentümers wirtschaftlich vorteilhaft. Dies ist nach der Rechtsprechung jedenfalls dann anzunehmen, wenn sich das Grundstück in einem bebauten Gebiet befindet, da das Vorhandensein eines Netzanschlusses als Teil der Erschließung stets einen messbaren *wertbildenden Faktor* darstellt.⁸⁰

Unter „Erschließung“ ist das zu verstehen, was zu einer funktionsgerechten und gefahrlosen Nutzung von baulichen Anlagen auf einem Grundstück erforderlich ist.⁸¹ Zwar zählt als „Erschließung“ regelmäßig der Anschluss an ein öffentliches Stromversorgungsnetz, jedoch nicht zwingend ein Anschluss an ein externes Wärmeversorgungsnetz.⁸² Gleichwohl können als wertbildende Faktoren für ein Grundstück nach der Ansicht des Bundesfinanzhofes (BFH) auch solche Aspekte angesehen werden, die über Erschließungsmaßnahmen hinausgehen, wie etwa Merkmale der Energieeffizienz sowie das Vorhandensein einer Wärmepumpe.⁸³ Auch diese können zu einer Wertsteigerung führen, die aus Sicht des Eigentümers wirtschaftlich vorteilhaft ist.

Anders als § 12 NAV setzt § 8 AVBFernwärmeV nicht voraus, dass es sich bei dem Netz, an das das Grundstück angeschlossen werden könnte, um ein solches *der allgemeinen Versorgung* handeln muss. Dies erweitert den Anwendungsbereich von § 8 AVBFernwärmeV gegenüber demjenigen von § 12 NAV. Vor diesem Hintergrund kann sich ein möglicher Anschluss an ein KNWN nach unserer Einschätzung als wirtschaftlich vorteilhaft aus Sicht eines Eigentümers darstellen, wenn mit einem Anschluss die Aussicht auf eine Wärmeversorgung verbunden ist, die langfristig betrachtet im Vergleich zu einer bereits bestehenden oder anderweitigen Wärmeversorgung (z. B. über Gas) den Wärmebedarf prognostisch unter wesentlich niedrigeren Kosten decken kann als eine vorhandene oder anderweitige Wärmeversorgung. Dies kann zum einen hinsichtlich potenzieller Betriebskosten einer Heizung, zum anderen auch hinsichtlich der Grundstücksbewertung vorteilhaft sein, indem eine vergleichsweise klimafreundliche Möglichkeit zum Heizen bereits angelegt ist. Ob tatsächlich ein wirtschaftlicher Vorteil gegeben ist, ist anhand der vorhandenen oder alternativen Wärmeversorgung im Einzelfall zu bewerten.

4.1.8.2.5 Keine mehr als notwendige oder unzumutbare Belastung

Die Möglichkeit zur Inanspruchnahme eines Grundstücks nach § 8 Abs. 1 AVBFernwärmeV entfällt, wenn die Inanspruchnahme des Grundstücks den Eigentümer mehr als notwendig oder in unzumutbarer Weise belasten würde, § 8 Abs. 1 Satz 3 AVBFernwärmeV. Ob ein solcher Fall gegeben ist, ist im Einzelfall zu bewerten. Eine allgemeine Regel, was

⁸⁰ Saarländisches OLG, Urt. v. 28.11.2018 – 5 U 26/18, juris, Rn. 22. m. w. N.

⁸¹ *Reidt*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 16. Aufl. 2025, § 123 Rn. 6.

⁸² *Mitschang*, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), BauGB, 16. Aufl. 2025, § 30 Rn. 20 f.

⁸³ Vgl. BFH, Vorlagebeschl. v. 22.10.2014 – II R 16/14, juris, Rn. 68.

zumutbar und was unzumutbar ist, lässt sich nicht aufstellen. Bei der Frage, ob eine Unzumutbarkeit vorliegt, sind die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen: Zum einen das Interesse des Grundstückseigentümers, möglichst wenig in Anspruch genommen zu werden, zum anderen das Interesse des Wärmeversorgungsunternehmens an einer möglichst kostengünstigen und effizienten Leitungsführung.⁸⁴

4.1.8.2.6 Unentgeltlichkeit

Besteht die Pflicht, eine Grundstücksbenutzung zu dulden, hat diese unentgeltlich zu erfolgen, vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 AVBFernwärmeV. Entschädigungszahlungen oder sonstige Gegenleistungen kommen für die Benutzung eines Grundstücks damit nicht in Betracht.

4.1.8.3 Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass ein Grundstückseigentümer zur Duldung einer Benutzung seines Grundstücks für Bestandteile eines KNWN im Wege eines sog. Notleitungsrecht verpflichtet sein kann.

Nach § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht für Nachbarn ein sog. Notwegerecht, wenn einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt. In diesem Fall kann ein Grundstückseigentümer von den Nachbarn verlangen, dass sie bis zur Hebung des Mangels die Benutzung ihrer Grundstücke zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulden. Hierfür sind die Nachbarn, über deren Grundstücke der Notweg führt, durch eine Geldrente zu entschädigen, § 917 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Höhe der Rente richtet sich nach dem Nachteil, der mit der Nutzung des betroffenen Grundstücks verbunden ist.⁸⁵

Die analoge Anwendung von § 917 BGB ist nur möglich, sofern § 8 AVBFernwärmeV keine Anwendung findet, da diese spezialgesetzliche Vorschrift der allgemeinen sachenrechtlichen Regelung in § 917 BGB vorgeht.⁸⁶

Dieses Notwegerecht ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung⁸⁷ analog für Grundstücke anwendbar, denen die erforderliche Verbindung auch insoweit fehlt, als es um den Anschluss an ein Versorgungsleitungs- oder Kanalnetz betreffend Wasser, Gas, Strom, Abwasser etc. geht.⁸⁸ In diesen Fällen kommt ein Anspruch auf Inanspruchnahme eines

⁸⁴ *Wollschläger*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, AVBFernwärmeV § 8 Rn. 13.

⁸⁵ *Lüke*, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 1. Grundeigentum und Nachbarrecht, Rn. 32.

⁸⁶ *Saller*, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 84.

⁸⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 30.01.1981 – V ZR 6/80, NJW 1981, 1036.

⁸⁸ *Saller*, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 84.

benachbarten Grundstücks zum Zwecke der Verlegung von *Versorgungs- und Entsorgungsleitungen* über ein sog. Notleitungsrecht in Betracht. Bundesrechtlich ergibt sich ein solches Notleitungsrecht aus einer entsprechenden Anwendung von § 917 BGB. § 917 BGB kann insofern analog herangezogen werden, sofern keine spezielleren landesrechtlichen Regelungen zum Notleitungsrecht bestehen. In Niedersachsen existiert keine derartige Regelung, sodass § 917 BGB analog für Notleitungsrechte in Niedersachsen angewendet werden kann.

Ein Notleitungsrecht bezieht sich wie das Notwegerecht auf das gesamte Grundstück, erfasst also sowohl ober- als auch unterirdische Leitungsführungen, im Grundsatz auch durch bestehende Gebäude hindurch. Es ermöglicht ferner nicht nur die Mitbenutzung bereits vorhandener Leitungen, sondern grundsätzlich auch die Herstellung neuer Leitungen.⁸⁹

4.1.8.3.1 Öffentliches Leitungsnetz

Die Voraussetzungen für ein Notleitungsrecht werden in der Literatur unterschiedlich bewertet. Einerseits wird verlangt, dass über ein Notleitungsrecht nur der Anschluss an ein *öffentliches Leitungsnetz* zur Versorgung mit Wasser, Gas und Strom und zur Entsorgung von Abwasser begehrt werden darf.⁹⁰ Andererseits wird der Anwendungsbereich eines Notleitungsrechts weiter gefasst und generell auf den *fehlenden Anschluss an Versorgungs- und Entsorgungsleitungen* allgemein, beispielsweise zum Zwecke der Durchleitung von Energie oder Abwasser erstreckt, und auch ohne dass es auf die *Öffentlichkeit* des Leitungsnetzes ankäme.⁹¹

Wann ein KNWN als *öffentlich* gilt, ist gesetzlich nicht definiert. Hinweise ergeben sich jedoch aus der Definition einer „öffentlichen Versorgung“ im Sinne des § 8 Abs. 10 FStrG, eines „Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung“ nach § 3 Nr. 16, 17 EnWG sowie aus der Gesetzesbegründung zu § 16 Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) a. F., wobei diese Vorschrift mittlerweile außer Kraft getreten ist.

Eine „öffentliche Versorgung“ im Sinne des § 8 Abs. 10 FStrG liegt vor, wenn eine Versorgung mit (lebenswichtigen) Leistungen erfolgt, die dem aktuellen zivilisatorischen Status entsprechen, und diese Versorgung *für andere* bestimmt ist, insbesondere wenn jedermann aus einem unbestimmten, wenn auch bestimmbar Personenkreis, der Zugang zu

⁸⁹ Saller, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 87.

⁹⁰ Saller, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 87. Von *öffentlichen* Versorgungsnetzen spricht auch BGH, Urt. v. 13.07.2018 – V ZR 308/17, juris, Rn. 8.

⁹¹ Brückner, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 917 Rn. 57.

ihr offensteht.⁹² Es muss sich um die Versorgung „anderer“ handeln, d. h. Abgebender und Aufnehmender müssen grundsätzlich verschiedene Rechtsträger sein.⁹³

Ähnliches ergibt sich aus der gesetzlichen Definition eines „Elektrizitätsversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung“, worunter ein solches Netz zu verstehen ist, das der Verteilung von Elektrizität an Dritte dient und von seiner Dimensionierung nicht von vornherein nur auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offensteht, vgl. § 3 Nr. 16, 17 EnWG.

Nach der Gesetzesbegründung des mittlerweile außer Kraft getretenen § 16 EEWärmeG a. F., der für Gemeinden/Gemeindeverbände die Möglichkeit eröffnete, einen Anschluss- und Benutzungszwang an ein Netz der *öffentlichen* Fernwärme- oder Fernkälteversorgung zu regeln, konnte ein Netz zur Wärmeversorgung als *öffentlich* angesehen werden, wenn es

*„nicht von vornherein auf die Versorgung bestimmter, schon bei der Netzerichtung feststehender oder bestimmbarer Letztverbraucher ausgelegt sind, sondern grundsätzlich für die Versorgung jedes Letztverbrauchers offen stehen; einer Trägerschaft der öffentlichen Hand bedarf es nicht“.*⁹⁴

Ein *öffentliches* Leitungsnetz sehen wir demnach als gegeben an, wenn über Leitungen eine Versorgung *anderer* erfolgt, das Netz mithin *nicht ausschließlich der Eigenversorgung dient* und wenn jedermann aus einem unbestimmten, wenn auch bestimmbareren Personenkreis der Zugang zu diesem Netz *offensteht*. Liegen diese Voraussetzungen vor, lässt sich unseres Erachtens je nach konkreter Ausgestaltung auch ein KNWN als *öffentliches Leitungsnetz* einstufen. Erfüllt ein KNWN diese Voraussetzungen nicht, etwa weil der Zugang zum Netz nicht jedermann aus einem unbestimmten, wenn auch bestimmbareren Personenkreis offensteht, wäre die *Öffentlichkeit* des Leitungsnetzes zwar nicht gegeben. Nach unserer Recherche existiert jedoch bislang keine Rechtsprechung, die eine Anwendung von § 917 BGB analog für nicht-öffentliche Leitungsnetze ausschließt. Sollte ein mit dieser Rechtsfrage befasstes Gericht zu der Auffassung gelangen, die Öffentlichkeit des Leitungsnetzes sei zwingende Voraussetzung für ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog, so kann dieses Recht nur von ebensolchen öffentlichen KNWN beansprucht werden.

⁹² Sauthoff, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 77; siehe dazu auch BNetzA, Beschl. v. 28.10.2020 – BK11-20/004, IR 2021, 20, wonach ein durch eine regionale Genossenschaft, geplantes Fernwärmenetz zur energieautarken Wärmeversorgung von bis zu 450 Anschlussnehmern als öffentliches Versorgungsnetz (im Sinne von § 77h TKG a.F.) eingestuft wurde.

⁹³ Stahlhut, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 131. Versorgungsleitungen und öffentliche Wege, Rn. 18.

⁹⁴ BR-Drs. 9/08, S. 66, zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich; so auch Gößl, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, 59. EL August 2024, WHG § 59 Rn. 9, in Bezug auf die öffentliche Wasserversorgung.

4.1.8.3.2 Anschluss an „Fernheizungen“

Des Weiteren wird in der Literatur als weitere Voraussetzung eines Notleitungsrechts nach § 917 BGB analog angesehen, dass sich dieses *nicht* auf einen *Anschluss an „Fernheizungen“* erstrecken darf.⁹⁵ Dies deutet an, dass ein Notleitungsrecht für das Verlegen von Leitungen eines Nah- und/oder Fernwärmenetzes ausgeschlossen sein könnte. Unter „Fernheizung“ ist „Fernwärme“ zu verstehen,⁹⁶ wozu nach den oben unter 4.1.1 getätigten Ausführungen auch die „Nahwärme“ gefasst werden kann.

Die genannte Literaturansicht wird jedoch nicht durch Rechtsprechung gestützt. Nach unserer Recherche wurde bislang gerichtlich nicht entschieden, dass ein Notleitungsrecht für „Fernheizungen“ oder sonstige Leitungsarten eines Nah- und/oder Fernwärmenetzes nach § 917 BGB analog ausgeschlossen ist. Aus unserer Sicht bestehen im Übrigen auch keine Gründe dafür, einen Anschluss an Leitungen eines Nah- oder Fernwärmenetzes anders im Rahmen eines Notleitungsrechts zu behandeln als den Anschluss an sonstige Ver- und Entsorgungsleitungen. Für ein Grundstück ist die Versorgung sowohl mit Strom, Wasser und Gas als auch (gegebenenfalls beispielsweise alternativ zu Gas) mit direkter Wärme gleichwertig relevant, um einen ganzjährigen, dauerhaften Aufenthalt von Menschen zu ermöglichen. Aus unserer Sicht ist nicht erkennbar, weshalb die Durchleitung von Strom und Gas zur Wärmeerzeugung von einem Notleitungsrecht umfasst sein sollten, der Bezug von (unmittelbarer) Nah- oder Fernwärme jedoch nicht.

Zudem sehen einige landesrechtliche Regelungen sogar ausdrücklich Notleitungsrechte für den Anschluss an „Fernheizungen“ bzw. „Fernwärme“ vor, falls ein Anschlusszwang besteht, vgl. § 51 Brandenburgisches Nachbarrechtsgesetz (BbgNRG), § 33 Landesnachbarrechtsgesetz Rheinland-Pfalz (LNRG), § 34 Saarländisches Nachbarrechtsgesetz (NachbG SL), § 21 Sächsisches Nachbarrechtsgesetz (SächsNRG), § 33 Thüringer Nachbarrechtsgesetz (ThürNRG). In Niedersachsen besteht keine ähnliche, nachbarrechtliche Regelung. Die Auswertung der (lediglich für § 51 BbgNRG online verfügbaren) Gesetzgebungsmaterialien ergibt, dass nicht explizit begründet wird, weshalb es auf die Voraussetzung des Anschlusszwangs ankommt oder weshalb ein Notleitungsrecht nicht auch für „Fernheizungen“ bestehen könnte, für die kein Anschlusszwang vorgesehen ist. So heißt es beispielsweise in den brandenburgischen Gesetzgebungsmaterialien zu § 51 BbgNRG:

„Zu § 51:

Nach § 15 Gemeindeordnung und § 14 Landkreisordnung haben die Gemeinden und Landkreise die Möglichkeit, im Wege der Satzung den Anschluß an überörtliche Einrichtungen, wie z. B. Fernheizung, zwingend vorzuschreiben. Ein solcher Anschluß wäre aber unter Umständen ohne Inanspruchnahme eines fremden Grundstücks nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen möglich.

⁹⁵ Saller, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 87 m. w. N.

⁹⁶ Topp, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 76. Fernwärme-recht, Rn. 10.

*Die Vorschrift bestimmt deshalb für solche Fälle die entsprechende Anwendbarkeit des gesamten zehnten Abschnitts.*⁹⁷

Nach unserer Kenntnis ist in der Stadt Oldenburg bisher kein Anschlusszwang an KNWN über eine kommunale Satzung geregelt. Nach § 13 NKomVG können niedersächsische Kommunen jedoch im eigenen Wirkungskreis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an die Fernwärmeversorgung und ihre Benutzung anordnen, wenn sie ein dringendes öffentliches Bedürfnis dafür feststellen. Fernwärme ist die von einem Dritten in einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Anlage eigenständig produzierte Wärme, ohne dass es auf die Entfernung der Anlage vom Gebäude oder ein Leitungsnetz ankommt.⁹⁸ Die auf Fernwärme bezogene Vorschrift ist in gleicher Weise auf Fernkälte anzuwenden.⁹⁹ Zudem ist wie gezeigt davon auszugehen, dass die Begriffe der Nah- und Fernwärme in rechtlicher Hinsicht weitestgehend synonym anzuwenden sind.¹⁰⁰ Dies spricht dafür, einen Anschluss- und Benutzungszwang auch für die kalte Nahwärme über § 13 NKomVG regeln zu können.

Voraussetzung für die Regelung des Anschlusszwangs ist, dass es sich bei der von einem Energiedienstleister durchgeführten (kalten) Nahwärmeversorgung um eine *öffentliche Einrichtung* im Sinne des § 30 NKomVG handelt.¹⁰¹ Dieses „ungeschriebene Tatbestandsmerkmal“ ist im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit einer entsprechenden Regelung erforderlich, weil nur eine öffentliche Einrichtung im Sinne des § 30 NKomVG ausreichende Gewähr für ein dem Anschluss- und Benutzungszwang spiegelbildlich gegenüberstehendes Anschluss- und Benutzungsrecht bietet.¹⁰²

Eine „*öffentliche Einrichtung*“ liegt unter anderem vor, wenn eine organisatorische Zusammenfassung von Personen und Sachen vorgenommen wird, die beispielsweise von einer *Gemeinde* im Rahmen ihrer Verbandskompetenz sowie kraft gesetzlicher Zulassung im Rahmen des übertragenen staatlichen Wirkungskreises geschaffen wird und einem von dem Widmungszweck erfassten Personenkreis nach allgemeiner und gleicher Regelung zur *Benutzung offen* steht.¹⁰³ In Anlehnung an den Begriff der „*öffentlichen Einrichtung*“ im Sinne des § 30 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz (NKomVG) ist eine solche konkret für Wärmeversorgungsnetze des Weiteren gegeben, wenn die Gemeinde ein

⁹⁷ Landtag Brandenburg, Drs. 2/2366, S. 52.

⁹⁸ *Bahr*, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nds. 33. Ed. 01.04.2025, NKomVG § 13 Rn. 48.

⁹⁹ So *Bahr*, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nds. 33. Ed. 01.04.2025, NKomVG § 13 Rn. 48.

¹⁰⁰ Vgl. oben unter 4.1.1 sowie BGH, Urt. v. 25.10.1989 – VIII ZR 229/88, NJW 1990, 1181; BGH, Urt. v. 15.02.2006 – VIII ZR 138/05, NJW 2006, 1667, Rn. 23; BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 262/09, NJW-RR 2012, 249, Rn. 17, 18.

¹⁰¹ *Bahr*, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nds. 33. Ed. 01.04.2025, NKomVG § 13 Rn. 22 ff.

¹⁰² *Bahr*, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nds. 33. Ed. 01.04.2025, NKomVG § 13 Rn. 22.

¹⁰³ Vgl. *Hack*, Energie-Contracting, 3. Aufl. 2015, Rn. 476.

Wärmeversorgungsnetz selbst unterhält und betreibt oder wenn sie einen Energiedienstleister lediglich als Erfüllungsgehilfen beauftragt und selbst mit den Endverbrauchern Verträge abschließt.¹⁰⁴ Sofern jedoch der Energiedienstleister selbst sowie auf eigenes Risiko ein Wärmenetz betreibt und Verträge mit den Endverbrauchern abschließt, liegt keine öffentliche Einrichtung vor.¹⁰⁵

Grundsätzlich ist eine Organisation der *öffentlichen Einrichtung* in *privatrechtlicher* Form jedoch möglich, sofern die Kommune eine *ausreichende Kontrolle über die Einrichtung* behält. Dafür reichen Informations- und Abstimmungsrechte im Rahmen einer Minderheitsbeteiligung aber nicht aus. Wenn es sich nicht um eine Eigengesellschaft oder eine Mehrheitsbeteiligung handelt, müssen bei Errichtung der die Einrichtung tragenden Gesellschaft entsprechende Einwirkungsmöglichkeiten geschaffen werden oder anderweitig ein Ausfall des privatrechtlichen Unternehmens abgesichert werden.¹⁰⁶

Erfüllt ein KNWN diese Voraussetzungen nicht, etwa weil es von einer privatrechtlichen Genossenschaft ohne (ausreichende) Kontrolle der Kommune errichtet bzw. betrieben wird, wäre die Voraussetzung der *Öffentlichkeit* der Einrichtung nicht erfüllt. Ein Anschluss- und Benutzungszwang käme für ein solches KNWN nicht in Betracht.

Außerdem muss für die Anordnung eines Anschluss- oder Benutzungszwangs nach § 13 NKomVG ein dringendes öffentliches Bedürfnis bestehen. Bei der Versorgung von Endverbrauchern mit kalter Nahwärme, könnte dies mit § 1 Abs. 3 Satz 1 GEG begründet werden, wonach die Errichtung und der Betrieb einer Versorgung mit Wärme aus erneuerbaren Quellen dem überragenden öffentlichen Interesse und der öffentlichen Sicherheit dient. Darüber hinaus normiert § 109 GEG ausdrücklich, dass

„Die Gemeinden und Gemeindeverbände (...) von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen (können).“

Wurde ein Anschlusszwang für ein KNWN angeordnet, ist es aus den genannten Gründen nach unserer Sicht nicht überzeugend, ein Notleitungsrecht gemäß § 917 BGB analog für eine Verlegung von Leitungen des KNWN als einen „Anschluss an Fernheizungen“ zu ver-sagen.

Ohne eine kommunale Satzung mit Anschlusszwang halten wir es gleichwohl für möglich, ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog anzunehmen, da nicht ersichtlich ist, weshalb ein solches nur bei Vorliegen eines Anschlusszwangs gegeben sein soll. Gleichwohl kön-

¹⁰⁴ Hack, Energie-Contracting, 3. Aufl. 2015, Rn. 477.

¹⁰⁵ Hack, Energie-Contracting, 3. Aufl. 2015, Rn. 478 f.

¹⁰⁶ Bahr, in: Dietlein/Mehde (Hrsg.), BeckOK Kommunalrecht Nds. 33. Ed. 01.04.2025, NKomVG § 13 Rn. 23.

nen wir nicht ausschließen, dass ein mit dieser Rechtsfrage befasstes Gericht ein Notleitungsrecht für KNWN nach § 917 BGB analog nur für zulässig erachtet, sofern ein Anschlusszwang nach § 13 NKomVG besteht.

4.1.8.3.3 Ordnungsgemäße Nutzung des verbindungslosen Grundstücks

Schließlich besteht ein Notleitungsrecht nur unter der Voraussetzung einer *ordnungsmäßigen Nutzung* des verbindungslosen Grundstücks. Ist die Nutzung eines Grundstücks bauplanungsrechtlich etwa nicht zum dauerhaften Aufenthalt von Menschen oder sonstigen Nutzungen zugelassen, für die eine Wärmeversorgung von Relevanz ist, kann ein Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog für die Verlegung von Leitungen eines Wärmenetzes ausgeschlossen sein.

4.1.8.3.4 Notwendigkeit

Des Weiteren muss der begehrte Anschluss an ein KNWN zur ordnungsgemäßen Nutzung des Grundstücks *notwendig* sein, vgl. § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB analog.¹⁰⁷ Entscheidend sind dafür allein die Bedürfnisse, die sich aus der ordnungsgemäßen Benutzung des verbindungslosen Grundstücks ergeben, sodass es zunächst keine Rolle spielt, wie hoch die Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks ist.¹⁰⁸ Wie dies für eine Verbindung zur Belieferung von Wärme oder noch allgemeiner mit Energie zu bewerten ist, ist bisher in der Literatur und Rechtsprechung nicht behandelt. Für das Notwegerecht nach § 917 BGB entschied die Rechtsprechung, dass eine Verbindung zu einem öffentlichen Weg nicht notwendig ist, wenn das Grundstück bereits über einen *ausreichenden anderweitigen Zugang zu öffentlichen Wegen* verfügt, mag dieser auch weniger bequem bzw. seine Benutzung kostspieliger sein als die gewünschte Verbindung.¹⁰⁹ Unter engen Voraussetzungen kann ein Notwegerecht aber in Betracht kommen, wenn das Grundstück zwar eine Verbindung zu einem öffentlichen Weg hat, dieser aber für seine *ordnungsgemäße Benutzung* nicht ausreichend ist. Ob eine Zuwegung für die ordnungsgemäße Nutzung eines Grundstücks besteht, ist objektiv zu beurteilen und bestimmt sich nicht (allein) nach den persönlichen Bedürfnissen des aktuellen Eigentümers.¹¹⁰

Unproblematisch dürfte ein Fall zu bewerten sein, in dem ein verbindungsloses Grundstück, das eine Wärmeversorgung zur ordnungsgemäßen Nutzung benötigt und bislang über

¹⁰⁷ Vgl. zur Notwendigkeit der Verbindung für ein Notwegerecht nach § 917 BGB *Brückner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo BGB, 9. Aufl. 2023, § 917 Rn. 28; für die notwendige Verbindung an einen Abwasserkanal BGH, Urt. v. 04.07.2008 – V ZR 172/07, juris, Rn. 19; VG München, Urt. v. 23.04.2024 – M 1 K 21.6, juris, Rn. 39.

¹⁰⁸ *Fritzsche*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 917 Rn. 13.

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 09.11.1979 – V ZR 85/78, NJW 1980, 585, 586 m. w. N.; *Fritzsche*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 917 Rn. 14 m. w. N.

¹¹⁰ *Fritzsche*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 74. Ed., Stand: 01.05.2025, § 917 Rn. 16 f.

keine Möglichkeit der Wärmeversorgung verfügt, an ein KNWN angeschlossen werden soll. In diesem Fall wäre die Notwendigkeit der Verbindung zu bejahen.

Schwieriger sind Fälle zu beurteilen, in denen der durch den begehrten Anschluss an ein KNWN zu deckende Wärmebedarf bereits durch eine andere, vorhandene Leitung oder sonstige Anlage gedeckt werden kann. Dies ist bislang weder höchstrichterlich entschieden noch wird diese Frage in der wissenschaftlichen Literatur behandelt. Aus unserer Sicht sprechen überzeugende Argumente dafür, ein Notleitungsrecht für den Anschluss an ein KNWN auch dann zuzulassen, sofern der Wärmebedarf bereits über anderweitig vorhandene Leitungen oder Anlagen wie beispielsweise einen Heizöltank, einen Gas- und/oder Stromanschluss gedeckt werden kann.

Objektiv betrachtet lässt sich einerseits argumentieren, dass sofern bereits vorhandene Leitungen oder Tanks in Verbindung mit einer entsprechenden Heizungsanlage den Wärmebedarf decken können, eine Verbindung zu einem KNWN nicht notwendig ist, um ein Grundstück für die ordnungsgemäße Nutzung mit Wärme zu versorgen.

Andererseits lässt sich vertreten, dass ein vorhandener Heizöltank oder Gas- und/oder Stromanschluss im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Verbindung nicht mit einem Anschluss an ein KNWN gleichgesetzt werden können. Zwar können geliefertes Öl, Gas oder Strom nach Energieumwandlung zum Heizen genutzt werden, jedoch wird bei KNWN ein Teil des Wärmebedarfs durch die direkte Belieferung mit Wärme bereits ohne Energieumwandlung gedeckt. Zudem zeigt sich in der Rechtsprechung des OLG Hamm aus dem Jahr 1992 beispielsweise, dass sich ein auf eine (Ab- und Frischwasser-)Leitungsführung über ein Nachbargrundstück angewiesener Eigentümer nicht auf eine (unter Ausnahmeregelungen mögliche) Brunnenwassergewinnung bzw. die Nutzung einer biologischen Kleinkläranlage verweisen lassen muss, wenn ein öffentliches Versorgungsnetz für Ab- und Frischwasser erstellt wird.¹¹¹ Auch wenn in dem genannten Beispiel die dezentralen Versorgungsmöglichkeiten noch nicht vorhanden waren, deutet die Entscheidung gleichwohl an, dass sofern ein öffentliches Versorgungsnetz errichtet wird, ein Grundstückseigentümer nicht zwangsläufig dazu verpflichtet ist, eine anderweitig mögliche, dezentrale Versorgungslösung zu nutzen. Hier kann eine Parallele zu einem bereits vorhandenen Öltank gezogen werden, auf den sich ein Grundstückseigentümer zu Heizzwecken nicht verweisen lassen muss, sofern ein öffentliches Versorgungsnetz für kalte Nahwärme errichtet wird.

Hinsichtlich bereits vorhandener Gas- und/oder Stromleitungen ist zu sagen, dass das Notleitungsrecht nach § 917 BGB analog ein durch Richterrecht entwickeltes Rechtsinstitut ist, das durch die Rechtsprechung auch weiterentwickelt werden kann, wobei die Rechtsprechung unter anderem an das Verfassungsrecht gebunden ist. Nach Art. 20a GG hat die Rechtsprechung nach Maßgabe von Gesetz und Recht in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere zu schützen. Hierzu

¹¹¹ OLG Hamm, Urt. v. 08.07.1991 – 5 U 49/91, NJW-RR 1992, 723.

zählt auch das Klimaschutzgebot.¹¹² Vorhandene Gas- und/oder Stromleitungen liefern entweder Gas als fossilen Brennstoff, der zur Wärmeengewinnung verbrannt werden muss, oder Strom, der zur Wärmeengewinnung mit einem im Verhältnis zu anderen Energieträgern geringerem Effizienzgrad eingesetzt werden kann. Dies ist gegenüber der Wärmebelieferung durch KNWN in Sachen Klimaschutz als nachteiliger zu bewerten. Aus klimaschützenden Gründen ließe sich daher vertreten, dass ein Notleitungsrecht für einen Anschluss an ein KNWN auch dann bestehen kann, wenn das betroffene Grundstück bereits über einen Gas- und/oder Stromanschluss verfügt.

Wie ein mit dieser Frage befasstes Gericht jedoch entscheiden würde, können wir nicht antizipieren.

4.1.8.3.5 Notleitungsrente

Schließlich ist für die Inanspruchnahme eines Notleitungsrechts eine (Notleitungs-)Rente zu zahlen, deren Höhe sich nach denselben Maßstäben wie die Notwegerente bemisst, § 917 Abs. 2 BGB analog.¹¹³

4.1.9 Besonderheiten Gemeinschaftseigentum nach WEG

Straßen, die sich im Privateigentum befinden (sog. Privatstraßen) können nicht nur im (Mit-)Eigentum von Einzelpersonen, sondern unter anderem auch im Gemeinschaftseigentum sog. Wohnungseigentümergeinschaften nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) stehen. Das Eigentum an Wohnungen und den dazugehörigen Grundstücken wird wie folgt bezeichnet:

- > Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört, § 1 Abs. 2 WEG. Dabei ist unter Sondereigentum das Eigentum eines Wohnungseigentümers an ausschließlich zu Wohnzwecken dienenden Räumen zu verstehen.¹¹⁴
- > Teileigentum ist das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört, § 1 Abs. 3 WEG.
- > Gemeinschaftliches Eigentum im Sinne dieses Gesetzes sind das Grundstück und das Gebäude, soweit sie nicht im Sondereigentum oder im Eigentum eines Dritten stehen, § 1 Abs. 5 WEG. Beim Gemeinschaftseigentum sind die Wohnungseigentümer einer Wohnungseigentümergeinschaft gemeinschaftliche Eigentümer am

¹¹² Wulff, in: Hofmann/Heß (Hrsg.), BeckOK Klimarecht, 2. Ed. Stand: 01.03.2025, Art. 20a GG Rn. 14.

¹¹³ Saller, in: Grziwotz/Lüke/Saller (Hrsg.), Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kapitel 4. Das Grundstück und seine Nutzung durch Dritte, Rn. 91.

¹¹⁴ Vgl. Kraßka, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 9.

Grundstück oder an einem Gebäude bzw. an Teilen, Anlagen oder Einrichtungen des Gebäudes.¹¹⁵ Dieses Gemeinschaftseigentum kann sich auch auf eine Straße erstrecken.¹¹⁶

Gemeinschaftseigentum nach WEG kann Gegenstand einer Belastung mit einer Grunddienstbarkeit sein. Grundsätzlich kann eine Grunddienstbarkeit am Gemeinschaftseigentum auch zugunsten eines Eigentümers einer der Wohnungen der Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden.¹¹⁷ Die Befugnis eines einzelnen Wohnungseigentümers zur Belastung seines Wohnungseigentums und damit seines Miteigentumsanteils an dem Gemeinschaftseigentum reicht nur so weit, wie er zu der Nutzung allein befugt ist.¹¹⁸ Eine Belastung seines Miteigentumsanteils an dem Gemeinschaftseigentum mit einer Dienstbarkeit, die das der gemeinschaftlichen Nutzung unterliegende Gemeinschaftseigentum betrifft, ist dem Wohnungseigentümer nicht gestattet – hierfür bedarf es stets einer Belastung des gemeinschaftlichen Eigentums insgesamt.¹¹⁹

Im Falle einer Benutzungsdienstbarkeit in Form eines Leitungsrechts ist nach Auffassung der Rechtsprechung nur eine Belastung des gesamten Grundstücks möglich, denn eine solche Dienstbarkeit ermöglicht dem Berechtigten der Dienstbarkeit das ganze Grundstück u. a. für Reparaturen und Inspektionen zu betreten.¹²⁰ Die Eintragung der Grunddienstbarkeit als Belastung (nur) der einzelnen Sondereigentumseinheiten wäre inhaltlich unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO.¹²¹ Ist das gemeinschaftliche Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet, hat die Wohnungseigentümergeinschaft die auf der Dienstbarkeit beruhenden Pflichten wahrzunehmen, vgl. § 9a Abs. 2 WEG.¹²²

Dementsprechend kann ein „Versorgungsleitungsrecht“ als Benutzungsdienstbarkeit an einer Privatstraße im Gemeinschaftseigentum nach WEG nur hinsichtlich des gesamten Grundstücks im Grundbuch eingetragen sein. Liegt ein solches vor, ist die Wohnungseigentümergeinschaft den Duldungspflichten aufgrund eines eingetragenen „Versorgungsleitungsrechts“ unterworfen.

4.1.9.1 KNWN als „Versorgungsleitungen“ im Falle einer Wohnungseigentümergeinschaft

Hinsichtlich der Einstufung der horizontalen Leitungen und vertikalen Sonden eines KNWN als „Versorgungsleitung“ im Sinn des hier exemplarisch zugrunde zu legenden Grundbucheintrags ergeben sich bei einer von dem Grundbucheintrag betroffenen Privatstraße im

¹¹⁵ Vgl. *Krafka*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 1 Rn. 41.

¹¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 125/10, juris.

¹¹⁷ BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – V ZB 81/18, NZM 2019, 448 Rn. 11.

¹¹⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – V ZB 81/18, NZM 2019, 448 Rn. 11.

¹¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – V ZB 81/18, NZM 2019, 448 Rn. 11.

¹²⁰ BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – V ZB 81/18, NZM 2019, 448 Rn. 12.

¹²¹ BGH, Beschl. v. 17.01.2019 – V ZB 81/18, NZM 2019, 448 Rn. 12.

¹²² BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 125/10, juris, Rn. 7; *Emmerich*, in: Bärmann/Pick (Hrsg.), WEG, 21. Aufl. 2025, § 9a Rn. 107.

Gemeinschaftseigentum nach WEG keine Änderungen zu den o. g. Ausführungen (siehe hierzu unter 4.1.1 und 4.1.2). Danach lassen sich die horizontalen Rohrleitungen und vertikalen Sonden der KNWN insbesondere unter Berücksichtigung des geringen Temperaturniveaus des Netzes gut vertretbar unter den Begriff der „Versorgungsleitungen“ gemäß dem hier exemplarisch heranzuziehenden Grundbucheintrag fassen.

4.1.9.2 Rechte der Wohnungseigentümergeinschaft

Hinsichtlich der Rechte einer Wohnungseigentümergeinschaft gilt abweichend von den Ausführungen zur Rechtslage bei einer im Privateigentum einzelner Personen stehenden Privatstraße bei einer Privatstraße im Gemeinschaftseigentum nach WEG die Besonderheit, dass die Rechte und Pflichten bezogen auf die Privatstraße als Gemeinschaftseigentum nicht die einzelnen (Wohnungs-)Eigentümer treffen, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9a WEG.

Nach § 9a Abs. 2 WEG übt die Wohnungseigentümergeinschaft die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern, und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Für alle Ansprüche aus dem Eigentum, schuldrechtliche Ansprüche sowie Ansprüche aus Besitz, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben, ist deshalb die Wohnungseigentümergeinschaft zuständig.¹²³ Diese kann Vertragspartnerin aller Verträge mit Dritten¹²⁴ oder auch Partei des gesetzlich entstehenden Begleitschuldverhältnisses im Sinne von § 1018 BGB sein. Auf Seiten der nach der exemplarisch heranzuziehenden Grunddienstbarkeit dienstbarkeitsbegünstigten Eigentümer der Stadt Oldenburg ergeben sich inhaltlich allerdings keine Änderungen. Die unter 4.1.3 bis 4.1.8 geschilderten Rechtsverhältnisse und Ansprüche können in gleicher Weise wie die Grundstückseigentümer durch die Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemacht werden.

Steht eine Privatstraße im Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft, hat die Wohnungseigentümergeinschaft über die Eintragungen von Benutzungsdienstbarkeiten an der Privatstraße beispielsweise in Form eines „Versorgungsleitungsrechts“ zu entscheiden. Dies kann beispielsweise über einen Beschluss im Rahmen einer Wohnungseigentümerversammlung geschehen, § 23 WEG.

Getrennt davon ist die Frage zu betrachten, ob ein etwaiger Anschluss von Heizungsanlagen an ein KNWN im Gemeinschaftseigentum stehen kann. Versorgt eine Heizungsanlage die gesamte Wohnungseigentümergeinschaft, ist sie zwingendes Gemeinschaftseigentum nach § 5 Abs. 2 WEG. Ebenso ist die Zuwegung zur gemeinschaftlichen Heizungsanlage zwingendes Gemeinschaftseigentum. Unabhängig davon kann an einzelnen Heizkörpern einschließlich der Heizkörperventile durch Vereinbarung Sondereigentum bestehen. Eine Heizungsanlage gilt auch dann als Gemeinschaftseigentum, wenn sie neben der

¹²³ *Burgmair*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 9a Rn. 31.

¹²⁴ *Burgmair*, in: Säcker/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 9a Rn. 15.

Wohnungseigentümergeinschaft des Gebäudes, in dem sie sich befindet, andere Gebäude mit Wärme versorgt.¹²⁵ Über die Eintragung eines „Versorgungsleitungsrechts“ bezüglich des im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücks hat die Wohnungseigentümergeinschaft zu beschließen.

Wurde ein „Versorgungsleitungsrecht“ rechtmäßig beschlossen und in das Grundbuch eingetragen, können sich (einzelne) Wohnungseigentümer gegen dem Benutzungsdienstbarkeitsberechtigten nicht darauf berufen, sie persönlich seien gegen die Eintragung des „Versorgungsleitungsrechts“ gewesen.

Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Heizungsanlage innerhalb eines Sondereigentums installiert ist und fakultativ neben diesem Sondereigentum einzelne andere Sondereigentumsrechte innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft versorgt. In diesem Fall ist die Heizungsanlage sondereigentumsfähig, da sie nicht notwendig dem Gebrauch aller Wohnungs- und Teileigentümer zu dienen bestimmt ist. Die Versorgung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte ist in diesem Fall durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer untereinander gegebenenfalls nebst Bestellung einer Dienstbarkeit oder vorab in der Teilungserklärung zu regeln.¹²⁶ Stimmt die Wohnungseigentümergeinschaft gegen ein „Versorgungsleitungsrecht“ auf einer Grundstücksfläche im Gemeinschaftseigentum, kann ein „Versorgungsleitungsrecht“ nicht über § 8 AVBFernwärmeV erreicht werden, da die Wohnungseigentümergeinschaft im Falle einer Heizungsanlage im Sondereigentum nicht Kunde oder Anschlussnehmer sein kann. Es bleibt lediglich die Möglichkeit eines Notleitungsrechts nach § 917 BGB analog unter den oben unter 4.1.8.3 genannten Voraussetzungen.

Im Übrigen kann jeder Wohnungseigentümer von der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 18 Abs. 2 WEG die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, die dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen (ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung) und, soweit solche bestehen, den gesetzlichen Regelungen, Vereinbarungen und Beschlüssen entsprechen. Zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gehören alle *Maßnahmen*, die in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht auf eine Änderung des bestehenden Zustands abzielen oder sich als *Geschäftsführung* zugunsten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in Bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum darstellen.¹²⁷ Dazu zählen auch Entscheidungen über die Geltendmachung von Forderungen,¹²⁸ Schadensersatz-, Unterlassungs- und sonstige Abwehransprüchen gegen Dritte bei Beeinträchtigungen des Gemeinschaftseigentums.¹²⁹ Insofern liegt es auch in der Verantwortung der Wohnungseigentümergeinschaft, etwaige aus einem „Versorgungsleitungsrecht“ abgeleitete oder damit verbundene Ansprüche auf

¹²⁵ *Krafka*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 5 Rn. 24.

¹²⁶ *Krafka*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 5 Rn. 25.

¹²⁷ *Rüscher*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 18 Rn. 3.

¹²⁸ *Rüscher*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 18 Rn. 4.

¹²⁹ *Rüscher*, in: Sackner/Rixecker/Oetker (Hrsg.), MüKo WEG, 9. Aufl. 2023, § 18 Rn. 111.

Schadensersatz, Unterlassung, Abwehr von Beeinträchtigungen oder sonstige Ansprüche gegenüber dem Benutzungsdienstbarkeitsberechtigten geltend zu machen.

4.2 Nutzungsüberlassung kommunaler Straßen und Flächen

4.2.1 Gestattungsanspruch gegenüber den Kommunen

Dem Grunde nach besteht ein (kartellrechtlicher) Anspruch auf Gestattung der Untergrundnutzung öffentlicher Wege und Flächen für KNWN.

Einen ausdrücklichen Gestattungs- bzw. Kontrahierungszwang hinsichtlich der Verlegung und dem Betrieb von Leitungen enthält § 46 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Danach haben Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung zu stellen. Energieversorgungsunternehmen haben demnach grundsätzlich einen Anspruch auf Abschluss eines einfachen Wegenutzungsvertrages mit der Gemeinde.¹³⁰ Das EnWG und damit auch dessen § 46 sind jedoch ausdrücklich auf die Energieträger Elektrizität und Gas sowie Wasserstoff beschränkt. Den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich entnehmen, dass eine Ausdehnung auf andere Energieträger, insbesondere Fernwärme, nicht vorgesehen ist.¹³¹ Damit ist mangels planwidriger Regelungslücke auch eine analoge Anwendung auf Leitungen von KNWN ausgeschlossen.¹³²

Ein Anspruch auf Gestattung der Untergrundnutzung für KNWN folgt auch nicht aus der landesrechtlich geregelten Pflicht zur kommunalen Wärmeplanung nach § 20 Niedersächsisches Klimagesetz (NKlimaG). Die kommunale Wärmeplanung ist ein übergeordneter, langfristiger und strategisch angelegter Prozess mit dem Ziel einer weitgehend klimaneutralen Wärmeversorgung¹³³ und schafft damit keinen Anspruch auf Durchführung eines bestimmten Wärmeversorgungskonzepts oder gar auf den Abschluss von Gestattungsverträgen im Einzelfall.

Vor dem Hintergrund, dass Gemeinden eine Art Monopol hinsichtlich der in ihrem Eigentum stehenden öffentlichen Straßen und Flächen besitzen, kann die Weigerung einer Ge-

¹³⁰ *Wegner*, in: Säcker (Hrsg.), *BerlKommEnergieR*, 4. Aufl. 2019, EnWG § 46 Rn. 32.

¹³¹ BT-Drs. 15/3917, S. 47.

¹³² Vgl. auch *Fabry/Jasper*, Ausschreibungspflichten auch bei der Erstvergabe von Wegenutzungsrechten für die Schaffung von Wärmenetzen? Ein Befund nach der Entscheidung des BGH, Urteil v. 5.12.2023 zum Stuttgarter Wärmenetz, *EnWZ* 2024, 291, 293; *Jonen/Chernin*: Voraussetzungen für den Ausbau von Wärme- und Wasserstoffnetzen, *EWeRK* 2024, 121, 123.

¹³³ Klimaschutz- und Energieagentur Niedersachsen, Kommunale Wärmeplanung, abrufbar unter: https://www.klimaschutz-niedersachsen.de/zielgruppen/kommunen/Kommunale_Waermeplanung.php (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

meinde, einem KNWN-Betreiber die Untergrundnutzung zu gestatten, jedoch unter Umständen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) darstellen.

Nach § 19 Abs. 1 GWB ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen verboten. Ein Missbrauch liegt gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB insbesondere dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB liegt ein Missbrauch auch vor, wenn ein Unternehmen sich ohne sachliche Rechtfertigung weigert, ein anderes Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu Daten, zu Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, und die Belieferung oder die Gewährung des Zugangs objektiv notwendig ist, um auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig zu sein und die Weigerung den wirksamen Wettbewerb auf diesem Markt auszuschalten droht.

Die Regelungen des GWB sind in Bezug auf Gemeinden anwendbar, auch wenn das Gesetz – und so auch § 19 – auf das Verhalten von „Unternehmen“ abstellen. Der Unternehmensbegriff des GWB ist funktional auszulegen und umfasst jede wirtschaftliche Tätigkeit.¹³⁴ Ist die Gemeinde nicht hoheitlich tätig, kann sie Adressat des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs sein.¹³⁵ Entsprechend hat der Kartellsenat des BGH mit Urteil vom 11.11.2008 festgestellt, dass die Weigerung einer Gemeinde, es einem Erzeuger von Strom aus Erneuerbaren Energien zu gestatten, eine Leitung, mit der der erzeugte Strom in das allgemeine Versorgungsnetz eingespeist werden soll, in den öffentlichen Verkehrswegen der Gemeinde zu verlegen, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB oder eine unbillige Behinderung oder Diskriminierung nach § 20 Abs. 1 GWB darstellen kann.¹³⁶ Die Anwendbarkeit von § 19 GWB auf die Vergabe von Wegenutzungsrechten hat der Kartellsenat zuletzt 2023 im Zusammenhang mit einem Rechtsstreit in Bezug auf das Stuttgarter Fernwärmenetz bestätigt.¹³⁷ Eine Gemeinde sei auf dem Markt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten ein marktbeherrschendes Unternehmen. Aufgrund ihres Eigentums an den öffentlichen Wegen verfüge sie über ein auf das Stadtgebiet beschränktes Monopol.¹³⁸

Für die Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes muss auch der KNWN-Betreiber ein Unternehmen im Sinne des GWB darstellen. Dies ist nicht offensichtlich der Fall, wenn es sich beim Betreiber beispielsweise um eine nicht auf Gewinnerzielung gerichtete gemeinnützige Genossenschaft handelt. Dafür, dass auch eine Genossenschaft

¹³⁴ Vgl. *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 1 Rn. 24; BGH, Ur. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 23.

¹³⁵ *Fricke*, Gestattungsverträge in der Fernwärmewirtschaft, RdE 2009, S. 329, 334.

¹³⁶ BGH, Ur. v. 11.11.2008 – KZR 43/07, NVwZ-RR 2009, 596, 1. Ls.; siehe darüber hinaus auch BGH, Ur. v. 17.12.2013 – KZR 65/12; NVwZ 2014, 817, Rn. 16 ff.; BGH, Beschl. v. 26.02.2019 – KZR 22/18, BeckRS 2019, 3270; BGH, Ur. v. 7.9.2021 – EnZR 29/2; NVwZ-RR 2022, 26.

¹³⁷ BGH, Ur. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 20 ff.

¹³⁸ BGH, Ur. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 21.

in diesem Fall unter den Unternehmensbegriff des GWB fällt, spricht jedoch, dass diese als Betreiberin eines KNWN eine Ware (Wärme) gegen ein Entgelt liefert. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es nicht an. Die Unternehmenseigenschaft wird durch jede selbständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr begründet, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist, und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt.¹³⁹

Ein aus dem Wettbewerbsrecht abgeleiteter Anspruch auf Gestattung der Untergrundnutzung kommunaler Flächen besteht demnach, wenn die Gestattung möglich und zumutbar ist, d. h. keine gewichtigen (straßen-)rechtlichen Gründe entgegenstehen.¹⁴⁰ So kann beispielsweise eine die Kapazität überschreitende Nachfrage den Anspruch auf diskriminierungsfreie Entscheidung der Gemeinde reduzieren (siehe dazu näher 4.2.5).¹⁴¹

Eine Unterscheidung nach der Temperatur des in Frage stehenden Wärmenetzes ergibt sich im Übrigen unseres Erachtens nicht. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die bei der hier vorzunehmenden kartellrechtlichen Bewertung eine unterschiedliche Bewertung anhand der Systemtemperatur des Nahwärmenetzes gebieten würden.

4.2.2 Straßenrechtliche Rahmenbedingungen für das Einbringen von Erdwärmesonden in den öffentlichen Straßenraum

Die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Straßen regelt in Niedersachsen das NStrG. Nach § 14 Abs. 1 NStrG steht der Gebrauch der Straße Jedermann im Rahmen der Widmung und der Verkehrsvorschriften zum Verkehr zu (Gemeingebrauch). Kein Gemeingebrauch liegt vor, wenn Jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt. Die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch hinaus ist grundsätzlich eine Sondernutzung, welche der Erlaubnis des Trägers der Straßenbaulast bedarf (§ 18 Abs. 1 NStrG). Wird der Gemeingebrauch jedoch nicht beeinträchtigt, richtet sich die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Straßeneigentums nach bürgerlichem Recht, wobei eine nur vorübergehende Beeinträchtigung für Zwecke der öffentlichen Versorgung oder der Abwasserbeseitigung außer Betracht bleibt (§ 23 Abs. 1 NStrG).

Beim Einbringen von Erdwärmesonden in den öffentlichen Straßenraum handelt es sich nicht um eine verkehrliche Nutzung, sodass diese nicht dem Gemeingebrauch unterfällt. In Betracht zu ziehen ist daher eine Einordnung als Sondernutzung im Sinne von § 18 Abs. 1 NStrG oder eine sonstige Nutzung im Sinne von § 23 Abs. 1 NStrG. Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist § 23 Abs. 1 NStrG, welcher den straßenrechtlichen Grundsatz zum

¹³⁹ BGH, Urt. v. 06.11.2013 – KZR 58/11, NZKart 2014, 31, Rn. 43.

¹⁴⁰ Siehe auch Lotakow/Götz, Rechtsfragen von Nahwärmenetzen, KommJur 2016, 121, 125.; Baumgart, Ausschreibungspflicht und Ausschreibungsrecht für Wegenutzungsrechte für Fernwärmeleitungen nach BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20 – Fernwärmenetz Stuttgart – Teil 1, RdE 2024, 225, 227; Körber, Ausschreibung von Fernwärmenetzen nach Maßgabe des Kartellrechts?, EWeRK 2016, 155; vgl. auch BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 28.

¹⁴¹ Vgl. Riedel/Albrecht, Gemeindliche Herausgabe- und Eigentumsübernahmeansprüche im Fernwärmeversorgungsbereich nach Auslaufen von Wegenutzungsverträgen, EWeRK 2016, 190, 192.

Ausdruck bringt, dass der Sondergebrauch einer Straße dann nicht dem öffentlichen Sondernutzungsrecht, sondern dem bürgerlichen Recht unterstellt wird, wenn durch die Nutzung der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt wird,¹⁴² wobei eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht bleibt.

Durch die vertikal eingebrachten Erdwärmesonden selbst kommt es zu keiner Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs, da sich diese – wie auch die horizontalen Rohrleitungen – im Straßenuntergrund unterhalb der Straßenoberfläche befinden. Allerdings kommt es beim Vorgang des Einbringens jeweils für wenige Tage zu abschnittswisen Sperrungen und zum Aufreißen der betreffenden Straßen, sodass in diesem Zeitraum der Gemeingebrauch nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Wie dargelegt, bleiben nach § 23 Abs. 1 NStrG Beeinträchtigungen von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung außer Betracht und unterfallen entsprechend ebenfalls dem bürgerlichen Recht.

Ob eine Beeinträchtigung von *nur kurzer Dauer* vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Gemeint sind vorübergehende Verkehrsbehinderungen, die mit der Verlegung oder Reparatur möglicherweise verbunden sind.¹⁴³ Diese Voraussetzung dürfte unter der Annahme, dass das Einbringen der Erdwärmesonden jeweils maximal wenige Tage in Anspruch nimmt, grundsätzlich erfüllt sein.¹⁴⁴ Anders könnte die Rechtslage sein, wenn eine Baustelle für KNWN mehrere Wochen oder gar Monate einnehmen sollte. Nicht abschließend beantworten lässt sich zudem die Frage, ob das Einbringen der Erdwärmesonden auch *für Zwecke der öffentlichen Versorgung* im Sinne von § 23 Abs. 1 NStrG erfolgt. Unseres Erachtens ist dies jedoch gut vertretbar.

Regelmäßiger Anwendungsfall der Regelung des § 23 Abs. 1 NStrG und der Parallelvorschriften in anderen Bundesländern sowie der entsprechenden Vorschrift auf Bundesebene ist die Nutzung des öffentlichen Straßenraums für Versorgungsleitungen.¹⁴⁵ Bei einer Qualifikation der Erdwärmesonden als (Teil von) Versorgungsleitungen (siehe hierzu 4.1.1.2) ist der Anwendungsbereich von § 23 Abs. 1 NStrG in der Regel eröffnet. Jedoch schließt auch die gegenteilige Bewertung nach unserer Auffassung eine Anwendung von § 23 Abs. 1 NStrG und damit eine privatrechtliche Gestattung nicht zwangsweise aus.

Bereits der Wortlaut der Norm bezieht sich gerade nicht allein auf *Versorgungsleitungen* und deren Nebenanlagen, sondern allgemeiner auf *Zwecke* der öffentlichen Versorgung. Der Begriff der Versorgung umfasst die Belieferung nicht nur mit lebenswichtigen, sondern

¹⁴² OVG Niedersachsen, Urt. v. 18.07.2006 – 12 LB 116/06, Rn. 50.

¹⁴³ BVerwG, Urt. v. 29.03.1968 – IV C 100.65, BeckRS 1968, 30433327.

¹⁴⁴ Vgl. *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 476, wonach der technische Fortschritt der neuesten Zeit erfahrungsgemäß dafür spreche, dass die Verlegung von Versorgungsleitungen jeglicher Art in den Straßenkörper regelmäßig den Ablauf des fließenden Verkehrs nur für kurze Dauer beeinträchtigt.

¹⁴⁵ Vgl. *Stahlhut*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, 131. Versorgungsleitungen und öffentliche Wege, Rn. 7; zur Parallelvorschrift in Sachsen-Anhalt siehe auch OVG Magdeburg, Urt. v. 29.03.2006 – 1 L 149/03, BeckRS 2006, 22358, Rn. 26.

darüber hinaus mit all den Leistungen, die dem aktuellen zivilisatorischen Status entsprechen. Dazu gehören vor allem die Belieferung mit Wasser, Gas und Strom sowie (Fern-)Wärme.¹⁴⁶ Bei einem weiten Begriffsverständnis dienen auch die Erdwärmesonden der Belieferung mit Wärme. Die eigentliche Verteilung erfolgt zwar über das aus den horizontalen Leitungen bestehende Ringnetz. In dieses sind die Erdwärmesonden jedoch derart integriert, dass sie Teil des Gesamtkreislaufs sind und sich daher nicht klar als Erzeugungsanlage von diesem abgrenzen lassen. Zudem haben sie jedenfalls insofern eine der Belieferung mit Wärme dienende Funktion, als sie zur Bereitstellung dieser erforderlich sind.

Diese Auslegung entspricht unseres Erachtens auch dem Zweck von § 23 Abs. 1 NStrG. In Bezug auf die bundesrechtliche Parallelvorschrift in § 8 Abs. 10 Bundesfernstraßengesetz hat das BVerwG festgestellt, dass diese auf der Erwägung beruhe, dass Versorgungsunternehmen dem Allgemeinwohl dienende Aufgaben zu erfüllen haben, indem ihnen die Versorgung der Bevölkerung mit lebenswichtigen Gütern anvertraut ist und dass daher eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs der öffentlichen Straßen durch deren Benutzung für ihre Zwecke hinzunehmen sei, soweit sie sich in vertretbaren Grenzen halte.¹⁴⁷ Mit der Regelung sei also bewusst in wesentlichem Umfang der öffentlich-rechtliche Bereich bei Einräumung von Nutzungsrechten zugunsten von Versorgungsbetrieben verlassen und dem herkömmlichen System von privatrechtlichen Gestattungsverträgen der Vorzug gegeben worden; dieses System habe sich praktisch bewährt. Die Fülle der Fragen, die mit Straßenbenutzungen dieser Art verbunden sind, lasse sich in der Form von bürgerlich-rechtlichen Verträgen verhältnismäßig leicht lösen. Solche Verträge könnten Besonderheiten des Einzelfalles eher erfassen als eine behördliche Erlaubnis.¹⁴⁸ Insoweit ist nicht ersichtlich, weshalb Erdwärmesonden straßenrechtlich anders beurteilt werden sollten als „klassische“ Versorgungsleitungen.

Öffentlich ist eine Versorgung im Übrigen, wenn sie für andere bestimmt ist, insbesondere wenn jedermann aus einem unbestimmten, wenn auch bestimmbareren Personenkreis der

¹⁴⁶ Sauthoff, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 77.

¹⁴⁷ BVerwG, Urt. v. 29.03.1968 – IV C 100.65, BeckRS 1968, 30433327.

¹⁴⁸ BVerwG, Urt. v. 29.03.1968 – IV C 100.65, BeckRS 1968, 30433327.

Zugang offensteht.¹⁴⁹ Es muss es sich um die Versorgung „anderer“ handeln, d. h. Abgebender und Aufnehmender müssen grundsätzlich verschiedene Rechtsträger sein.¹⁵⁰ Einer Trägerschaft der öffentlichen Hand bedarf es nicht.¹⁵¹ Dient das KNWN mithin nicht ausschließlich der Eigenversorgung, lässt es sich unseres Erachtens grundsätzlich der öffentlichen Versorgung zuordnen (siehe zu den Anforderungen an ein *öffentliches Leitungsnetz* oben 4.1.8.3.1).

Im Ergebnis spricht demnach jedenfalls im Falle einer kurzen Bauzeit Überwiegendes dafür, dass der Gemeingebrauch durch das Einbringen der vertikalen Erdwärmesonden nur vorübergehend für Zwecke der öffentlichen Versorgung im Sinne des Straßenrechts eingeschränkt wird, sodass sich die Einräumung von Rechten zur Nutzung des Straßeneigentums gemäß § 23 Abs. 1 NStrG nach bürgerlichem Recht richtet.

Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass ein Gericht zu einem anderen Ergebnis kommen und eine Sondernutzung im Sinne von § 18 Abs. 1 NStrG annehmen könnte. Die Benutzung der Straße über den Gemeingebrauch bedürfte in dem Fall der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis durch den zuständigen Träger der Straßenbaulast. Über die Sondernutzung kann statt durch Verwaltungsakt jedoch ebenfalls durch Vertrag entschieden werden.¹⁵² Allerdings läge in diesem Fall, aufgrund des Charakters der Sondernutzungserlaubnis als öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörde, ein Vertrag auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts vor (vgl. § 54 VwVfG), sodass die Maßgaben der §§ 54 ff. VwVfG zu beachten wären.

4.2.3 Zulässigkeit der Festlegung von Gestattungsentgelten in unterschiedlicher Höhe

Gestattungsentgelte für einzelne Nahwärme-Projekte können vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit grundsätzlich in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz festgelegt werden, jedenfalls sofern für die Ungleichbehandlung ein

¹⁴⁹ *Sauthoff*, in: Müller/Schulz (Hrsg.), FStrG, 3. Aufl. 2022, § 8 Rn. 77; siehe dazu auch BNetzA, Beschl. v. 28.10.2020 – BK11-20/004, IR 2021, 20, wonach ein durch eine regionale Genossenschaft, geplantes Fernwärmenetz zur energieautarken Wärmeversorgung von bis zu 450 Anschlussnehmern als öffentliches Versorgungsnetz (im Sinne von § 77h TKG a.F.) eingestuft wurde.

¹⁵⁰ *Stahlhut*, in: Theobald/Kühling (Hrsg.), Energierecht, 128. EL Dezember 2024, Kapitel 131. Versorgungsleitungen und öffentliche Wege, Rn. 18. Darüber hinaus fordert *Stahlhut* das Vorliegen eines Enteignungsrechts zu Gunsten des Leitungsbetreibers. Weitere Belege oder Begründungen für diese Ansicht liefert er nicht. Zudem findet sich diese Anforderung nach unserer Recherche in keiner anderen Literaturquelle oder Rechtsprechung. Für KNWN besteht zwar kein fachplanungsrechtliches Zulassungsregime mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung, jedoch ist es nicht ausgeschlossen, auch zu Gunsten von KNWN nach Maßgabe des landesrechtlichen Enteignungsgesetzes eine Enteignung vorzunehmen, die jedoch mit hohen Hürden verbunden ist, vgl. §§ 2, 4 Niedersächsisches Enteignungsgesetz (NEG).

¹⁵¹ BR-Drs. 9/08, S. 66, zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich; so auch *Gößl*, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp (Hrsg.), WHG AbwAG, 59. EL August 2024, WHG § 59 Rn. 9, in Bezug auf die öffentliche Wasserversorgung.

¹⁵² *Sauthoff*, Öffentliche Straßen, 3. Aufl. 2020, Rn. 459.

sachlich rechtfertigender Grund besteht. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dabei auch das Kriterium der „Gemeinnützigkeit“ herangezogen werden kann.

Anders als Konzessionsabgaben für die Versorgung mit Energie im Sinne des EnWG (vgl. § 48 EnWG i. V. m. der Konzessionsabgabenverordnung) sowie die Belieferung mit Wasser (vgl. § 117 EnWG i. V. m. der Konzessionsabgabenanordnung) sind Gestattungsentgelte für Wärmenetze keiner besonderen Regelung unterworfen. Die Vertragspartner können daher den Inhalt des Gestattungsvertrags im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich frei vereinbaren, und den Gemeinden ist ein gewisser Preissetzungsspielraum zuzugestehen.¹⁵³ Allerdings ist die Gemeinde dabei an den grundrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz sowie gegebenenfalls kartellrechtliche Grundsätze gebunden.

4.2.3.1 Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch bei vertraglichem Handeln ist die Gemeinde an den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden,¹⁵⁴ welcher gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen Anwendung findet.

Die Erhebung von Gestattungsentgelten in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz kann unseres Erachtens grundsätzlich eine Ungleichbehandlung von verschiedenen Netzbetreibern und damit von wesentlich Gleichem darstellen. Eine Ungleichbehandlung ist nach Art. 3 Abs. 1 GG nur zulässig, wenn ein sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung besteht. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung reichen von einer reinen Willkürprüfung bis hin zu einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁵⁵ Dabei steigen die Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund mit Umfang und Ausmaß der Abweichung.¹⁵⁶ Ob eine in ihrer jeweiligen Höhe bzw. durch einen unterschiedlichen Berechnungsgrundsatz unterschiedliche Erhebung von Gestattungsentgelten nach diesem Maßstab gerechtfertigt sein kann, lässt sich nur im Einzelfall bewerten. Es ist nach unserer Auffassung insoweit jedoch nicht ausgeschlossen, dass das Kriterium der „Gemeinnützigkeit“ einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung darstellen kann.¹⁵⁷ So kann diese beispielsweise auch Steuerbefrei-

¹⁵³ Falls der Gestattungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag ausgestaltet wird, weil die Einbringung von Erdwärmesonden als Sondernutzung erachtet wird (siehe oben 3.2.2), sind die Vorgaben des § 56 Abs. 1 VwVfG zu beachten, wonach die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck vereinbart werden und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen muss sowie den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen muss.

¹⁵⁴ Vgl. *Röhl*, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2024, Kapitel 2. Kommunalrecht, Rn. 159.

¹⁵⁵ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK GG*, 61. Ed. 15.03.2025, Art. 3 Rn. 24.

¹⁵⁶ BVerwG, Beschl. v. 04.03.2019 – 9 B 1.19, BeckRS 2019, 5978, Rn. 17.

¹⁵⁷ Siehe auch BVerwG, Beschl. 17.11.2017 – 3 B 14.16, NVwZ-RR 2018, 150, Rn. 13 zum Merkmal der Gemeinnützigkeit als ein im Rahmen von Art. 3 Abs. 1 GG zulässiges Kriterium für eine Ungleichbehandlung bei der Gewährung öffentlicher Zuschüsse.

ungen und -ermäßigungen (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 9 Körperschaftsteuergesetz, § 3 Nr. 6 Gewerbesteuergesetz) sowie die Befreiung von bestimmten staatlichen Gebühren und Kosten (vgl. beispielsweise § 24 Abs. 1 Satz 2 Geldwäschegesetz) rechtfertigen.

4.2.3.2 Vereinbarkeit mit dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot

Eine Einschränkung der freien Ausgestaltung der Gestattungsverträge kann sich zudem aus dem besonderen kartellrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB ergeben, wonach ein Unternehmen ein anderes Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund anders behandeln darf als gleichartige Unternehmen.

Wie bereits dargelegt, sind Regelungen des GWB in Bezug auf die Gestattung der Benutzung öffentlicher Straßen und Flächen durch Gemeinden grundsätzlich anwendbar (siehe oben 4.2.1). Eine Gemeinde ist auf dem Markt für die Vergabe von Wegenutzungsrechten ein marktbeherrschendes Unternehmen und verfügt aufgrund ihres Eigentums an den öffentlichen Straßen und Flächen über ein auf das Stadtgebiet beschränktes Monopol.¹⁵⁸

Bei verschiedenen Betreibern von KNWN wird man auch davon ausgehen können, dass diese gleichartige Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellen. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen Nahwärme-Projektes dürfte regelmäßig davon auszugehen sein, dass die Betreiber jeweils eine im Wesentlichen gleiche unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion ausüben.¹⁵⁹ Die Erhebung von Gestattungsentgelten in unterschiedlicher Höhe bzw. mit einem unterschiedlichen Berechnungsansatz kann demnach grundsätzlich eine unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen darstellen.

Erforderlich für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ist allerdings darüber hinaus, dass sich die Ungleichbehandlung negativ auf die Wettbewerbsposition des benachteiligten Unternehmens auswirkt.¹⁶⁰ Die Vereinbarung eines unterschiedlichen Gestattungsentgeltes fällt demnach nur unter den Tatbestand des § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB, wenn der Unterschied zwischen den vereinbarten Entgelten so hoch ist, dass von einer Verschlechterung der Wettbewerbsposition des benachteiligten Netzbetreibers ausgegangen werden muss.¹⁶¹

Allerdings liegt nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 GWB ein verbotener Missbrauch auch dann vor, wenn ungünstigere Entgelte gefordert werden, als sie das marktbeherrschende Un-

¹⁵⁸ BGH, Urf. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 21.

¹⁵⁹ Vgl. *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 19 Rn. 90.

¹⁶⁰ *Westermann*, in: Säcker (Hrsg.), MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rn. 44.

¹⁶¹ So zur Vereinbarung unterschiedlicher Vergütungen *Westermann*, in: Säcker (Hrsg.), MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rn. 44.

ternehmen selbst auf vergleichbaren Märkten von gleichartigen Abnehmern fordert. Insofern müssten die Gestattungsverträge jedoch insbesondere auch inhaltlich miteinander vergleichbar sein.¹⁶²

Sowohl eine Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen als auch eine Preisspaltung führen nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 3 2. Hs. GWB darüber hinaus nur zu einem wettbewerbswidrigen Missbrauch, wenn sie ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgen. Die Rechtfertigungsmöglichkeit durch einen sachlichen Grund dient der normativen Einschränkung des rein objektiven Merkmals der Ungleichbehandlung¹⁶³ und ist unter Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu bewerten.¹⁶⁴

Berücksichtigungsfähig sind grundsätzlich alle Interessen des ungleich behandelnden Normadressaten, sofern sie nicht auf einen gesetzeswidrigen Zweck gerichtet sind oder gegen die Wertungen des GWB verstoßen.¹⁶⁵ Demnach ist es unseres Erachtens nicht per se ausgeschlossen, die Gemeinnützigkeit eines Nahwärmenetz-Betreibers als sachlichen Grund für die Erhebung von Gestattungsentgelten in unterschiedlicher Höhe heranzuziehen. Bei der Gemeinnützigkeit steht nicht die wirtschaftliche Betätigung, sondern die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Vordergrund. Es fehlt insoweit allerdings an vergleichbaren Präzedenzfällen, sodass sich nicht abschließend beurteilen lässt, ob ein Gericht dieser Auffassung folgen würde.

4.2.4 Zulässigkeit einer kostenlosen Flächenüberlassung

Mangels besonderer Regelungen im Wärmebereich erscheint es möglich auf die Erhebung von Gestattungsentgelten zu verzichten, d. h. ein Gestattungsentgelt von 0 Euro festzulegen. Die Gemeinde ist berechtigt und damit nicht gezwungen, ein Gestattungsentgelt für die Nutzung der kommunalen Straßen und Flächen für Wärmeleitungen zu verlangen.¹⁶⁶

Entsprechend sieht auch die Konzessionsabgabenverordnung lediglich Höchst- und keine Mindestsätze vor. Aus § 4 Abs. 2 der Konzessionsabgabenverordnung folgt ausdrücklich, dass ein Energieversorgungsunternehmen die Entgelte für den Netzzugang und die allgemeinen Tarife entsprechend herabzusetzen hat, wenn für die Belieferung von Stromtarifabnehmern keine Konzessionsabgaben oder niedrigere als die nach der KAV zulässigen Höchstbeträge gezahlt werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb bei Gestattungsentgelten, für die kein besonderes Regelungsregime besteht, ein strengerer Maßstab anzulegen wäre. Im Bereich der Fernwärme scheint der Verzicht auf ein Gestattungsentgelt im Übrigen nicht unüblich. Das Bundeskartellamt hat diesbezüglich in seiner „Sektoruntersuchung

¹⁶² OLG Brandenburg, Urf. v. 19.09.2023 – 17 U 3/22, ZNER 2023, 510.

¹⁶³ Vgl. *Westermann*, in: Säcker (Hrsg.), MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 19 Rn. 46.

¹⁶⁴ *Loeweheim*, in: Loeweheim/Messen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, GWB § 19 Rn. 47 mit Verweis auf st. Rspr.

¹⁶⁵ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 7. Aufl. 2024, GWB § 19 Rn. 108.

¹⁶⁶ Vgl. *Zuber*, in: Schäfer/Uechtritz/Zuber (Hrsg.), Rechtsgestaltung in der kommunalen Praxis, 1. Aufl. 2015, § 27 Gestattungsverträge in der Fernwärmeversorgung, Rn. 5.

Fernwärme“ aus dem August 2012 festgestellt, dass nur in rund 10 % aller betrachteten Netzgebiete ein Gestattungsentgelt erhoben wurde.¹⁶⁷

Allerdings hat das VG Regensburg mit Urteil vom 05.12.2013 entschieden, dass die dort streitgegenständliche Befreiung des örtlichen Stromnetzbetreibers von der Leistung einer Konzessionsabgabe gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung verstoße.¹⁶⁸ Dieser Grundsatz ist in Niedersachsen in § 110 Abs. 2 NKomVG festgeschrieben. Nach Ansicht des VG Regensburg überlagert dieser Grundsatz die Konzessionsabgabenverordnung. Daher sei ein Verzicht auf die Konzessionsabgabe nur möglich, wenn er der Erfüllung einer gemeindlichen Aufgabe diene und darüber hinaus auch geeignet sei, das verfolgte Ziel zu erreichen.

Soweit ersichtlich, ist die Entscheidung des VG Regensburg jedoch eine Einzelfallentscheidung, die auch nicht höchstrichterlich überprüft wurde. Daher lässt sich auch nicht absehen, ob die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Niedersachsen oder das Bundesverwaltungsgericht diese Auffassung teilen würden. Überträgt man jedoch die Wertung des VG Regensburg auf Gestattungsentgelte für die Nutzung kommunaler Flächen zwecks Errichtung und Betrieb eines KNWN, müsste der Verzicht auf das Entgelt einer gemeindlichen Aufgabe dienen. Diese ließe sich unseres Erachtens vertretbar mit dem Ziel der klimafreundlichen und kostengünstigen Wärmeversorgung und damit der Daseinsvorsorge begründen – explizite Rechtsprechung zu dieser Frage ist uns jedoch nicht bekannt.

Eine kostenlose Gestattung ist gegebenenfalls auch beihilfenrechtlich zu bewerten. Der Verzicht auf Mittel, die der Staat hätte einnehmen können, stellt grundsätzlich eine Übertragung staatlicher Mittel dar.¹⁶⁹ Fraglich ist hingegen, ob der Mittelverzicht auch geeignet sein kann, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Art. 107 Abs. 1 AEUV). Eine nähere Betrachtung der beihilfenrechtlichen Situation würde jedoch den Rahmen dieses Gutachtens sprengen und kann sinnvoll nur im Einzelfall erfolgen.

4.2.5 Ausschreibungspflicht

Die Frage der Ausschreibungspflicht von Wegenutzungsrechten bzw. Gestattungsverträgen für Wärmenetze ist ein in der juristischen Fachliteratur kontrovers diskutiertes Thema, und es fehlt insoweit aktuell noch an einer gesetzlichen oder höchstrichterlichen Klärung. Nach unserer Auffassung spricht jedoch Überwiegendes gegen eine allgemeine Ausschreibungspflicht. Eine Unterscheidung nach der Temperatur des in Frage stehenden

¹⁶⁷ *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung Fernwärme – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 159.

¹⁶⁸ VG Regensburg, Urt. v. 05.12.2013 – 5 K 12.1797, BeckRS 2014, 47783.

¹⁶⁹ *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 262/1 v. 19.07.2016, Rn. 51.

Wärmenetzes ergibt sich unseres Erachtens wie auch bei der Frage des Bestehens eines Gestaltungsanspruchs nicht.

4.2.5.1 Keine Anwendbarkeit des EnWG

§ 46 Abs. 3 bis 5 EnWG setzen für den Abschluss von qualifizierten Wegenutzungsverträgen eine Ausschreibung voraus. Wie bereits erörtert, ist das EnWG und damit auch dessen § 46 jedoch nicht auf KNWN anwendbar (siehe oben 4.2.1).

4.2.5.2 Keine Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts (§§ 97 ff. GWB)

Die §§ 97 ff. GWB knüpfen an einen Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand an, der durch die reine Zurverfügungstellung kommunaler Flächen zwecks Schaffung eines (Nah-)Wärmenetzes nicht gegeben ist.¹⁷⁰ Etwas anderes könnte gelten, wenn die Gemeinde die Gestattung mit einem Anschluss- und Benutzungszwang verbindet bzw. den Netzbetreiber zur Belieferung kommunaler Liegenschaften verpflichten möchte.¹⁷¹

4.2.5.3 Keine Ausschreibungspflicht aus dem kartellrechtlichen Missbrauchsverbot (§ 19 GWB)

Ob sich aus dem kartellrechtlichen Marktmissbrauchsverbot des § 19 GWB auch eine Ausschreibungspflicht von Gestattungsverträgen im Bereich von Wärmenetzen ableiten lässt, wird in der juristischen Fachliteratur kontrovers diskutiert.¹⁷² Unseres Erachtens sprechen die besseren Gründe gegen eine Ausschreibungspflicht, jedenfalls sofern die tatsächlichen Gegebenheiten die Einbringung mehrerer KNWN zulassen.

Bei einer Kapazitätserschöpfung des Untergrunds ist es der Gemeinde tatsächlich unmöglich, mehreren KNWN-Betreibern die Untergrundnutzung zu gestatten. In diesem Fall besteht ein sachlicher Grund für eine Zugangsweigerung, sodass sich der grundsätzlich bestehende Anspruch auf Gestattung (siehe oben 4.2.1) in einen Anspruch auf diskriminierungsfreie Teilhabe an der sodann zwingend durchzuführenden Ausschreibung wandelt.¹⁷³ Ob eine tatsächliche Begrenztheit der Wegekazität vorliegt, ist im Einzelfall zu bewerten.¹⁷⁴ Dabei dürfte es bei der Bewertung maßgeblich auf die Bezugsgröße der Knappheit (Gemeindegebiet, einzelne Quartiere, einzelne Straßenzüge oder gar nur einzelne Punkte im Straßengrund) ankommen.¹⁷⁵

¹⁷⁰ So auch *Fabry/Jasper*, EnWZ 2024, 291, 293.

¹⁷¹ *Fabry/Jasper*, EnWZ 2024, 291, 293.

¹⁷² Ausführliche Auseinandersetzungen mit dem Streitstand finden sich u. a. bei *Fabry/Jasper*, EnWZ 2024, 291 sowie *Baumgart*, RdE 2024, 225.

¹⁷³ *Fabry/Jasper*, EnWZ 2024, 291, 294; siehe auch *Baumgart*, RdE 2024, 225.

¹⁷⁴ *Sauer*, Die Vergabe von Wegenutzungsverträgen für die Verlegung und den Betrieb von Fernwärmenetzen, IR 2018, 4, 6.

¹⁷⁵ Siehe hierzu näher *Baumgart*, RdE 2024, 225, 228.

An die tatsächliche Knappheit angelehnt, wird teilweise aus einer wirtschaftlichen Sinnlosigkeit paralleler Wärmenetze eine wirtschaftlich-faktische Kapazitätserschöpfung abgeleitet, aus der gleichermaßen eine Ausschreibungspflicht folge.¹⁷⁶ Zwar impliziert auch der BGH in seiner Entscheidung zum Stuttgarter Wärmenetz, dass eine wirtschaftliche Sinnlosigkeit der Verlegung und des Betriebs paralleler Wärmenetze der tatsächlichen Ausschöpfung räumlicher Kapazitäten gleichstehen kann.¹⁷⁷ Allerdings ließ er ausdrücklich offen, ob daraus auch eine kartellrechtliche Ausschreibungspflicht folgt.¹⁷⁸ Hinzukommt, dass sich die Entscheidung auf ein bestehendes großflächiges Fernwärmenetz bezieht. Ob die Feststellungen sich auf die Schaffung neuer und kleinerer Quartiernetze übertragen lassen, scheint zumindest fraglich.¹⁷⁹ Im Falle der erstmaligen Gestattung der Wegenutzung hat jeder Marktakteur noch die gleiche Chance, ein (Nah-)Wärmenetz aufzubauen und hierzu die Initiative zu ergreifen, sodass noch keine wirtschaftliche Sinnlosigkeit paralleler Infrastrukturen besteht.¹⁸⁰ Zwar könnte dem gegebenenfalls entgegengehalten werden, dass es Netzbetreibern schon von vornherein wirtschaftlich sinnlos erscheinen könnte, parallele KNWN aufzubauen. Gerade bei den in der Regel kleinräumigen geschlossenen KNWN bestehen nach unserem Verständnis jedoch kaum Mengenvorteile, da die Anzahl der eingebrachten Erdwärmesonden variabel und damit auch die Größe des KNWN variabel ist. Dies ist nicht mit der Situation der Gas- oder auch Fernwärmeversorgung vergleichbar, für die sich ein Anschluss nur weniger Verbraucher als nicht wirtschaftlich umsetzbar darstellt.

Auch das Bundeskartellamt hat in seiner „Sektoruntersuchung Fernwärme“ aus August 2012 festgehalten, dass wenn ein Fernwärmeversorger im Gemeindegebiet ein Fernwärmenetz neu verlegen und betreiben will, die Gemeinde ohne Weiteres die hierfür erforderlichen Wegerechte durch Gestattungsvertrag oder einfachen Verwaltungsakt einräumen könne. Eine formelle Ausschreibung der Wegerechtsvergabe sei in solchen Fällen entbehrlich.¹⁸¹ Anders seien nur Fälle zu beurteilen, in denen dem Netzbetreiber mit der Einräumung eines Wegerechts eine „weitgehend ausschließliche Versorgungsstellung“ eingeräumt würde, etwa durch einen Anschluss- oder Benutzungszwang.¹⁸² Dass zumindest im Falle der Festlegung eines Anschluss- und Benutzungszwangs die wirtschaftliche Knappheit einer tatsächlichen physikalischen Knappheit nahekommte, ist nach unserer Auffassung schon naheliegender. Dem ließe sich jedoch ebenfalls entgegenhalten, dass auch aus einem Anschluss- oder Benutzungszwang eben nur eine wirtschaftliche Sinnlosigkeit folgen kann und die Frage nach einer Ausschreibungspflicht vorrangig der den Anschluss-

¹⁷⁶ Sauer, IR 2018, 4, 6.

¹⁷⁷ BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 29 f.

¹⁷⁸ BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 31.

¹⁷⁹ Vgl. Sauer, Die Einräumung von Wegenutzungsrechten für Fernwärmeleitungen – Schlussfolgerungen aus dem BGH-Urteil „Fernwärmenetz Stuttgart“, EWeRK 2024, 66, 72.

¹⁸⁰ Fabry/Jasper, EnWZ 2024, 291, 296.

¹⁸¹ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 254.

¹⁸² Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme – Abschlussbericht gemäß § 32e GWB, August 2012, Rn. 254 f.

und Benutzungszwang regelnden Rechtsmaterie zuzuordnen wäre.¹⁸³ Resultiert aus dem Anschluss- und Benutzungszwang jedoch eine Beschaffung der Gemeinde, könnte der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts eröffnet sein.¹⁸⁴

4.2.5.4 (K)ein Ausschreibungsrecht der Gemeinde

Nach dem Vorstehenden spricht Überwiegendes gegen eine Ausschreibungspflicht der Gemeinden hinsichtlich der Gestattung der Nutzung öffentlicher Flächen für die Errichtung und den Betrieb von KNWN bzw. Wärmenetzen generell. Offen bleibt, ob den Gemeinden ein Ausschreibungsrecht zusteht.

Der Kartellsenat des BGH führt in seiner Entscheidung zum Fernwärmenetz Stuttgart aus, dass

„der Klägerin aus kartellrechtlichen Gründen jedenfalls nicht verwehrt werden [kann], in Anlehnung an die Regelung des § 46 EnWG im eigenen Interesse und in dem der Allgemeinheit Wegenutzungsrechte zeitlich begrenzt zu vergeben und einen Wettbewerb um das Netz mit dem Zweck zu organisieren, die wettbewerblichen Nachteile, die mit einem Leitungsmonopol verbunden sind, zumindest teilweise zu kompensieren. [...] Der Umstand, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Energiewirtschaftsgesetzes ausdrücklich nicht auf den Bereich der Fernwärme erstreckt wissen wollte [...], schließt eine solche privatautonome Entscheidung der Klägerin zur Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus, auch nicht, dass die Beklagte für den danach möglichen Rechtsverlust – ebenso wie es § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorsieht – zu entschädigen ist.“¹⁸⁵

Der BGH scheint es also den Gemeinden im Rahmen einer „privatautonomen Entscheidung“ freizustellen, ein Ausschreibungsverfahren in Bezug auf Wegenutzungsrechte durchzuführen.

Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass eine Ausschreibung gerade dem Zweck des Wettbewerbsrecht, den freien Wettbewerb zu schützen, entgegenliefe, wenn sie nicht in dessen Sinne zwingend erforderlich ist. Durch die Ausschreibung würde sich eine Ausschließlichkeit der Gestattung ergeben, die auf dem nachgelagerten Markt der Wärmeversorgung parallele Strukturen verhindern und damit ein Monopol schaffen könnte. Es erscheint unbillig und nicht gerechtfertigt, dass die Monopolistin des vorgelagerten Markts

¹⁸³ Baumgart, RdE 2024, 229.

¹⁸⁴ Siehe auch Hamm, Stand der kommunalen Wärmeplanung und Herausforderungen bei der Umsetzung geplanter Maßnahmen, EWeRK 2025, 3, 6.

¹⁸⁵ BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20, EWeRK 2024, 18, Rn. 31.

(die Gemeinde in Bezug auf ihre Flächen) die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt (Wärmeversorgung) nach ihrem Belieben bestimmen können soll.¹⁸⁶ Darüber hinaus fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens¹⁸⁷ und setzt sich ein etwaiges Ausschreibungsrecht auch dem oben erörterten grundsätzlichen Anspruch auf Gestattung der Nutzung öffentlicher Wege und Flächen in Widerspruch (siehe hierzu 4.2.1).

4.2.6 Wirkung bestehender Konzessionsverträge

Eine Einschränkung der Errichtung und des Betriebs von KNWN oder anderen Nahwärmenetzen durch bestehende Konzessionsverträge für leitungsgebundene Energieversorgung käme unseres Erachtens nur in Betracht, wenn dem betroffenen Konzessionär nicht nur ein Wegenutzungsrecht, sondern eine Ausschließlichkeitsstellung eingeräumt worden wäre. Derartige Ausschließlichkeitsstellungen sind jedoch zum einen im Strom- und Gasbereich nicht mehr zulässig (vgl. § 46 EnWG). Zum anderen können unseres Erachtens ausschließliche Wegerechte für leitungsgebundene Energieversorgung nicht so weit reichen, dass sie auch die Wegenutzung für alternative Energiequellen versperren.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass ein bestehender Konzessionär ohne eingeräumtes Ausschließlichkeitsrecht keinen Schadenersatz geltend machen kann. Dies folgt bereits daraus, dass diesem Konzessionär ohne Ausschließlichkeitsrecht eine rechtlich geschützte Vertrauensposition fehlt, in die eingegriffen werden könnte.

Eine abschließende Beantwortung der Frage ist jedoch abstrakt kaum möglich und es jedenfalls nicht gänzlich auszuschließen, dass Konstellationen möglich sind, in denen ein Konzessionär der leitungsgebundene Energieversorgung Schadenersatzansprüche geltend machen könnte, beispielsweise wenn zu dessen Gunsten ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht, welcher frühzeitig aufgehoben wird und dem betroffenen Unternehmen dadurch tatsächlich eine geschützte Vertrauensposition zukommt.

4.2.7 Verpflichtung zum Anliegeranschluss im Gestattungsvertrag

Es ist unseres Erachtens grundsätzlich möglich, im Gestattungsvertrag festzulegen, dass sämtlichen Anliegern ein Recht auf Anschluss an das Netz angeboten und garantiert wird.

In Bezug auf (Nah-)Wärmenetze fehlt es auch hinsichtlich der Anschlusspflicht an einer gesetzlichen Vorgabe. Mangels Anwendbarkeit des EnWG auf die Wärmeversorgung (siehe oben 4.2.1), scheidet auch eine entsprechende Anwendung von beispielsweise § 18 Abs. 1 EnWG aus, wonach Betreiber von Energieversorgungsnetzen für Gemeinde-

¹⁸⁶ *Baumgart*, Ausschreibungspflicht und Ausschreibungsrecht für Wegenutzungsrechte für Fernwärmeleitungen nach BGH, Urt. v. 05.12.2023 – KZR 101/20 – Fernwärmenetz Stuttgart – Teil 2, RdE 2024, 289, 292.

¹⁸⁷ *Baumgart*, RdE 2024, 225, 231.

gebiete, in denen sie Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung von Letztverbrauchern betreiben, allgemeine Bedingungen für den Netzanschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung oder Niederdruck und für die Anschlussnutzung durch Letztverbraucher zu veröffentlichen sowie zu diesen Bedingungen jedermann an ihr Energieversorgungsnetz anzuschließen und die Nutzung des Anschlusses zur Entnahme von Energie zu gestatten haben, sofern der Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Betreiber des Energieversorgungsnetzes nicht aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar ist.

Gemeinden kommt bei der Ausgestaltung von Gestattungsverträgen jedoch grundsätzlich im Rahmen der Vertragsfreiheit ein Gestaltungsfreiraum zu. Es sind insofern keine einer die Verpflichtung zum Anliegeranschluss regelnden Vertragsklausel entgegenstehenden Gründe erkennbar. Allerdings darf der Netzbetreiber nach dem Rechtsgedanken des § 275 BGB nur insoweit verpflichtet werden, als ihm der Anliegeranschluss auch möglich ist. Daher sollte eine entsprechende Verpflichtung – ähnlich wie auch in § 18 Abs. 1 oder auch § 17 Abs. 2 EnWG¹⁸⁸ angelegt – auf das wirtschaftlich und technisch zumutbare Maß beschränkt werden. Entsprechende vertragliche Regelungen finden sich bereits in der Praxis.¹⁸⁹

Die Möglichkeit zur Festlegung einer Verpflichtung zum Anliegeranschluss im Gestattungsvertrag besteht unseres Erachtens auch, falls der Gestattungsvertrag als öffentlich-rechtlicher Vertrag ausgestaltet wird, weil die Einbringung von Erdwärmesonden als Sondernutzung erachtet wird (siehe oben 4.2.2). Nach § 54 VwVfG dürfen keine Rechtsvorschriften entgegenstehen. Solche entgegenstehenden Rechtsvorschriften sind nicht ersichtlich. Nimmt man unter Zugrundelegung eines weiten Begriffsverständnisses¹⁹⁰ zudem an, dass eine Verpflichtung zum Anliegeranschluss eine Gegenleistung darstellt, müsste diese nach § 56 Abs. 1 VwVfG für einen bestimmten Zweck vereinbart werden, der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen, den Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen. Diese Voraussetzungen wären hier unserer Auffassung nach erfüllt:

¹⁸⁸ Danach können Betreiber von Energieversorgungsnetzen einen Netzanschluss verweigern, soweit sie nachweisen, dass ihnen die Gewährung des Netzanschlusses aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

¹⁸⁹ Siehe beispielsweise Gestattungsvertrag Fernwärme Leutkirch West, abrufbar unter: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.leutkirch.de/ceasy/resource/24698%3F&ved=2ahUKEwjS3NnzlZyOA-xVhgF0HHaEoJjMQFnoECBUQAw&usq=AOvVaw0R0RyilanEudsXuGis9yKc> (zuletzt abgerufen am 16.09.2025).

¹⁹⁰ Vgl. Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 54 Rn. 25, wonach als Gegenleistung alle Rechts- und Realakte in Betracht kommen, die ein Privatrechtssubjekt erbringen kann.

Die Versorgung der Gemeindegewohner mit Wärme ist Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge¹⁹¹, eine entsprechende Zwecksetzung ergibt sich jedenfalls konkludent aus der vertraglichen Vereinbarung von Anschlussrechten der Anlieger¹⁹².

Ein hinreichender sachlicher Zusammenhang ist gegeben, wenn die Gegenleistung demselben Interesse dient, wie die behördliche Leistung und nicht schon ohnehin im inneren Zusammenhang zu dieser steht.¹⁹³ Die Gewährung einer Sondernutzungserlaubnis dient grundsätzlich der besonderen Nutzung von Straßen über den Gemeingebrauch hinaus. Im konkreten Fall dient sie der Ermöglichung des Ausbaus eines KNWN und damit der Versorgung der Einwohner mit Wärme. Die Vereinbarung eines Anschlussrechts dient, wie gezeigt, ebenfalls ebendieser Versorgung und damit demselben öffentlichen Interesse in Form der Daseinsvorsorge. Sondernutzungserlaubnis und Anschlussrecht stehen zudem nicht schon von selbst im inneren Zusammenhang.

Schließlich erscheint die Vereinbarung des Anschlussrechts nach den gesamten Umständen als angemessen. Angemessen im Sinne von § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG ist die Gegenleistung dann, wenn sie bei wirtschaftlicher Betrachtung der Gesamtumstände nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem wirtschaftlichen Wert der von der Behörde zu erbringenden oder erbrachten Leistung steht und auch aus sonstigen Gründen keine unzumutbare Belastung für den (privaten) Vertragspartner darstellt.¹⁹⁴ Grundsätzlich ist der Anschluss eines möglichst großen Kreises an Nutzern auch für den Netzbetreiber wirtschaftlich vorteilhaft. Zu beachten ist allerdings, dass sich im Einzelfall eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit des Anschlusses einzelner Grundstücke aus den Umständen des Einzelfalls ergeben könnte. Während die Vereinbarung von Anschlussrechten grundsätzlich wohl nicht außer Verhältnis zum Erlass einer Sondernutzungserlaubnis steht, erscheint zur Einhaltung der Angemessenheitsvoraussetzung – wie auch bei einer privatrechtlichen Vereinbarung – eine Einschränkung der Rechte bei technischer oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit des Anschlusses einzelner Grundstücke nach dem Rechtsgedanken des § 275 BGB geboten.

4.2.8 Verpflichtung zur Ermöglichung von Anliegereinspeisungen im Gestattungsvertrag

Entsprechend der vorstehend dargelegten Möglichkeit der Vereinbarung einer Anschlusspflicht erscheint es zumindest rechtlich dem Grunde nach ebenfalls möglich, im Gestattungsvertrag festzulegen, dass sämtlichen Anliegern ein Recht auf Wärme-/Kälteeinspeisung in das Netz angeboten und garantiert wird (ob eine Einspeisung technisch denkbar ist, können wir nicht beurteilen).

¹⁹¹ Röhl, in: Schoch/Eifert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2024, Kapitel 2. Kommunalrecht, Rn. 182.

¹⁹² Vgl. Siegel, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 56 Rn. 26.

¹⁹³ Rozek, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 6. EL November 2024, VwVfG § 56 Rn. 44.

¹⁹⁴ Rozek, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, 6. EL November 2024, VwVfG § 56 Rn. 38.

Auch mit Blick auf ein Einspeisungsrecht der Anlieger fehlt es in Bezug auf (Nah-)Wärmenetze an gesetzlichen Vorgaben, sodass grundsätzlich ein weiter vertraglicher Gestaltungsspielraum besteht. Die Grenze wäre allerdings wieder im Sinne des § 275 BGB bei der wirtschaftlichen und technischen Zumutbarkeit und Umsetzbarkeit zu ziehen.¹⁹⁵ Zudem kann angedacht werden, zwischen Wärme- bzw. Kältequellen beispielsweise auf Grundlage deren jeweiliger Effizienz und Nachhaltigkeit zu unterscheiden.

Im Falle eines öffentlich-rechtlichen Vertrags könnten sich Probleme hinsichtlich der Anforderungen an die Wirksamkeit eines Austauschvertrags im Sinne des § 56 VwVfG ergeben (siehe hierzu bereits 4.2.7). Voraussetzung wäre hierbei wiederum, dass auch das Einspeiserecht als taugliche Gegenleistung im Sinne des § 56 VwVfG angesehen werden könnte. Insoweit ist fraglich, ob auch in Bezug auf die Vereinbarung eines Einspeisungsrechts von dem Vorliegen eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Gewährung der Sondernutzungserlaubnis und diesem Recht ausgegangen werden kann. Das Einspeisungsrecht dient jedenfalls nicht unmittelbar der Wärme- bzw. Kälteversorgung, während die Gewährung einer Sondernutzungserlaubnis für die Einbringung einer Erdwärmesonde zu ebendiesem Zweck erfolgt. Allerdings stellt die Anliegereinspeisung im Grunde lediglich eine Alternative Wärme-/Kältequelle dar, sodass die Zweckrichtung unseres Erachtens doch vergleichbar ist. Für die Angemessenheit einer Vereinbarung zur Anliegereinspeisung erscheint es abermals geboten, eine Einschränkung in Bezug auf die technische und wirtschaftliche Zumutbarkeit vorzunehmen.

¹⁹⁵ Auch hier bietet sich zudem ein Blick in das EnWG an, konkret § 20, welcher einen grundsätzlichen Anspruch auf Zugang zu Elektrizitäts- und Gasnetzen konstituiert.