

Gersemann & Kollegen | Landsknechtstraße 5 | 79102 Freiburg

Rechtsanwälte
Dieter Gersemann
Gregor Czernek LL.M.

Landsknechtstraße 5
79102 Freiburg
Tel.: 0761 / 7 03 18-0
Fax: 0761 / 7 03 18-19
freiburg@gersemann.de

Rechtsanwälte
Christoph Germer
Janis Gersemann

Mommsenstraße 45
10629 Berlin
Tel.: 030 / 2 36 31 09-0
Fax: 030 / 2 36 31 09-29
berlin@gersemann.de

www.gersemann.de

Freiburg, 14. Januar 2016

**Anforderungen des § 107 Abs. 1 S. 1
Gemeindeordnung für Baden-Württemberg**

im

Fernwärmegestattungsvertrag

der

Stadt Bühl

mit der

Stadtwerke Bühl GmbH

Rechtsgutachten

durch

Rechtsanwalt Dieter Gersemann
Rechtsanwälte Gersemann & Kollegen
Freiburg i.Br. | Berlin

A. Sachverhalt und Fragestellung

Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist der Entwurf des Fernwärmegestattungsvertrages, welcher zwischen der Stadt Bühl (nachfolgend: Stadt) und der Stadtwerke Bühl GmbH (nachfolgend: SWB) abgeschlossen werden soll.

Da die Fernwärmeanlagen in öffentlichem Straßenland und in anderen, nicht dem öffentlichen Verkehr dienenden Grundstücken der Stadt verlegt werden sollen, ist der Abschluss eines entsprechenden Vertrages zwischen der Stadt einerseits und der SWB andererseits erforderlich. Kerninhalt des Vertrages ist, dass die Stadt der SWB die Benutzung der städtischen Grundstücke zur Verlegung und zum Betrieb von Wärmeversorgungsanlagen gestattet.

Für den Abschluss von Verträgen mit Benutzung von Gemeindeeigentum für die Energieversorgung der Bevölkerung gilt in Baden-Württemberg § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO). § 107 Abs. 1 GemO BW hat folgenden Wortlaut:

„Die Gemeinde darf Verträge über die Lieferung von Energie oder Wasser in das Gemeindegebiet sowie Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen oder einem Wasserversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum 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. Hierüber soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.“

Dieses in § 107 Abs. 1 S. 2 GemO BW geforderte Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen soll mit der vorliegenden gutachterlichen Stellungnahme erstattet werden. Der Gutachtauftrag besteht demnach in der Untersuchung des Entwurfes des Fernwärmegestattungsvertrages am Maßstab des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW.

B. Rechtliche Würdigung

Fraglich ist, ob der vorliegende Gestattungsvertrag in den Anwendungsbereich von § 107 Abs. 1 GemO fällt.

Gegenstand des Vertrages ist, dass die Stadt der SWB gestattet, alle dem öffentlichen Verkehr dienenden Grundstücke der Stadt zur Errichtung und zum Betrieb von Leitungen nebst Zubehör zur Versorgung mit Wärme zu nutzen.

Fraglich ist also, ob dieser Vertrag die Lieferung von Energie in das Gemeindegebiet regelt oder ein Konzessionsvertrag ist, durch den einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von GemeindEEigentum für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlassen wird.

Der Vertrag regelt nicht die Lieferung von Energie in das Gemeindegebiet. Er regelt vielmehr lediglich die Gestattung der Grundstücksbenutzung, so dass er nicht unter § 107 Abs. 1 1. Alternative GemO BW fällt.

Der Vertrag ist auch kein „Konzessionsvertrag“ im Sinne von § 107 Abs. 1 GemO BW. Üblicherweise versteht man unter „Konzessionsverträge“ Verträge im Sinne von § 46 Abs. 2 EnWG, nämlich „Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“.

Demgegenüber ist eine „Konzession“ in Form einer „Dienstleistungskonzession“ ein entgeltlicher Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen betraut, wobei die Gegenleistung entweder alleine in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht (Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe).

Gemäß dem Kommentar zur Gemeindeordnung Baden-Württemberg¹ (§ 107 Rn. 24) gehören auch Verträge, mit denen ein Versorgungsunternehmen sich zur Belieferung der Ge-

¹ Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, 4. Aufl., 20. Lieferung, Stuttgart, Oktober 2013

meinde oder Teilgebiete der Gemeinde mit Fernwärme verpflichtet zu „Konzessionsverträgen“ im Sinne des § 107 GemO BW.

Da der Regelungsgehalt der Verträge durchaus vergleichbar ist, gehen wir davon aus, dass auch der vorliegende Gestattungsvertrag in den Anwendungsbereich des § 107 Abs. 1 GemO BW fällt und der Vertrag daher den Anforderungen genügen muss.

I. Rechtlicher Maßstab

Voraussetzung dafür, dass die Gemeinde einen solchen Vertrag abschließen darf, ist, dass die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind.

1. Aufgaben der Gemeinde

Erste Teilvoraussetzung ist, dass die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird. Der Gestattungsvertrag kann verschiedene gemeindliche Aufgabenbereiche berühren.

a) Gemeindliche Aufgaben in der örtlichen Energieversorgung

Durch den Vertrag darf die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben im Bereich der örtlichen Energieversorgung nicht gefährdet werden. Es ist anerkannt, dass Städte und Gemeinden auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Selbstverwaltung berechtigt und verpflichtet sind, die Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie sicherzustellen. Aus § 11 GemO BW ist zu entnehmen, dass die Gemeinde berechtigt ist, auch die Wärmeversorgung als öffentliche Einrichtung zu betreiben. In diesem Zusammenhang ist die Stadt unbestritten berechtigt, einen Dritten mit der Wahrnehmung der Aufgabe auch des Betriebs der öffentlichen Einrichtung zu betrauen.

Teilbestandteil der gemeindlichen Aufgabe in der örtlichen Energieversorgung ist die gemeindliche Verantwortlichkeit für die Verwirklichung einer umweltverträglichen und ressourcenschonenden örtlichen Energieversorgung.

b) Sonstige gemeindliche Aufgaben

Von § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW sind auch andere gemeindliche Aufgaben umfasst, deren Erfüllung durch den Abschluss eines Gestattungsvertrages berührt werden können. Hier sind die Wahrnehmung der gemeindlichen Planungshoheit in Form der gemeindlichen Bauleitplanung (§ 2 Abs. 1 BauGB) und die Verantwortung für das gemeindliche Wegenetz als solches zu nennen.

Im Zusammenhang mit der Bauleitplanung muss sichergestellt sein, dass die Gemeinde sich durch den Vertrag nicht in ihren Möglichkeiten beschränkt. In Bezug auf die Verantwortung für das gemeindliche Wegenetz muss sichergestellt sein, dass die Gemeinde sich nicht durch die Gestattung der Verlegung von Fernwärmeeinrichtungen über Gebühr in ihrer Verfügungsbefugnis über ihr Wegenetz beschränkt.

2. Berechtigte wirtschaftliche Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner

a) Wirtschaftliche Interessen der Gemeinde

Die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde ist als eigenständige Anforderung formuliert. Es geht dabei also zum einen um die wirtschaftlichen Interessen, die hinter der Verfolgung sonstiger gemeindlicher Aufgaben stehen und zum anderen um originäre, unmittelbare wirtschaftliche Interessen in Bezug auf den fraglichen Gestattungsvertrag. Damit zielt diese Anforderung konkret auf die für die Gemeinde unmittelbar finanziell relevanten vertraglichen Vereinbarungen. Das betrifft zum einen die Frage, ob und ggf. in welcher Höhe ein Gestattungsentgelt gezahlt wird und zum anderen die Frage, welche finanziellen Auswirkungen sich aus der Verteilung von Rechten und Pflichten im Vertrag für die Gemeinde ergeben.

b) Wirtschaftliche Interessen der Einwohner

Wenn weiter die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen auch der Einwohner geboten ist, muss die Gemeinde im Rahmen des zulässigen und möglichen eine möglichst preisgünstige Versorgung der Bevölkerung mit Wärme sicherstellen.

II. Beurteilung des Fernwärmegestattungsvertrags im Einzelnen

1. Zu 2. Kapitel Wegenutzung (§§ 3 - 6)

Die §§ 3 bis 6 regeln die Wegenutzung durch die SWB. Die Wegenutzungsrechte werden von der Stadt als Inhaberin der Wegegrundstücke im Rahmen privatrechtlicher Vereinbarungen erteilt.

In § 3 Abs. 1 räumt die Stadt der SWB die Wegenutzungsrechte ein. Damit verschafft die Stadt der SWB die Möglichkeit, die Fernwärmeversorgungsanlagen in den Straßengrundstücken zu verlegen und zu betreiben. Es handelt sich um einen Kernbestandteil des Gestattungsvertrages und unverzichtbare Voraussetzung der Fernwärmeversorgung durch die SWB.

§ 3 Abs. 2 sieht für sonstige Grundstücke einen Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen der AVBFernwärmeV vor, welche in § 8 ein entsprechendes Nutzungsrecht vorsehen. Insofern werden die Interessen der Stadt nicht weiter eingeschränkt, als dies ohnehin aufgrund der Gesetzeslage der Fall wäre. Für darüber hinausgehende Nutzungen ist der Abschluss gesonderter Gestattungsverträge vorgesehen, was die Sicherung der gemeindlichen Interessen in diesen Fällen ermöglicht.

§ 3 Abs. 3 hält die Nutzungsrechte auch nach Entwidmung aufrecht. Angesichts des Interesses der Stadt an einer sicheren Fernwärmeversorgung kann dies hingenommen werden, da die Nutzungsrechte nur dann weiter gelten, wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen.

§ 3 Abs. 4 sieht Regelungen für den Fall vor, dass ein städtisches Grundstück, auf welchem sich Fernwärmeversorgungsanlagen befinden, verkauft werden soll. Für diesen Fall können die SWB auf ihre Kosten die Eintragung einer Dienstbarkeit verlangen. Angesichts des Interesses der Stadt an der Aufrechterhaltung der Fernwärmeversorgung und der Kostentragung für die Dienstbarkeit durch die SWB kann die damit gegebenenfalls einhergehende Wertminderung des Grundstückes hingenommen werden.

§ 3 Abs. 5 und 6 sehen Unterstützungspflichten der Stadt vor, wenn die Stadt Benutzungsrechte nicht aus eigener Befugnis erteilen kann bzw. eine Gestattung der Errichtung der Fernwärmeversorgungsanlagen notwendig ist. Die Unterstützungspflichten sind nicht auf die Erreichung eines bestimmten Ergebnisses ausgerichtet und sehen keine finanzielle Unterstützung der Stadt vor. Daher kann angenommen werden, dass die finanziellen Interessen der Stadt gewahrt sind.

§ 4 Abs. 1, 4 und 5 regelt die Abstimmung der Parteien bezüglich vorzunehmender Bauarbeiten. Danach ist gegenseitig Rücksicht zu nehmen und eine Baustellenkoordination vorzunehmen. Die SWB haben vor Errichtung neuer Fernwärmeversorgungsanlagen die Zustimmung der Stadt einzuholen, soweit es sich nicht um geringfügige Maßnahmen handelt. Die Verweigerung der Zustimmung ist darauf beschränkt, dass öffentliche oder sonstige wesentliche Belange der Stadt nicht entgegenstehen. Dies beeinträchtigt die Interessen der Stadt nicht, weil sichergestellt ist, dass öffentliche Belange in vollem Umfange gewahrt werden.

§ 4 Abs. 2 verankert die Ordnungsprinzipien der Stadt bei der Belegung von öffentlichen Verkehrswegen mit verschiedenen Medien.

§ 4 Abs. 3 stellt sicher, dass die Fernwärmeversorgungsanlagen durch die SWB nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik errichtet und instandgehalten werden. Besondere Anforderungen der Stadt und Umweltschutzbelange werden von den SWB berücksichtigt.

§ 4 Abs. 6 sieht eine Unterstützungspflicht der Stadt vor, dies ist zweckdienlich.

§ 4 Abs. 7 stellt sicher, dass die Anlagen der Stadt bei Baumaßnahmen an den Fernwärmeversorgungsanlagen gesichert werden sowie die gesetzlichen Bestimmungen für Baumaß-

nahmen beachtet werden. Aufwendungen der Stadt im Zusammenhang mit Baumaßnahmen werden von der SWB erstattet. Dadurch sind die Interessen der Stadt gewahrt.

§ 4 Abs. 8 sieht eine Wiederherstellung der benutzten Grundstücke, Flächen oder Bauwerke der Stadt nach der Vornahme von Bauarbeiten vor und sichert damit die Interessen der Stadt an der Erhaltung dieser Anlagen als Bestandteil des kommunalen Vermögens. Alternativ kann die Stadt anstelle der Wiederherstellung eine Entschädigung verlangen. Es ist eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vereinbart, was der gesetzlichen Gewährleistungsfrist für Bauwerke entspricht. Die übrigen Bestimmungen zur Gewährleistung entsprechen den gesetzlichen Regelungen und wahren die Interessen der Stadt.

§ 4 Abs. 9 enthält eine Regelung zu gleichzeitigen Bauarbeiten und sieht diesbezüglich eine Soll-Bestimmung vor, um Bauarbeiten möglichst parallel durchzuführen und somit Synergieeffekte für beide Seiten nutzbar zu machen. Hinsichtlich der dabei anfallenden Kosten für Straßenaufbrüche ist eine verursachungsgerechte Teilung vorgesehen, was die Interessen der Stadt hinreichend wahrt.

§ 4 Abs. 10 und 11 regeln gegenseitige Hinweis- und Informationspflichten. Diese werden im Rahmen der Baukoordination ohnehin erbracht und beeinträchtigen die Aufgaben der Stadt nicht.

§ 5 enthält Regelungen zu den Folgepflichten und zur Tragung der Folgekosten. Damit sind solche Fälle gemeint, in welchen die Fernwärmeversorgungsanlagen verlegt oder geändert werden müssen. Grund für eine solche Änderung können neben betrieblichen Notwendigkeiten auch städtebauliche, verkehrsplanerische oder sonstige öffentliche Interessen sein. Für den Fall des Vorliegens solcher öffentlichen Interessen sieht § 5 Abs. 1 eine Folgepflicht der SWB vor, d.h. die SWB wird verpflichtet, etwaig notwendig werdende Änderungen an den Fernwärmeversorgungsanlagen in angemessener Frist durchzuführen. Die Kosten dafür trägt die Stadt. Diese Folgekostentragungspflicht ist vorliegend deshalb angemessen, weil die vorliegenden Fernwärmeversorgungsanlagen allein der Versorgung von Einrichtungen der Stadt dienen und nur auf den ausdrücklichen Wunsch der Stadt hin errichtet worden sind.

§ 5 Abs. 3 enthält die Regelung, dass die Stadt die Folgekosten zu tragen hat.

§ 6 regelt die Haftung und berücksichtigt die Interessen der Stadt.

2. Zu 3. Kapitel Gestattungsentgelt und sonstige Leistungen

§ 7 regelt das Gestattungsentgelt.

Anders als in der Strom-, Gas- und Wasserversorgung gibt es in der Fernwärmeversorgung keine gesetzliche Regelung zu den Gestattungsentgelten.

Das Bundeskartellamt hat in einer Sektoruntersuchung im Jahre 2012² ermittelt, dass bei Betrachtung aller Wärmenetze (auch von Klein- und Kleinstnetzen) überwiegend ein Gestattungsentgelt nicht erhoben wird.

Die Stadt will vorliegend ebenfalls dazu beitragen, weil die Fernwärme in Konkurrenz zu anderen Energieträgern steht, dass die Preisgünstigkeit der Fernwärmeversorgung für die Endverbraucher ebenfalls gewahrt werden kann und aus diesem Grunde wird ein Gestattungsentgelt nur dann gezahlt werden müssen, wenn der Mindesthandelsbilanzgewinn erwirtschaftet wird. Andererseits gilt jedoch auch zu bedenken, dass auch bei der Fernwärmeversorgung öffentliche Verkehrswege genutzt werden, sodass grundsätzlich dafür auch eine Gegenleistung erwartet werden kann. Die widerstreitenden Interessen sind vorliegend angemessen berücksichtigt.

§ 8 regelt die Abrechnungsmodalitäten. Durch die in Abs. 2 vorgesehenen monatlichen Abschläge ist sichergestellt, dass die Stadt einen laufenden Mittelzufluss in den Haushalt hat. Weiterhin kann die Stadt die Bestätigung der Richtigkeit der Abrechnung durch einen Wirtschaftsprüfer auf Kosten der SWB verlangen. Die Interessen der Stadt sind gewahrt.

² Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gem. § 32e GWB, August 2012.

3. Zu 4. Kapitel Endschaftsbestimmungen (§§ 9 - 12)

Die §§ 9 bis 12 enthalten Regelungen, welche die Situation nach Auslaufen des Gestattungsvertrages betreffen. Dies betrifft insbesondere die Behandlung der Fernwärmeversorgungsanlagen.

§ 9 enthält eine Verpflichtung der SWB zur Übertragung der Fernwärmeversorgungsanlagen und der zugehörigen Rechte an die Stadt bzw. an einen Übernehmer, an welchen die Stadt ihre Rechte abtreten kann. Als Gegenleistung ist ein Übernahmeentgelt vorgesehen, welches in § 11 näher als Sachzeitwert begrenzt durch den Ertragswert definiert ist. Damit erhält die Stadt die Möglichkeit, die Fernwärmeversorgungsanlagen nach Vertragsende zu einem wirtschaftlich angemessenen Kaufpreis zu erwerben. Der Ertragswert als Obergrenze stellt sicher, dass immer ein Preis geschuldet wird, der mit diesen Anlagen auch wieder erwirtschaftet werden kann. Über diese Regelung wird der Stadt ermöglicht, nach Beendigung des Gestattungsvertrages ihrer Aufgabe zur Sicherstellung der öffentlichen Fernwärmeversorgung nachzukommen und die hierfür erforderlichen Fernwärmeversorgungsanlagen zu erwerben bzw. die Übertragung auf denjenigen Dritten zu veranlassen, dem sie diese Aufgabe übertragen hat. Die Interessen und Aufgaben der Stadt sind damit gewahrt.

§ 10 Abs. 2 trifft Regelungen zur dinglichen Sicherung derjenigen Anlagen, die sich bei Ende des Gestattungsvertrages auf Grundstücken der SWB befinden und vom Übernehmer übernommen werden sollen. Um die Weiternutzung der Grundstücke für die Fernwärmeversorgungsanlagen sicherzustellen, ist eine dingliche Sicherung durch die SWB vorgesehen.

§ 12 regelt Informationsverpflichtungen der SWB, die gewährleisten, dass sowohl die Stadt wie auch ein möglicher dritter Übernehmer, vor und nach Auslaufen des Gestattungsvertrages ausreichende Informationen über das Fernwärmeversorgungsnetz erhalten.

4. Zu 5. Kapitel Laufzeit (§ 13)

§ 13 sieht eine Laufzeit des Gestattungsvertrages von 30 Jahren vor. Längere Laufzeiten als die im Bereich Strom und Gas höchstzulässigen 20 Jahre sind im Bereich der Fernwärme-

versorgung nicht unüblich, sodass hierdurch die Beeinträchtigung der kommunalen Aufgaben und Interessen nicht beeinträchtigt sein dürfte.

Die Stadt hat vorzeitige Kündigungsmöglichkeiten.

5. Zu 5. Kapitel Allgemeine Bestimmungen (§§ 14 – 17)

In den §§ 14 bis 17 werden allgemeine Bestimmungen getroffen, welche den Vertrag betreffen.

§ 14 Abs. 2 ermöglicht den Parteien, eine Vertragsanpassung zu verlangen, wenn sich die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie wirtschaftlichen Verhältnisse so wesentlich ändern, dass eine Aufrechterhaltung des Vertrages unzumutbar ist. Die Regelung betrifft damit den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und wahrt auch die Interessen der Stadt.

§ 15 ermöglicht eine Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag durch die SWB auf ein verbundenes Unternehmen. Dadurch, dass die Zustimmung der Stadt erforderlich ist und diese verweigert werden kann, können die Interessen der Stadt als gewahrt angesehen werden.

Der in § 16 vorgesehene Gerichtsstand entspricht dem auch gesetzlich für die Vertragsparteien vorgesehenen.

§ 17 Abs. 2 stellt sicher, dass der Stadt durch den Abschluss des Vertrages keine Kosten entstehen.

III. Gesamtbetrachtung

In der Gesamtbetrachtung aller Regelungen des Fernwärmegestattungsvertrages ist zu beurteilen, ob der Vertrag den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW entspricht. Zwar enthält der Vertrag an einigen Stellen Regelungen, welche auch die Stadt mit Pflichten versehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stadt mit vorliegendem Vertrag im Rahmen der Daseinsvorsorge ihre Versorgungsaufgabe mit Wärme einem Dritten zur Erfüllung über-

trägt. Die wirtschaftlichen Interessen des Dritten können im Sinne einer ausgewogenen Regelung dabei nicht vollständig ausgeblendet werden. Dementsprechend ist es hinzunehmen, wenn auch die Stadt an einigen Stellen Verpflichtungen übernimmt. In der Gesamtschau der Regelungen des Fernwärmegestattungsvertrages kann festgestellt werden, dass durch dessen Abschluss die Aufgaben der Stadt und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen derselben und ihrer Einwohner nicht gefährdet wird.

C. Zusammenfassung

Der Fernwärmegestattungsvertragsentwurf enthält ausgewogene Regelungen, welche der Durchführung der Fernwärmeversorgung durch einen Dritten und der damit verbundenen Einräumung der Wegenutzungsrechte Rechnung tragen. Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW können als erfüllt angesehen werden. Dementsprechend stehen dem Abschluss des Vertrages aus dieser Perspektive keine Hindernisse entgegen.

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt