



Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

Gutachtliche Stellungnahme

zu einem Konzessionsvertrag über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Wärmeversorgung in Tengen

zwischen
der Stadt Tengen – nachfolgend Stadt genannt –

und
der Fernwärme Tengen AG
– nachfolgend Wärmeversorger genannt –

Karlsruhe, 09.03.2018

GEMEINDEPRÜFUNGSANSTALT BADEN-WÜRTTEMBERG

Gutachtliche Stellungnahme zu einem Konzessionsvertrag für die Wärmeversorgung

Mit Mail vom 14.12.2017 wurde die Gemeindeprüfungsanstalt BW (GPA) beauftragt, zum vorgelegten Vertragsentwurf (VE) Stellung zu nehmen.

1 Redaktioneller Hinweis

An einigen Stellen des Vertragsentwurfs befinden sich Fußnoten mit der Erläuterung „Hinweis Rechtsaufsichtsbehörde LRA SBK“. Nach Mitteilung von Frau Karin Stulz (Vorstand Fernwärme Tengen AG) vom 25.01.2018 handelt es sich hierbei um wesentlich nicht gelöschte Inhalte eines anderen Gestattungsvertrages, auf dessen Grundlage der vorliegende Vertragsentwurf ausgearbeitet wurde. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollten die Fußnoten mit den Hinweisen allesamt gelöscht werden.

2 Einzelpunkte des Vertrags

2.1 Art und Umfang des Betriebs des Energieversorgungsnetzes (§ 1 VE)

Nach der Vorbemerkung des VE wird im ersten Bauabschnitt das gesamte Stadtgebiet (Kernstadt Tengen) gemäß einer in einem Lageplan gekennzeichneten Leitungstrasse erschlossen. Dieser Lageplan lag dem übersandten VE nicht bei. Zur eindeutigen Regelung des Versorgungsgebiets ist über eine Markierung der Leitungstrasse hinaus, das gesamte Versorgungsgebiet parzellenscharf in einem dem VE als Anlage beigefügten Plan zu kennzeichnen. Dieser Plan ist zum Bestandteil des Vertrages zu erklären und bei Hinzunahme weiterer Versorgungsgebiete jeweils zu aktualisieren.

§ 1 Satz 1 VE könnte in der Folge an Stelle von „im o.g. Gebiet“ konkretisiert werden durch „in dem in Anlage 1 gekennzeichneten Versorgungsgebiet“.

2.2 Anschluss- und Versorgungspflicht (§ 2 VE)

Zur Regelung der Durchführung der Versorgung sollte in § 2 Abs. 2 VE die Anwendung der „Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme“ (AVB FernwärmeV) sowie den hierzu geltenden Ergänzenden Bedingungen in den jeweils gültigen Fassungen ergänzt werden.

2.3 Grundstücksbenutzung (§ 3 VE)

In § 3 Abs. 1 Satz 1 VE werden neben den auch in anderen Konzessionsverträgen üblicherweise genannten Straßen, Wegen und Plätzen auch öffentliche Gewässer als öffentliche Verkehrswege aufgeführt. Eine solche Regelung ist untypisch. Es sollte geprüft werden, ob das Benutzungsrecht tatsächlich auch die Nutzung von öffentlichen Gewässern umfassen soll. Die Tragweite dieser Regelung erscheint unklar, da die auf die Nutzung von Grundstücken zugeschnittenen Bestimmungen des VE nicht für öffentliche Gewässer passen.

Die Nutzungsrechte des Wärmeversorgers erstrecken sich auch auf Leitungen, die für die Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet nicht erforderlich sind (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VE). Eine Regelung für die Inanspruchnahme von Grundstücken für diese Zwecke ist unseres Erachtens nicht notwendigerweise Regelungsgehalt dieses Konzessionsvertrags. Für eine solche Inanspruchnahme von Grundstücken der Stadt sollten mit dem Wärmeversorger jeweils gesonderte Überlassungsverträge getroffen werden, die neben den Entschädigungsleistungen auch Regelungen über Folgepflichten, die Folgekostentragung und ein etwaiges Nutzungsentgelt - auf diese Nutzung entfällt mangels Entgelten keine Konzessionsabgabe - sowie Endschaftsbestimmungen beinhalten sollten.

Für die Inanspruchnahme sonstiger gemeindeeigener Grundstücke, die nicht zu öffentlichen Verkehrswegen gehören (§ 3 Abs. 1 Satz 3 VE), sollte neben dem Entgelt insbesondere auch die Folgepflicht, die Tragung von Folgekosten sowie Endschaftsbestimmungen in einer gesonderten Vereinbarung geregelt werden.

Gleiches gilt für die nach § 3 Abs. 2 VE zu treffende gesonderte Vereinbarung für die Fälle, in denen der Wärmeversorger zur Errichtung von Wärmeversorgungsanlagen sowie von Gebäuden (sonstige Anlagen) weitere stadteigene Grundstücksflächen benötigt.

Nach § 3 Abs. 3 VE räumt die Stadt für Leitungen, die nicht ausschließlich der Versorgung der Stadt Tengen dienen, auf Wunsch des Wärmeversorgers beschränkt persönliche Dienstbarkeiten ein. Als einmalige Entschädigung in angemessener Höhe werden bei land- und fortwirtschaftlich genutzten Grundstücken die mit den Forstbehörden und Bauernverbänden vereinbarten Sätze angewendet. Was als angemessene Entschädigung betrachtet wird, sollte hingegen im Einzelfall zwischen der Stadt Tengen und dem Wärmeversorger vereinbart werden. Gegen eine Orientierung an den genannten Sätzen spricht dem Grunde nach nichts, allerdings sollten die Sätze nicht angewendet werden, ohne dass sich die Vertragspartner diese auch tatsächlich zuvor zu eigen machen. Die Übernahme der mit der Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit anfallenden Kosten durch den Wärmeversorger entspricht der üblichen Praxis.

§ 3 Abs. 4 VE beinhaltet eine Regelung für den Fall der Veräußerung eines Grundstücks an Dritte. § 3 Abs. 4 Satz 4 VE erübrigt sich dabei durch den Verweis auf Absatz 3 Sätze 2 bis 4.

Im Übrigen könnte als weitere Fallkonstellation die Entwidmung von öffentlichen Verkehrswegen ohne Eigentumswechsel ergänzt werden. Folgende Formulierung wird vorgeschlagen: „Bei einer Entwidmung von öffentlichen Verkehrsräumen ohne Eigentumswechsel bleiben die ausgeübten Benutzungsrechte gegenüber der Stadt aufrechterhalten.“

2.4 Planung, Bau und Unterhaltung von Wärmeversorgungsanlagen (§ 4 VE)

Nach § 4 Abs. 2 VE gestattet der Wärmeversorger der Stadt oder anderen Versorgungsunternehmen Leitungen oder Leerrohre im Zuge der Verlegung der Wärmeversorgungsleitungen mit zu verlegen. Die Regelung sollte dahingehend konkretisiert werden, dass die geplanten Tiefbaumaßnahmen insbesondere zur Hebung von Synergien und zur Reduzierung der mit Baumaßnahmen einhergehenden Belastungen koordiniert werden. Mit dieser vertraglichen Bestimmung sollte nicht verbunden sein, dass dem Wärmeversorger die Befugnis eingeräumt wird, jeweils über die Gestattung der Leitungsverlegung zu entscheiden. Im Übrigen ist diese Regelung insbesondere mit Blick auf die vorherige Abstimmung der Mehrkosten zu begrüßen.

Die in § 4 Abs. 7 VE vorgesehene Regelung, wonach die Abnahme in „angemessener Frist“ vorzunehmen ist, ist unbestimmt. Vorzugswürdig wäre eine konkrete Regelung, wonach z. B. die Stadt innerhalb von sechs Wochen nach Anzeige der Fertigstellung der Arbeiten die Abnahme vorzunehmen hat. Anderenfalls gilt danach die Anlage als abgenommen.

Der Wärmeversorger leistet gemäß § 4 Abs. 7 VE fünf Jahre Gewähr für die Wiederherstellung des öffentlichen Verkehrsraums. Diese Gewährleistungsfrist entspricht den in Verträgen dieser Art üblichen Vereinbarungen.

2.5 Konzessionsabgabe, Verwaltungskostenbeitrag (§ 5 VE)

§ 5 Abs. 1 VE regelt das Entgelt für die „nach § 2 Abs. 1 eingeräumten Nutzungsrechte“. Die Verweisung trifft jedoch nicht zu. Vielmehr muss auf § 3 Abs. 1 VE verwiesen werden.

Für Konzessionsverträge im Bereich der Wärmeversorgung existiert keine rechtliche Grundlage für die Erhebung eines Gestattungsentgelts vergleichbar mit der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) für Strom und Gas. Eine Regelung zum Gestattungsentgelt kann jedoch im Wege der Vertragsfreiheit getroffen werden. So steht es im Ermessen der Stadt, unter welchen Bedingungen, auf welcher Bemessungsgrundlage und in welcher Höhe ein Entgelt für die Einräumung der Vertragsrechte vertraglich vereinbart wird, wenngleich Gemeinden ihre Vermögensgegenstände nach § 92 Abs. 2 GemO grundsätzlich nicht unentgeltlich zur Nutzung überlassen dürfen. Bei der Vereinbarung des Gestattungsentgelts ist auf Angemessenheit und Gleichbehandlung zu achten.

Die Zahlung der Konzessionsabgabe erfolgt nach § 5 Abs. 1 VE unter analoger Anwendung der KAE. Hierbei ist zu beachten, dass die KAE am 04.03.1941 und nicht, wie im VE unzutreffend dargelegt, am 03.04.1941, ausgefertigt wurde und auch nur noch für die Wasserversorgung maßgebend ist. Eine vertragliche Beschränkung der Konzessionsabgabebzahlung auf den Fall des Erreichens des in der KAE geregelten Mindestgewinns wäre nicht sachgerecht. Die Koppelung der Konzessionsabgabebzahlung an das Erreichen des in der KAE geregelten Mindestgewinns würde dazu führen, dass der Wärmeversorger auch dann keine Konzessionsabgabe zahlt, wenn er zwar mit der Wärmelieferung Gewinne erzielt, diese Gewinne jedoch unter dem Mindestgewinn nach der KAE liegen. Eine einseitige Verlagerung des Mindestgewinnrisikos

auf die Stadt ist sachlich nicht gerechtfertigt. Die Vereinbarung der analogen Anwendung der KAE und damit eine Regelung, wonach die Leistung der Konzessionsabgabe unter dem Vorbehalt der Erwirtschaftung eines Mindestgewinns steht, sollte nicht in den endgültigen Vertrag übernommen werden.

Die Konzessionsabgabe beträgt nach § 5 Abs. 2 VE in den Jahren 2017 bis 2020 0 % bzw. in den Jahren 2021 bis 2036 2,5% der Entgelte aus Wärmelieferungen an Letztverbraucher. Auch der Verzicht auf eine Konzessionsabgabe während der ersten vier Vertragsjahre begegnet Bedenken. Die Notwendigkeit eines anfänglichen Verzichts auf ein Gestattungsentgelt wird von Versorgungsunternehmen regelmäßig mit einer anzustrebenden Wirtschaftlichkeit der Versorgung begründet. Die in den ersten Jahren infolge hoher Fixkosten und zunächst ungenügender Anschlussdichte bestehende Unwirtschaftlichkeit ist aber allgemein kennzeichnend für die Aufbauphase eines Versorgungsnetzes und dem Unternehmens- und Investitionsrisiko zuzuordnen. Es ist nicht Aufgabe der Stadt, dieses Unternehmensrisiko abzumildern, zumal es mit der Übernahme der Versorgungsaufgabe grundsätzlich Sache des Versorgungsunternehmens ist, die erforderlichen Versorgungsanlagen auf seine Kosten herzustellen und zu unterhalten. Abgesehen davon stellt der anfängliche Verzicht auf eine Wegenutzungsentschädigung eine nach § 92 Abs. 2 GemO unzulässige, unentgeltliche Nutzungsüberlassung dar.

Ferner könnte der Stadt ein Nachlass für einen etwaigen Eigenverbrauch eingeräumt werden. Für die Wärmeversorgung bestehen zwar anders als bei der Wasser-, Strom- und Gasversorgung keine gesetzlichen Regelungen über solche Preisnachlässe. Sie sind aber mangels preisrechtlicher Vorgaben ebenfalls zulässig. In Anlehnung an entsprechende Regelungen in der KAV beträgt der Preisnachlass üblicherweise 10 % des Rechnungsbetrages.

Die Einschränkung der Zahlung einer Konzessionsabgabe im Falle einer Wärmelieferung durch Dritte, nach der die Konzessionsabgabe nur geleistet wird, solange und soweit es dem Wärmeversorger möglich ist, die Konzessionsabgaben dem Netznutzungsentgelt hinzuzurechnen und den Netznutzern in Rechnung zu stellen (§ 5 Abs. 3 Satz 2 VE), verlagert das Risiko einseitig auf die Stadt und ist nicht sachgerecht. Es ist nicht Aufgabe der Stadt, das Risiko der Weiterberechnung der Konzessionsabgabe an den Netznutzer abzudecken.

Die in § 5 Abs. 7 VE getroffene Vereinbarung zu Verwaltungskostenbeiträgen ist durch den Vorbehalt der gesetzlichen Zulässigkeit unbedenklich.

2.6 Änderung der Verteilungsanlagen (§ 6 VE)

Zu der in § 6 Abs. 1 VE behandelten Folgepflicht sollte klarstellend ergänzt werden, dass der Wärmeversorger derartige Maßnahmen nach Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist durchführt.

§ 6 Abs. 2 und 3 VE bestimmen die Übernahme der Folgekosten.

Grundsätzlich trägt ein Versorgungsunternehmen die gesamten durch Änderung von Verteilungsanlagen entstehenden Kosten selbst. Nur in den Fällen, in denen eine solche Maßnahme auf Verlangen der Stadt erfolgt, käme eine Kostentragung der Stadt überhaupt in Betracht.

Nach § 6 Abs. 2 VE trägt der Wärmeversorger grundsätzlich die Folgekosten, soweit kein Fall des § 6 Abs. 2 Satz 2 VE vorliegt. Diese Vereinbarung gleicht die beiderseitigen Interessen aus und entspricht der mittlerweile in solchen Verträgen üblichen Kostentragung des Versorgungsunternehmens.

2.7 Haftung (§ 7 VE)

§ 7 VE beinhaltet die üblichen Regelungen zur beiderseitigen Haftung, könnte jedoch noch um folgende Regelung ergänzt werden: „Die Stadt haftet weder für die Beschaffenheit noch für Eigenschaften der Vertragsgrundstücke, die der gestatteten Nutzung entgegenstehen oder sie beeinträchtigen.“

2.8 Zusammenarbeit mit der Stadt (§ 8 VE)

Die in § 8 Abs. 3 VE geregelte Pflicht zur Präsentation der in der Anlage dargestellten Informationen sollte entsprechend § 8 Abs. 2 Satz 2 VE mit dem Hinweis „auf Verlangen“ konkretisiert werden. Überdies wird angeregt, zu prüfen, ob die in Anlage 1 und die in § 8 Abs. 3 Satz 2 VE aufgeführten Inhalte an einer Stelle des Vertrags zusammengefasst werden könnten.

2.9 Vertragsdauer, Kündigungsrecht, Vorkaufsrecht (§ 9 VE)

Die Laufzeit von Wärmegestattungs- bzw. Wärmekonzessionsverträgen unterliegt keiner gesetzlichen Befristung. Üblicherweise wird in Anlehnung an die Praxis der Strom- bzw. Gaswirtschaft längstens eine Laufzeit von 20 Jahren gewählt.

Die Laufzeit beginnt am 01.01.2017 und endet zum 31.12.2036. Sie beträgt damit wie allgemein üblich 20 Jahre.

Durch die Regelung in § 9 Abs. 2 VE wird sichergestellt, dass die Gemeinde jeweils sechs und drei Jahre vor Vertragsende diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Wärmeversorgungsnetzes erhält, die für dessen Bewertung erforderlich sind. Die Ergänzung „in dem gesetzlich geforderten Umfang und Format“ widerspricht der in Satz 2 aufgenommenen Konkretisierung der Informationspflicht und sollte daher in der endgültigen Vertragsfassung entfallen. Zur Beurteilung der wirtschaftlichen Situation des Netzes wäre auch eine Übersicht über Wärmeentnahmen mit Angabe der Kundenzahlen sowie den Erlösen aus Wärmeentgelten notwendig.

2.10 Übernahme der Verteilungsanlagen durch die Stadt (§ 10 VE)

Die Stadt hat nach § 10 Abs. 1 VE das Recht, nicht jedoch die Pflicht, die Verteilungsanlagen nach Ablauf des Vertrags zu übernehmen.

Als Kaufpreis ist für den Fall der Übernahme in § 10 Abs. 3 Satz 1 VE die wirtschaftlich angemessene Vergütung in Anlehnung an § 46 Abs. 2 EnWG bestimmt. Die wirtschaftlich angemessene Vergütung wird unter Berücksichtigung der mit den Wärmeleitungen zu erzielenden Erlöse nach dem Ertragswertverfahren ermittelt. Dies entspricht den Regelungen der anerkannten Musterkonzessionsverträge im Strom- und Gasbereich.

Die Kosten der Entflechtung trägt nach § 10 Abs. 6 Satz 3 VE der Wärmeversorger, die Kosten der Einbindung die Stadt bzw. ein von der Stadt verpflichtetes Unternehmen. Diese Regelung zur Kostentragung ist angemessen und sachlich gerechtfertigt.

2.11 Allgemeine Wärmeversorgungsregelungen (§ 11 VE)

§ 11 Abs. 2 Satz 1 VE ist inhaltlich § 11 Abs. 1 VE anzufügen.

Nach § 11 Abs. 2 VE ist der Wärmeversorger berechtigt, die Rechte und Pflichten auf ein anderes Unternehmen zu übertragen. Ein Zustimmungsvorbehalt der Stadt ist bislang im VE nicht geregelt. Ebenso fehlt die Verpflichtung des Wärmeversorgers, einen Nachweis über die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Dritten zu erbringen, wie auch das Recht der Stadt, der Übertragung zu widersprechen, beispielsweise wenn der Dritte nicht genügend Sicherheit für die Erfüllung der Vertragspflichten bietet. Ein Zustimmungsvorbehalt sowie die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Rechtsnachfolge sind von wesentlicher, auch wirtschaftlicher, Bedeutung für die Stadt. Ansonsten kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Stadt unerwartet einem neuen Vertragspartner gegenüber sieht. § 11 Abs. 2 VE sollte daher nicht ohne Änderung in den endgültigen Vertrag übernommen werden. Darüber hinaus könnte in diesem Zusammenhang noch eine Regelung ergänzt werden, nach der der Wärmeversorger bis zur Erteilung der Zustimmung durch die Stadt für die Erfüllung des Vertrages haftet. Unabhängig davon ist mit der „Eigentumsübertragungspflicht nach § 9 Abs. 1“ die in § 10 Abs. 1 VE geregelte Pflicht gemeint.

Um während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen, dass auch im Falle einer Änderung der Eigentümerstruktur des derzeitigen Vertragspartners (insbesondere Änderung des Mehrheitsaktionärs) die bisherige rechtliche und wirtschaftliche Identität gewahrt bleibt, kann darüber hinaus die Aufnahme einer so genannten Change of Control-Klausel sinnvoll sein. Mit dieser wird der Stadt ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt und ihr damit freigestellt, ob sie auch weiterhin mit dem strukturell veränderten Wärmeversorger zusammenarbeiten oder aber den Konzessionsvertrag neu vergeben möchte.

Die Regelung zum Gerichtsstand (§ 11 Abs. 4 Satz 3 VE) ist noch durch Angabe des Gerichtsstands zu konkretisieren.

Im Übrigen enthält der Vertragsentwurf in § 11 Abs. 4 Satz 4 VE eine allgemein übliche Regelung zur Schriftformerfordernis von Vertragsänderungen und –ergänzungen. Zur besseren Übersicht sollte hierfür ein eigener Absatz gebildet werden.

Nach § 11 Abs. 5 VE gewährleistet der Wärmeversorger über die Beendigung des Vertrages hinaus bis zu einer Versorgungsaufnahme eines anderen Wärmeversorgers die Versorgung unter weitergehender Zahlung einer Konzessionsabgabe. Diese Re-

gelung dient der Sicherstellung der Versorgung im Stadtgebiet und berücksichtigt damit das städtische Interesse an Versorgungssicherheit.

§ 11 VE könnte noch ergänzt werden um eine Regelung, wonach die Stadt bei endgültiger Stilllegung von Versorgungsanlagen verlangen kann, dass diese Versorgungsanlagen auf Kosten des Wärmeversorgers von diesem innerhalb angemessener Frist beseitigt werden und der ursprüngliche Zustand wiederhergestellt wird.

2.12 Salvatorische Klausel (§ 12 VE)

Der Vertragsentwurf enthält in § 12 VE eine sog. Salvatorische Klausel. Eine Regelung zum Umgang mit Vertragslücken ist bislang nicht vorgesehen. Sind einzelne Bestimmungen rechtsunwirksam, so werden diese gemäß § 12 Satz 2 VE durch Regelungen ersetzt, die dem wirtschaftlichen Erfolg der ursprünglichen Regelungen möglichst gleichkommen. Den wirtschaftlichen Erfolg als alleiniges Kriterium zu definieren kann mit Blick auf einen beiderseitigen Interessenausgleich unter Umständen nicht sachgerecht sein. Abweichend von § 12 Satz 2 VE wird daher folgende Formulierung empfohlen: „An die Stelle der unwirksamen Bestimmung oder zur Ausfüllung einer Vereinbarungslücke solle eine angemessene Regelung treten, die dem am nächsten kommt, was die Beteiligten gewollt haben oder gewollt haben würden, wenn sie bei Abschluss dieser Vereinbarung diesen Punkt bedacht hätten.“

3 Gesamtwürdigung

Konzessionsverträge sind letztlich das Ergebnis von Verhandlungen, in denen naturgemäß die unterschiedlichen Interessen der beiden Parteien zu einem Kompromiss zusammengeführt werden.

Nach § 107 Abs. 1 Satz 1 GemO darf eine Gemeinde Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn dadurch die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind.

Die im vorliegenden Vertragsentwurf enthaltenen Regelungen entsprechen weitgehend den üblichen und notwendigen Regelungen, die die beiderseitigen Interessen

der Vertragspartner berücksichtigen. Bei den unter Ziffer 2 behandelten Einzelpunkten könnten nach unserer Auffassung für die Gemeinde vereinzelt noch Verbesserungen erreicht werden.

Die unter Ziff. 2.5 (Mindestgewinn bei der Konzessionsabgabe) und Ziff. 2.11 (Zustimmungsvorbehalt im Fall einer Rechtsnachfolge beim Wärmeversorger) behandelten Vereinbarungen sollten allerdings nicht unverändert in dem endgültigen Konzessionsvertrag beibehalten werden.

Mit dieser Maßgabe kann bestätigt werden, dass durch den beabsichtigten Abschluss des Konzessionsvertrags mit dem Wärmeversorger die Erfüllung der Aufgaben der Stadt nicht gefährdet und die berechtigten Interessen der Stadt und ihrer Einwohner gewahrt sind.



Ulas-Doninger