

**Gutachtliche Stellungnahme gemäß § 107 GemO
zum Wärmegestattungsvertrag
der Stadt Lahr für das Gebiet Altenberg**

abgegeben im Auftrag der

Stadt Lahr

von

**Rechtsanwalt Klaus Berger, LL.M.
W2K Rechtsanwälte Freiburg**

19. November 2020

*Hinweis: Dieses Dokument enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der
Energiedienst AG und ist daher streng vertraulich zu behandeln.*

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Dominik Kupfer

Dr. Holger Weiß, LL. M.

Dr. Björn Reith

Klaus Berger, LL. M.

Jens Baltschukat, LL. M.

Johannes Kupfer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Till Götz Karrer

Prof. Dr. Alexander Wichmann

Christoph Mayer, LL. M.

Kaiser-Joseph-Straße 247

D-79098 Freiburg

Telefon: (07 61) 21 11 49-0

Telefax: (07 61) 21 11 49-45

freiburg@w2k.de

STUTTGART

Alfred Bauer

Bastian Reuße, LL. M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Charlottenstraße 21b

D-70182 Stuttgart

Telefon: (07 11) 24 85 46-0

Telefax: (07 11) 24 85 46-19

stuttgart@w2k.de

www.w2k.de

Inhaltsübersicht

A. Aufgabenstellung und Vorgehensweise	3
B. Maßstab	3
I. Keine Gefährdung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben	4
II. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde	5
III. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Einwohner	5
C. Bewertung	6
I. Verfahrensrechtliche Anforderungen	6
II. Vertragliche Regelungen im Einzelnen	6
0. Zur „Präambel“	6
1. Zu „§ 1 Wegenutzung für die Wärmeversorgung“	7
2. Zu „§ 2 Nutzung von städtischen Grundstücken durch die ED“	8
3. Zu „§ 3 Abstimmung von Baumaßnahmen der Stadt und der ED“	9
4. Zu „§ 4 Neubau und Veränderung von Versorgungseinrichtungen durch die ED“	11
5. Zu „§ 5 Baumaßnahmen der Stadt oder Dritter mit Auswirkungen auf Versorgungseinrichtungen der ED“	12
6. Zu „§ 6 Zusammenarbeit zwischen Stadt und der ED“	14
7. Zu „§ 7 Nutzungsentgelt“	15
8. Zu „§ 8 Haftung“	17
9. Zu „§ 9 Rechtsnachfolge“	17
10. Zu „§ 10 Vertragsdauer“	18
11. Zu „§ 11 Schlussbestimmungen“	19
D. Ergebnis	20

A. Aufgabenstellung und Vorgehensweise

Die Stadt Lahr (nachfolgend: „Stadt“) beabsichtigt, einen Fernwärmegestattungsvertrag für das Gebiet „Altenberg“ mit der Energiedienst AG (nachfolgend: „ED“) abzuschließen.

Nach § 107 Abs. 1 S. 1 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) darf die Gemeinde Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeneigentum, einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Dazu soll dem Gemeinderat gemäß § 107 Abs. 1 S. 2 GemO vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden. Nach einem Erlass des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 25.04.1996 fallen auch Gestattungsverträge für Fernwärmeversorgungsanlagen unter diese Vorschrift.¹

Die Stadt Lahr hat W2K mit der Erstellung dieses Gutachtens beauftragt.

Grundlage der Bewertung ist der in § 107 Abs. 1 S. 1 GemO gesetzlich vorgegebene Prüfungsmaßstab (hierzu B.). Bei der Bewertung gehen wir zunächst auf die verfahrensrechtlichen Anforderungen ein (C.I.). Anschließend bewerten wir die einzelnen Bestimmungen des Vertrags (hierzu C.II.). Die Ergebnisse führen wir in einer Gesamtbewertung zusammen (hierzu D.).

B. Maßstab

§ 107 Abs. 1 S. 1 GemO knüpft den Abschluss des Vertrages an drei Voraussetzungen: Die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde darf nicht gefährdet werden (I.) und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde (II.) sowie ihrer Einwohner (III.) dürfen nicht gefährdet werden.

¹ Vgl. *Marnich/Mayer*, in: BWGZ 2013, S. 514, 516.

I. Keine Gefährdung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben

Die erste Voraussetzung – keine Gefährdung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben – spricht verschiedene Aufgabenbereiche an:

Die Wärmeversorgung ist eine freiwillige kommunale Aufgabe. Die Gemeinde kann sich gegen ein eigenes Engagement in der Wärmerversorgung entscheiden und es den Bürgern überlassen, ihren Wärmebedarf über verschiedene Lösungen am Markt zu decken. Die Gemeinde kann aber auch selbst im Bereich der Wärmeversorgung tätig werden, etwa indem sie die Wärmeversorgung als öffentliche Einrichtung, ggfs. mit Anschluss- und Benutzungszwang, betreibt. Die Verantwortung der Gemeinde hängt von der Art des Engagements und der rechtlichen Gestaltung der Versorgung ab.

Die Stadt Lahr hat sich entschieden, nicht selbst im Bereich der Wärmeversorgung für das Gebiet Altenberg aktiv zu werden. Einen Anschluss- und Benutzungszwang gibt es nicht. In dieser Konstellation hat die Stadt selbst keine Gewährleistungsverantwortung für die Wärmeversorgung. Die Verantwortung liegt allein bei der ED. Es bedarf folglich keines Konzessionsvertrags, der die ED zur Wärmeversorgung verpflichtet, sondern es genügt ein einfacher Gestattungsvertrag, der der ED durch die Einräumung von Wegenutzungsrechten die Wärmeversorgung ermöglicht.

Der Abschluss des Gestattungsvertrags tangiert die Aufgaben der Stadt als Straßenbaulastträger. Zur Errichtung eines Wärmeversorgungsnetzes ist die Inanspruchnahme der gemeindlichen Straßen und Wege unabdingbar. Alternative Möglichkeiten für die Wegeführung bestehen in der Regel nicht. Die daher erforderliche Benutzung der kommunalen Wege für Verlegung und Betrieb von Wärmeleitungen muss mit den anderen Nutzungsansprüchen an den öffentlichen Straßenraum koordiniert und den weiteren Funktionen der Straße – insbesondere ihrer Verkehrsfunktion – in Einklang gebracht werden.² Zudem muss sichergestellt werden, dass die Gemeinde weiterhin Änderungen am öffentlichen Straßenkörper vornehmen kann, also in ihrer (Straßen-)Planungskompetenz nicht über Gebühr eingeschränkt wird. Dazu ist eine Pflicht des

² Vgl. *Kuntze/Bronner/Katz*, GemO BW, § 107 Rn. 48.

Wegenutzungsberechtigten zur Verlegung oder sonstigen Anpassung seiner Leitungen aufzunehmen (sogenannte „Folgepflicht“).

Schließlich darf die Gemeinde beim Abschluss von Gestattungsverträgen keine Belastungen oder Bindungen eingehen, die ihre Finanzkraft übersteigen oder ihre städtebauliche, planerische und wirtschaftliche Entwicklung hemmen oder stärker beeinträchtigen.³

II. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde

Die Gemeinde hat das berechtigte Interesse, für die Einräumung des Rechts zur Benutzung ihrer öffentlichen Straßen ein angemessenes Entgelt zu erhalten. Dabei gibt es im Bereich der Fernwärme – im Gegensatz zu den Versorgungssparten Strom, Gas und Wasser – keine gesetzlichen Vorgaben.

Ferner hat die Gemeinde ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, dass der Wegenutzungsvertrag auch im Übrigen kommunalfreundlich ausgestaltet ist. Das betrifft z. B. die Regelung zur Kostentragung, wenn der Wegenutzungsberechtigte im öffentlichen Interesse der Stadt Leitungen verlegen oder sonst anpassen muss (Folgekostenregelung).

III. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Einwohner

Die Einwohner der Stadt haben vor allem das berechtigte wirtschaftliche Interesse, dass die Stadt mit dem Gestattungsvertrag die Durchführung der Wärmeversorgung ermöglicht. Daneben haben sie das berechtigte Interesse, dass sie beispielsweise durch Bauarbeiten, die der Wegenutzungsberechtigte im öffentlichen Straßenraum durchführt, möglichst wenig in ihrer Eigenschaft als Anlieger und Verkehrsteilnehmer beeinträchtigt werden.

³ Kuntze/Bronner/Katz, GemO BW, § 107 Rn. 48.

C. Bewertung

I. Verfahrensrechtliche Anforderungen

Die Stadt hat die verfahrensrechtlichen Anforderungen an den Abschluss des Wärmegestatungsvertrages im Vorfeld des Verfahrens durch die Rechtsanwaltskanzlei W2K prüfen lassen. Die Prüfung hat ergeben, dass für den vorliegenden Vertrag keine öffentliche Ausschreibung erforderlich war, da sich dieser auf eine reine Gestattung beschränkt. Beim Abschluss einfacher Gestattungsverträge wird dem Gebot der diskriminierungsfreien Wegerechtsvergabe durch die Bereitschaft der Stadt entsprochen, grundsätzlich jedem Versorger zu gleichen Bedingungen ein solches Wegerecht einzuräumen. Ein wettbewerbliches Verfahren wird nur notwendig, wenn der Wegenutzungsvertrag mit einer Versorgungspflicht und/oder einem Ausschließlichkeitsrecht einhergeht. Dies ist hier nicht der Fall.

Vor diesem Hintergrund ist die Stadt unmittelbar in Verhandlungen mit der ED über den künftigen Wärmegestatungsvertrag für das Gebiet Altenberg eingetreten. In diesen Verhandlungen haben sich die Parteien auf die nachfolgenden Bestimmungen zur künftigen Regelung der Wärmegestatung geeinigt.

II. Vertragliche Regelungen im Einzelnen

Der ausverhandelte Wärmegestatungsvertrag ist im Einzelnen wie folgt zu bewerten:

0. Zur „Präambel“

Die Präambel benennt den Hauptgegenstand des Vertrages, nämlich die Benutzung der öffentlichen Verkehrswege im Gebiet Altenberg für den Bau und Betrieb einer Fernwärmeversorgung durch die ED. Dabei wird klargestellt, dass die Fernwärmeversorgung durch die ED als private Einrichtung betrieben werden soll, keine Versorgungspflicht begründet wird, kein Anschluss- und Benutzungszwang vorgesehen ist und die Grundstückseigentümer grundsätzlich frei in der Entscheidung über ihre Wärmeversorgung sind.

1. Zu „§ 1 Wegenutzung für die Wärmeversorgung“

Absatz 1

Abs. 1 regelt die Hauptpflicht der Stadt – nämlich die Einräumung von Wegenutzungsrechten – und definiert das Versorgungsgebiet. Die Stadt gewährt der ED das Recht, alle im Baugebiet Altenberg (=Versorgungsgebiet) gelegenen öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Versorgungsgebiet mit Fernwärme zu benutzen. Damit wird ED ein qualifiziertes – weil nicht leitungs-, sondern gebietsbezogenes – Wegenutzungsrecht eingeräumt. Es wird klargestellt, dass es sich um ein nicht-ausschließliches Wegenutzungsrecht handelt.⁴ Der Begriff der öffentlichen Verkehrswege wird näher definiert als öffentliche Straßen, Wege und Plätze im Sinne des § 2 Straßengesetz für Baden-Württemberg. Schließlich enthält die Regelung die Definition der zu den „Versorgungseinrichtungen“ zählenden Leitungen und Anlagen.

Absatz 2

Abs. 2 verweist für die Beschreibung der für den Vertrag zentralen „Versorgungseinrichtungen“ auf die Anlage 2 zum Vertrag. Diese Anlage wird bei Neuvorhaben entsprechend ergänzt.

Damit sind Gegenstand und Umfang des Wegenutzungsrechts klar bestimmt.

Absatz 3

Abs. 3 regelt den Antrag der ED für die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsflächen der Stadt für Versorgungseinrichtungen, die noch nicht gem. Abs. 1 und 2 in den Vertrag einbezogen sind. Eine Ablehnung durch die Stadt („Einspruch“) muss innerhalb von sechs Wochen nach Zugang der Anmeldung begründet werden, andernfalls wird die Anmeldung – wie im Falle einer Genehmigung – der Anlage 2 zum Vertrag (vgl. Abs. 2) hinzugefügt. Erforderliche Änderungen, die die Stadt mit ihrem rechtzeitig begründeten Einspruch geltend macht, werden von der ED umgesetzt, bevor das Vorhaben erneut angemeldet wird. Der Vertrag sieht vor, dass dieses Abstimmungsverfahren fortgesetzt werden kann, bis Einvernehmen erzielt ist.

⁴ Die Erteilung eines ausschließlichen Wegenutzungsrechts kommt im Bereich der Fernwärmeversorgung aus kartellrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

Absatz 4

Abs. 4 schließt die Nutzungsüberlassung von Versorgungsanlagen durch die ED an Dritte aus.

2. Zu „§ 2 Nutzung von städtischen Grundstücken durch die ED“

Absatz 1

Die Regelung des Abs. 1 stellt klar, dass die Versorgungseinrichtungen im Eigentum der ED stehen. Es findet auch kein Eigentumsübergang durch Verbindung der Anlagen mit den entsprechenden (Straßen-)Grundstücken statt. Vielmehr werden die Versorgungseinrichtungen gem. § 95 BGB nur zu einem vorübergehenden Zweck eingebaut und sind keine wesentlichen Bestandteile des Grundstücks.

Absatz 2

Abs. 2 regelt den Fall einer etwaigen Entwidmung und Veräußerung von Grundstücken. Die Stadt übernimmt keine Gewähr für die Aufrechterhaltung der straßenrechtlichen Widmung. Für den etwaigen Fall einer Entwidmung und Veräußerung verpflichtet sie sich aber, zur Sicherung des Leitungsrechts der ED eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eintragen zu lassen. Im Gegenzug hat die ED die hierfür anfallenden Kosten zu übernehmen.

Absatz 3

In Abgrenzung zu den öffentlichen Verkehrswegen werden in Abs. 3 die sonstigen Grundstücke der Stadt (fiskalische Grundstücke) adressiert. Deren Benutzung soll in gesonderten Verträgen geregelt werden – wobei ein marktübliches Entgelt zu vereinbaren ist. Falls ED für die Errichtung von Betriebsanlagen Grundstücksflächen der Stadt benötigt, sollen ihr diese gegen marktübliches Entgelt überlassen werden. Die Kosten einer etwaigen notariellen Beurkundung hat die ED zu tragen.

3. Zu „§ 3 Abstimmung von Baumaßnahmen der Stadt und der ED“

Absatz 1

Die Bestimmung befasst sich mit der Rücksichtnahme auf die Versorgungseinrichtungen der ED im Versorgungsgebiet. Die Stadt verpflichtet sich zur angemessenen Beteiligung der ED bei städtischen Planungen, die das Versorgungsgebiet betreffen. So kann die Stadt die Leitungen und Anlagen der ED im Versorgungsgebiet im Vorhinein bei ihren Planungen berücksichtigen und – in Abstimmung mit der ED – etwaige Vorkehrungen treffen, um diese zu sichern, bzw. Beschädigungen zu vermeiden.

Absatz 2

Spiegelbildlich zur Regelung in Abs. 1 verpflichtet sich die ED nach Abs. 2, ihre Versorgungseinrichtungen im Einvernehmen mit der Stadt und nach den gültigen technischen Richtlinien und Vorschriften so zu planen, dass die Verkehrsflächen der Stadt samt zugehöriger Einrichtungen und öffentlicher Abwasseranlagen möglichst wenig beeinträchtigt werden. Zur Vermeidung unnötiger Aufgrabungen wird sich die ED bemühen, ihre Versorgungseinrichtungen so zu konzipieren, dass diese nicht vor Ablauf von fünf Jahren nach der Herstellung für Leitungsverlegungen beansprucht werden.

Absatz 3

Abs. 3 regelt die Pflicht der ED, der Stadt ihre die öffentlichen Verkehrsflächen berührenden Planungen rechtzeitig bekanntzugeben. Im Sinne einer effizienten Koordinierung von Baumaßnahmen im öffentlichen Straßenraum hat die Bekanntgabe direkt gegenüber der Koordinierungsstelle bei der Abteilung Tiefbau zu erfolgen, welche alleiniger Abstimmungspartner der ED für diese Fälle ist.

Absatz 4

Für die Verlegung ihrer Versorgungsleitungen hat die ED einen Trassierungsantrag zu stellen, wiederum direkt bei der Koordinierungsstelle der Abteilung Tiefbau der Stadt. Der Antrag muss über den Umfang bestehender und geplanter Kabel und Leitungen Auskunft geben sowie über etwaige im Wurzelbereich tangierte Bäume im Umfeld der Trasse – um bereits im Vorfeld etwaige Baumschutzmaßnahmen klären zu können.

Die Entscheidung der Koordinierungsstelle erfolgt nach Abstimmung mit den Betroffenen über die Trassenaufteilung nach dem Grundsatz, dass die Lösung mit dem geringsten technischen und wirtschaftlichen Gesamtaufwand für die öffentlichen Verkehrsflächen und Abwasseranlagen sowie die Versorgungsleitungen angestrebt wird. Die Regelung betont die Bedeutung der Abwasserbeseitigung als kommunale Pflichtaufgabe und sieht die Anlehnung an die DIN 1998 vor – welche die Richtlinie für die Planung der Unterbringung von Leitungen und Anlagen in öffentlichen Verkehrsflächen beinhaltet.

Absatz 5

Abs. 5 regelt das Erfordernis einer Aufgrabungsgenehmigung, welche die ED spätestens 14 Tage vor Baubeginn zu beantragen hat. Die Aufgrabung darf erst nach Erteilung der Genehmigung durchgeführt werden. Eine Ausnahme gilt für die unaufschiebbare Beseitigung von Leitungsschäden.

Absatz 6

Die ED und die von ihr beauftragten Firmen müssen nach dieser Regelung bei Aufgrabungen im öffentlichen Verkehrsraum die allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie die von der Stadt im Rahmen der Genehmigung nach Abs. 5 mitgeteilten Vorgaben beachten.

Absatz 7

Gem. Abs. 7 gelten die Vereinbarungen über Baumstandorte und unterirdische Versorgungsanlagen gem. der ggf. zu ergänzenden Anlage 3 zum Vertrag.

Absatz 8

Abs. 8 beinhaltet die Unterstützung der ED durch die Stadt bei Verhandlungen über den Erwerb etwaiger für die Versorgung erforderlicher Flächen, die nicht im Eigentum der Stadt stehen – klarstellend steht die Unterstützung unter dem Vorbehalt der rechtlichen Zulässigkeit.

Durch die Regelungen in § 3 ist sichergestellt, dass die Aufgabenerfüllung der Stadt als Trägerin der Straßenbaulast durch Bauarbeiten im öffentlichen Straßenraum nicht beeinträchtigt wird und dass die Interessen der Stadt als Wegeeigentümerin sowie die Interessen der Einwohner als Straßennutzer gewahrt sind.

4. Zu „§ 4 Neubau und Veränderung von Versorgungseinrichtungen durch die ED“

Absatz 1

Abs. 1 regelt die grundsätzliche Kostentragung der ED für die Herstellung, Veränderung, Wiederherstellung und Unterhaltung ihrer Versorgungseinrichtungen.

Absatz 2

Nach Abs. 2 hat ED die in Anspruch genommenen öffentlichen Verkehrsflächen nach Fertigstellung der Arbeiten nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik sowie den von der Stadt im Rahmen der Genehmigung nach § 3 Abs. 5 mitgeteilten Vorgaben wieder herzustellen – die Stadt kann sich auch dafür entscheiden, die Flächen selbst instand zu setzen und die Kosten hierfür bei ED geltend zu machen.

Absatz 3

Die Stadt hat das Recht, zur Einhaltung ihrer Verkehrssicherungspflicht Mängel, die auf das Vorhandensein von Versorgungsleitungen der ED zurückzuführen sind, auf deren Kosten selbst zu beseitigen – jedoch nur nach erfolgloser Fristsetzung oder im Notfall.

Absatz 4

Abs. 4 regelt die Haftung der ED für Mängel an den durch Leitungsverlegungen in Anspruch genommenen Straßen. Die Gewährleistungsfrist für Mängel, die auf Bauarbeiten der ED zurückzuführen sind, beträgt fünf Jahre und beginnt mit der förmlichen Abnahme durch die Stadt – bei Verzicht auf eine förmliche Abnahme beginnt die Frist mit Eingang der schriftlichen Anzeige der ED über die Beendigung der Bauarbeiten. Die Gewährleistungsfrist orientiert sich damit am BGB-Werkvertragsrecht, was angesichts der Nähe der Wiederherstellungsverpflichtung der ED nach Abs. 2 zum Werkvertrag sachgerecht erscheint.

5. Zu „§ 5 Baumaßnahmen der Stadt oder Dritter mit Auswirkungen auf Versorgungseinrichtungen der ED“

Absatz 1

Abs. 1 regelt die sog. Folgepflicht der ED, wonach diese ihre Versorgungseinrichtungen ändern oder entfernen wird, wenn dies durch im öffentlichen Interesse liegende Baumaßnahmen der Stadt erforderlich wird. Für die Einzelheiten zur Änderung wird auf das im Rahmen des Verfahrens nach § 3 erzielte Abstimmungsergebnis verwiesen.

Absatz 2

Die grundsätzliche Regelung zur Kostentragung für Maßnahmen nach Abs. 1 (Folgekosten) findet sich in Abs. 2. Danach werden die notwendigen Folgekosten der ED in den ersten fünf Jahren der Vertragslaufzeit je zur Hälfte von der Stadt und ED getragen. Ab dem fünften Jahr der Vertragslaufzeit trägt ED die Folgekosten.

Diese Regelung erscheint sachgerecht, da sie einen Anreiz zur frühzeitigen und umfangreichen Abstimmung von Baumaßnahmen zwischen Stadt und ED setzt. Durch die anteilige Kostenerstattung durch die Stadt soll verhindert werden, dass es über die Folgepflicht und Folgekostenerstattung innerhalb kurzer Zeit nach Neuerrichtung der Wärmeversorgungsanlagen wiederum zu deren Verlegung/Veränderung kommt. Vielmehr werden etwaige Szenarien, die eine Verlegung erforderlich machen, bereits bei der Planung zu berücksichtigen sein. Da eine solche Planung nur für einen mittelfristigen Zeitraum möglich ist, sollen die Kosten für Leitungen, die bereits seit längerer Zeit verlegt sind, zu Lasten der ED gehen.

Absatz 3

Diese Bestimmung regelt zwei vom Grundfall des Abs. 2 abweichende Fälle der Folgekostentragung:

Zunächst werden die Folgekosten vollständig von der Stadt getragen, wenn diese der ED keine Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben oder ihr im Falle der Nichtberücksichtigung ihrer Stellungnahme keine Begründung mitgeteilt hat.

Erfolgt die Änderung der Verteilungsanlagen auf Veranlassung der ED, so trägt diese die Folgekosten vollständig.

Die beiden Ausnahmen gelten sowohl während der ersten fünf Jahre der Vertragslaufzeit als auch danach.

Die Ausnahme orientiert sich an der Folgekostenregelung des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg in der Fassung 2.0 aus dem Jahr 2012⁵. Indem sie die Folgekostenerstattung durch ED letztlich von deren Anhörung durch die Stadt (und dem Umgang mit etwaigen Stellungnahmen der ED) abhängig macht, soll eine hinreichende Abstimmung über die genaue Ausgestaltung der Maßnahme erreicht werden. Damit besteht ein (weiterer) Anreiz für die Abstimmung der neuen Trassenführung – im Sinne einer technisch und wirtschaftlich optimalen Lösung.

Absatz 4

Abs. 4 stellt klar, dass die Kosten für etwaig notwendig werdende Provisorien – sowohl hinsichtlich der Wärmeversorgung als auch der Fahrbahnoberflächen – von der ED getragen werden.

Absatz 5

Nach der Klarstellung in Abs. 5 haftet die Stadt nicht für einen durch Veränderung oder Unterbrechung von Versorgungseinrichtungen verursachten Einnahmeausfall der ED.

Absatz 6

Schließlich lässt Abs. 6 Folgepflicht- und Folgekostenregelungen, die kraft Gesetzes und aufgrund dinglicher Rechte und anderweitiger schuldrechtlicher Vereinbarungen mit Dritten bestehen, unberührt. Eine gesetzliche Folgekostenregelung ist etwa in § 1023 BGB für dinglich gesicherten Leitungen und Anlagen geregelt.

Insgesamt trifft die Folgepflicht- und Folgekostenregelung des § 5 einen sachgerechten Ausgleich zwischen den (wirtschaftlichen) Interessen der Vertragspartner.

⁵ Vgl. dazu BWGZ 2006, S. 11 f., 206 ff. sowie BWGZ 2012, S. 710 ff.

6. Zu „§ 6 Zusammenarbeit zwischen Stadt und der ED“

Absatz 1

Abs. 1 enthält die gegenseitige Verpflichtung von Stadt und ED zur Zusammenarbeit und gegenseitigen Rücksichtnahme sowie zur Beachtung der anerkannten Regeln der Technik – ausdrücklich auch in Bezug auf die Koordinierung der einzelnen Baumaßnahmen an der Baustelle.

Absatz 2

Abs. 2 verpflichtet die ED zur Sicherung und etwaigen Wiederherstellung der Anlagen der Stadt und der öffentlichen Versorgungsträger bei ihren Baumaßnahmen. Dementsprechend hat ED die Stadt bzw. die Träger der öffentlichen Versorgung bei Arbeiten, die deren Anlagen beeinträchtigen können, zu unterrichten.

Mit dieser Sicherungs- und Unterrichtungspflicht sollen etwaige Schäden an den übrigen Versorgungsanlagen durch vorherige Abstimmung möglichst vermieden werden.

Absatz 3

Nach Abs. 3 hat ED – vorbehaltlich der wirtschaftlichen oder sicherheitstechnischen Unzumutbarkeit – eine in der Koordinierung abgesprochene gemeinsame Baumaßnahme gemeinsam mit anderen Bauträgern durchzuführen.

Absatz 4

Abs. 4 verpflichtet die ED, die von der Abteilung Tiefbau nach Abstimmung mit den Beteiligten aufgestellten Termin- und Bauablaufpläne einzuhalten.

Absatz 5

Schließlich verpflichtet sich die ED in Abs. 5, für die in den öffentlichen Verkehrsflächen gem. § 1 Abs. 1 verlaufenden Leitungen und deren Zubehör unentgeltlich Planauskünfte zu erteilen.

Insgesamt ist nach § 6 eine enge Koordination und Abstimmung von Baumaßnahmen vorgesehen. Dies dient den Belangen der Einwohner im Versorgungsgebiet, etwaige Baumaßnahmen auf das notwendige Mindestmaß zu reduzieren.

7. Zu „§ 7 Nutzungsentgelt“

Absatz 1

Die ED hat für die Nutzung der öffentlichen Verkehrsflächen der Stadt für den Bau und Betrieb ihrer Versorgungseinrichtungen ein Nutzungsentgelt zu zahlen.

Vorbehaltlich abweichender Festlegungen zu den konkreten Trassen beträgt das Nutzungsentgelt 1,20 € je MWh an Letztverbraucher gelieferter Wärme.

Zudem ist für den Fall einer etwaigen Umsatzsteuerpflicht ausdrücklich geregelt, dass es sich hierbei um das Netto-Entgelt handelt, mithin also bei Umsatzsteuerpflichtigkeit des Entgelts diese zusätzlich von ED an die Stadt zu entrichten ist.

Im Gegensatz zu den gesetzlich geregelten Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasversorgungsnetze gibt es für die Einräumung entsprechender Rechte für den Bau und Betrieb von Fernwärmeversorgungsanlagen keine Bestimmungen zur Höhe der Gestattungsentgelte bzw. Konzessionsabgabe. Das Entgelt kann im Wege der Vertragsfreiheit festgelegt werden.⁶ Die vertraglich vorgesehene Höhe des Entgelts ist das Ergebnis der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien.

Der vereinbarte Satz von 1,20 € je MWh hält sich innerhalb der vom Bundesfinanzministerium für Fernwärmelieferungen angesetzten Grenzen des § 2 Abs. 1, Abs. 2 der KAEAnO (Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4. März 1941)⁷ und erscheint für die Inanspruchnahme der städtischen Grundstücke angemessen.

Absatz 2

Nach Abs. 2 wird das Nutzungsentgelt jährlich an die Entwicklung der allgemeinen Tarifpreise, die die ED im Versorgungsgebiet erhebt, angepasst. Damit ist sichergestellt, dass sich das künf-

⁶ Vgl. Anmerkungen und Erläuterungen zum Gestattungsvertragsmuster des DStGB, S. 2, zu § 3.

⁷ Vgl. BMF-Schreiben vom 09.02.1998 – IV B 7 – S 2744 – 2/98.

tige Nutzungsentgelt entsprechend zu den erhobenen Entgelten entwickelt. Damit erfolgt letztlich eine angemessene Anpassung entsprechend der Entwicklung des Wertes des Wegenutzungsrechts für das Versorgungsunternehmen.

Absatz 3

Abs. 3 regelt den Fall, dass sich die für die Anpassung des Nutzungsentgelts nach Abs. 2 maßgebliche Tarifstruktur ändert. In diesem Fall erfolgt eine Anpassung der Preisänderungsklausel an die neuen Verhältnisse.

Absatz 4

Abs. 4 knüpft den Beginn der Zahlungspflicht für das Nutzungsentgelt an den Beginn der Wärmelieferung – damit erfolgt eine Vergütung der Stadt für die Wegeinanspruchnahme erst, wenn die ED die Versorgung aufnimmt und damit den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Wegenutzungsrecht zieht. Aufgrund der grundsätzlichen Entscheidung der Parteien, das Wegenutzungsentgelt an die gelieferte Wärmemenge zu knüpfen, handelt es sich dabei aber letztlich nur um eine Klarstellung.

Absatz 5

Die Zahlung und Abrechnung erfolgt zum 31.03. des Folgejahres.

Absatz 6

Nach Abs. 6 fallen bei Zahlungsverzug Verzugszinsen an.

Absatz 7

Schließlich verpflichtet sich die ED in Abs. 7, der Stadt mit der Schlusszahlung die Jahresabrechnung vorzulegen. Diese muss es der Stadt ermöglichen, die Berechnung des Nutzungsentgelts nachvollziehen zu können.

Insgesamt ist festzustellen: Mit den Regelungen in § 7 werden die wirtschaftlichen Interessen der Stadt in hohem Maße berücksichtigt: Die Stadt erhält ein angemessenes Gestattungsentgelt, welches sachgerecht an künftige Entwicklungen angepasst und zeitnah abgerechnet wird.

8. Zu „§ 8 Haftung“

Absatz 1

Abs. 1 sieht eine Haftung der ED nach den gesetzlichen Bestimmungen vor. Das gesetzliche Regelungsregime beinhaltet einen praxisüblichen Ausgleich der Interessen zwischen den Vertragsparteien. Es gibt keine Veranlassung, hiervon im Wärmegestattungsvertrag abzuweichen.

Die Regelungen des § 4 Abs. 4 zur Gewährleistung der ED für Baumaßnahmen bleiben von dieser Regelung unberührt.

Absatz 2

Gem. Abs. 2 stellt ED die Stadt allerdings von etwaigen Ansprüchen Dritter frei, sofern die Stadt im Außenverhältnis haftet. Das ist sachgerecht, da die Verantwortung für die Versorgung (allein) bei ED liegt. Die Bestimmung schützt die wirtschaftlichen Interessen der Stadt. Die Stadt wird jedoch im Gegenzug verpflichtet, sich hinsichtlich dieser Ansprüche mit der ED abzustimmen und diese bei der Abwehr von Forderungen zu unterstützen.

Absatz 3

Nach Abs. 3 sind Schadensersatzansprüche der Stadt gegen die ED wegen Einschränkung oder Unterbrechung der Lieferung von Wärme infolge höherer Gewalt oder sonstiger unabwendbarer Umstände ausgeschlossen.

Absatz 4

Schließlich richtet sich gem. Abs. 4 auch die Haftung der Stadt nach den gesetzlichen Bestimmungen. Entsprechend der Haftung der ED nach Abs. 1 besteht auch hinsichtlich der Haftung der Stadt keine Veranlassung, von den gesetzlichen Haftungsregelungen abzuweichen.

9. Zu „§ 9 Rechtsnachfolge“

§ 9 enthält eine generelle Rechtsnachfolgeklausel, wonach beide Vertragspartner ihre vertraglichen Rechte und Pflichten auf einen Rechtsnachfolger übertragen können. Es besteht eine wechselseitige Pflicht zur Information und ein Widerspruchsrecht bei mangelnder Gewähr für die Erfüllung der Vertragspflichten durch den Rechtsnachfolger.

ED ist ausdrücklich berechtigt, ihre vertraglichen Rechte und Pflichten an verbundene Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG zu übertragen.

Da es sich lediglich um einen einfachen Gestattungsvertrag ohne Versorgungspflicht handelt, erscheint die Rechtsnachfolgeklausel sachgerecht. Einer Übertragung durch die ED auf einen Dritten kann die Stadt widersprechen, wenn keine Gewähr für die Erfüllung der Vertragspflichten durch dieses Unternehmen – mithin insbesondere die Pflicht zur Abstimmung von Baumaßnahmen sowie der Entrichtung des Nutzungsentgelts – besteht. Damit sind die berechtigten wirtschaftlichen Belange der Stadt und ihrer Einwohner auch für den etwaigen Fall der Rechtsnachfolge auf einen Dritten gewahrt.

10. Zu „§ 10 Vertragsdauer“

Absatz 1

Abs. 1 regelt den Laufzeitbeginn. Der Vertrag soll am 01.01.2021 wirksam werden und eine Erstlaufzeit von 20 Jahren haben.

Diese Laufzeitregelung erscheint – auch unter Berücksichtigung der nicht geregelten Endschaft – unkritisch. Die Erstlaufzeit orientiert sich an der Höchstlaufzeit für Strom- und Gaskonzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG.

Da die Stadt für das betreffende Gebiet keinen Anschluss- und Benutzungszwang erlassen hat, trifft sie selbst keine Gewährleistungsverantwortung für die Durchführung der Versorgung. Insofern war es nicht erforderlich, weitere Regelungen zur Laufzeit des Vertrages oder dessen Endschaft zu treffen.

Absatz 2

Nach Abs. 2 verlängert sich der Vertrag um jeweils fünf Jahre, wenn er nicht spätestens mit einer Frist von neun Monaten zum Laufzeitende gekündigt wird.

Die Kündigungsfrist sowie der Verlängerungszeitraum sind an die Regelung des § 32 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) angelehnt. Diese Bestimmungen gelten für die von ED mit ihren Endkunden

geschlossenen Wärmelieferungsverträge. Insofern erscheint es sachgerecht, Kündigungsfrist und Laufzeitverlängerung für den Gestattungsvertrag entsprechend zu regeln.

Absatz 3

Nach Abs. 3 bleiben die Vertragspartner zur Kündigung des Gestattungsvertrages aus wichtigem Grund berechtigt (§ 314 BGB). Damit gelten die gesetzlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Sonderkündigung. Für eine Abweichung hiervon im Rahmen des Gestattungsvertrages besteht kein Anlass.

Absatz 4

Schließlich ist für die Kündigung die Schriftform festgelegt – die Kündigung in (ggf. die Schriftform ersetzender) elektronischer Form ist jedoch ausdrücklich ausgeschlossen.

11. Zu „§ 11 Schlussbestimmungen“

Absatz 1

Abs. 1 benennt die Anlagen und bezieht diese als wesentliche Bestandteile in den Vertrag mit ein.

Absatz 2

Abs. 2 stellt klar, dass alle vertraglichen Leistungen der ED im Rahmen und vorbehaltlich der jeweils geltenden gesetzlichen Bestimmungen erbracht werden.

Absatz 3

Abs. 3 enthält eine – in derartigen Verträgen übliche – salvatorische Klausel.

Absatz 4

Dieser Absatz sieht die Schriftform für Änderungen und Ergänzungen des Vertrages als zwingend vor.

Absatz 5

Die Vertragspartner sollen sich nach dieser Regelung bemühen, Streitigkeiten einvernehmlich zu klären. Dabei handelt es sich nicht um eine Schieds- oder Schiedsgerichtsklausel, die sich (in ggf. für die klagende Partei nachteiliger Weise) auf die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den

ordentlichen Gerichten auswirken könnte (und daher ggf. zu wirtschaftlichen Nachteilen für die Stadt im Falle eines Rechtsstreits führen könnte).

Absatz 6

Als Gerichtsstand wird für alle Streitigkeiten aus dem Vertrag einheitlich Lahr/Schwarzwald vereinbart. Auch diese Regelung wahrt die berechtigten (wirtschaftlichen) Interessen der Stadt.

D. Ergebnis

Der vorliegende Vertrag entspricht den Anforderungen des § 107 GemO. Er gefährdet die Erfüllung der Aufgaben der Stadt – etwa als Straßenbaulastträger und Wegeeigentümer – nicht und wahrt die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Stadt und ihrer Einwohner.

Der Vertrag ermöglicht im Interesse der Stadt und ihrer Einwohner die Benutzung der städtischen Verkehrswege zu Zwecken der Wärmeversorgung im Gebiet Altenberg. Einer schonenden Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenraums wird vor allem durch die Abstimmungspflichten für Baumaßnahmen Beachtung geschenkt. Dadurch sollen auch die Einwohner im Versorgungsgebiet durch Bauarbeiten, die der Wegenutzungsberechtigte im öffentlichen Straßenraum durchführt, möglichst wenig in ihrer Eigenschaft als Anlieger und Verkehrsteilnehmer beeinträchtigt werden.

Der Vertrag sichert die wirtschaftlichen Interessen der Stadt. Er sieht die Bezahlung eines angemessenen Wegenutzungsentgelts vor. Darüber hinaus enthält er eine angemessene Regelung zur Folgekostentragung. Die Haftungsrisiken sind sachgerecht zugeordnet.

Die vertraglichen Regelungen sind insgesamt interessengerecht und ausgewogen ausgestaltet.



Klaus Berger, LL.M.
Rechtsanwalt

Anlage: Wärmegestattungsvertrag