

Gemeindeprüfungsanstalt
Baden-Württemberg

Gemeindeprüfungsanstalt BW · Hoffstr. 1a · 76133 Karlsruhe

Konversions- und Entwicklungsgesellschaft mbH
Herrn Tobias Butsch
Rathausplatz 1

78166 Donaueschingen

Name: Nadine Ulas-Doninger
Telefon: 0721 / 8 50 05 - 147
Telefax: 0721 / 8 50 05 - 347
nadine.ulas-doninger@gpabw.de

Aktenzeichen: 816.21
Ihr Zeichen: -
Ihr Schreiben v.: 25.04.2019

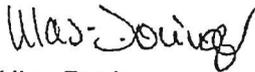
Karlsruhe, 05.07.2019

Gestattungsvertrag zwischen der Konversions- und Entwicklungsgesellschaft mbH Donaueschingen und der Energiedienst AG

Sehr geehrter Herr Butsch,

in der Anlage übersenden wir die Gutachtliche Stellungnahme zu dem mit Mail vom 01.07.2019 übersandten Entwurf eines Gestattungsvertrags nebst Gebührenbescheid.

Mit freundlichen Grüßen


Ulas-Doninger



Gemeindepüfungsanstalt
Baden-Württemberg

Gutachtliche Stellungnahme

zu einem Nahwärmegestattungsvertrag

zwischen der
Konversions- und Entwicklungsgesellschaft mbH Donaueschingen,
nachfolgend „KEG“ genannt,

und der

Energiedienst AG,
nachfolgend „Betreiber“ genannt,

Karlsruhe, 05.07.2019

GEMEINDEPRÜFUNGSANSTALT BADEN-WÜRTTEMBERG

Gutachtliche Stellungnahme zu einem Gestattungsvertrag für die Nahwärmerversorgung

Mit der E-Mail vom 25.04.2019 wurde die Gemeindeprüfungsanstalt BW (GPA) beauftragt, zum Entwurf des künftigen Nahwärmegestattungsvertrags Stellung zu nehmen. Der Vertragsentwurf (VE) wurde mit der E-Mail vom 01.07.2019 in einer konsolidierten Fassung vorgelegt.

Vorbemerkung

Da im Anschluss an die Konversion und Entwicklung im Quartier „Am Buchberg“ eine Übernahme der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze von der KEG durch die Stadt Donaueschingen ansteht, wurde von der KEG bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses zwischen der KEG und dem Betreiber um diese gutachterliche Stellungnahme gemäß § 107 GemO gebeten.

Die Stadt Donaueschingen darf Gestattungsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindeseigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur unter den Voraussetzungen der §§ 107, 108 GemO abschließen. Daher wird dringend empfohlen, die Stadt bereits in den Abschluss dieses Vertrags zwischen der KEG und dem Betreiber einzubeziehen, um die Erfüllung aller Voraussetzungen für eine spätere, rechtmäßige Rechtsnachfolge bereits vor Vertragsschluss zu gewährleisten. Dies sind insbesondere die Beschlussfassung zum Gestattungsvertrag im Gemeinderat auf der Grundlage der Ausführungen dieser Stellungnahme sowie die Vorlage des Beschlusses bei der zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde nach § 108 GemO. Klarstellend sollten die auf der Titelseite aufgeführten Vertragspartner um die Stadt Donaueschingen ergänzt werden, die den Vertrag dann ebenfalls zu unterzeichnen hat.

1 Einzelne vertragliche Regelungen

Soweit einzelne vertragliche Regelungen im Nachfolgenden nicht näher behandelt werden, entsprechen sie den in Gestattungsverträgen üblichen Vereinbarungen und schaffen daher ein Gleichgewicht zwischen den beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien.

1.1 Bestandteile des Vertrages

Dem Gestattungsvertrag wurden die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) in der jeweils gültigen Fassung, die Technischen Anschlussbedingungen (TAB) sowie eine Karte des Gestattungsgebietes als wesentliche Bestandteile des Vertrages beigelegt.

Damit ist diesbezüglich eine ausreichende Konkretisierung des Vertragsgegenstands sichergestellt.

1.2 Vertragsgegenstand (§ 1 VE)

Derzeit ist in § 1 Abs. 2 VE zwar das Recht des Betreibers zur Versorgung im Gestattungsgebiet aufgenommen, jedoch keine Versorgungspflicht. Zur Klarstellung der Verpflichtung des Betreibers zur Wärmeversorgung im Gestattungsgebiet sollte in § 1 Abs. 2 VE eine Formulierung im VE aufgenommen werden, nach der der Betreiber berechtigt und verpflichtet ist, jedermann im Gestattungsgebiet (Anlage 3) an sein Versorgungsnetz für Nahwärme anzuschließen und zu versorgen, soweit die hierfür erforderlichen Erzeugungs-, Bezugs- und Verteilungsanlagen vorhanden und der Anschluss sowie die Belieferung wirtschaftlich zumutbar sind. Etwaigen Bedenken hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Versorgung würde durch Übernahme dieser Formulierung Sorge getragen.

Darüber hinaus könnte ergänzt werden, dass der Betreiber die Nahwärme gemäß den unter Anlage 1 und 2 aufgeführten Regelungen liefert.

Die vorrangige Versorgung der KEG zur Aufrechterhaltung ihrer der Allgemeinheit dienenden Einrichtungen innerhalb des Vertragsgebiets entspricht den in Gestattungsverträgen üblichen Regelungen.

1.3 Benutzungsrecht (§ 2 VE)

§ 2 Abs. 1 VE regelt, dass die KEG dem Betreiber das Recht einräumt, zum Zwecke der Versorgung mit Nahwärme die in der Anlage 3 grün hinterlegte Fläche und jeweils der KEG unterliegenden öffentlichen Verkehrsräume (Straßen, Wege, Plätze, Brücken u.ä.) sowie sonstige der KEG gehörende öffentliche und nichtöffentliche Grundstücke und Gebäude zur Verlegung und zum Betrieb von Nahwärmeleitungen unentgeltlich zu benutzen. Um Mißverständnissen vorzubeugen sollte die Formulierung wie folgt angepasst werden: „Die KEG räumt dem Betreiber das Recht ein, zum Zwecke der Versorgung mit Nahwärme der in der Anlage 3 grün hinterlegten Fläche jeweils die der KEG unterliegenden öffentlichen Verkehrsräume (Straßen, Wege, Plätze, Brücken u.ä.) sowie sonstige der KEG gehörende öffentliche und nichtöffentliche Grundstücke und Gebäude zur Verlegung und zum Betrieb von Nahwärmeleitungen zu benutzen.“

Nach § 2 Abs. 1 VE erhebt die KEG für das eingeräumte Gestattungsrecht kein Entgelt; die Benutzung erfolgt ausschließlich unentgeltlich. In § 5 Abs. 8 VE wird diese Unentgeltlichkeit im Verhältnis zwischen der KEG und dem Betreiber konkretisiert. Für die Stadt Donaueschingen

hingegen, sieht § 5 Abs. 7 VE die Erhebung eines Gestattungsentgelts vor. Da die Stadt nach § 9 Abs. 1 VE bei Übernahme des Vertragsgegenstands betreffender Flächen die Rechtsnachfolge der KEG in diesem Vertrag antritt, sollte zur Vermeidung (dann) widersprüchlicher Regelungen die Unentgeltlichkeit an dieser Stelle des Vertrags (§ 2 Abs. 1 VE) gestrichen werden und das Gestattungsentgelt bzw. die Konzessionsabgabe ausschließlich in den bereits vorgesehenen Absätzen 7 und 8 des § 5 VE abgehandelt werden.

Für die Inanspruchnahme sonstiger der KEG gehörender Grundstücke, die nicht zu öffentlichen Verkehrswegen gehören (§ 2 Abs. 1 VE) sollte sich die KEG bzw. die Stadt aus nachfolgenden Gründen bei Überschreiten der Duldungspflicht gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme gesonderte Vereinbarungen vorbehalten, die insbesondere Regelungen über Folgepflichten, die Tragung von Folgekosten, Endschaftsbestimmungen und ein etwaiges Nutzungsentgelt enthalten:

- Das in § 5 Abs. 7 VE geregelte Gestattungsentgelt bezieht sich ausschließlich auf die Einräumung der Wegenutzungsrechte. Die Inanspruchnahme sonstiger Grundstücke ist damit nicht abgegolten. Nach § 92 Abs. 2 GemO dürfen Gemeinden (Stadt Donaueschingen als Rechtsnachfolger der KEG) Vermögensgegenstände grundsätzlich nicht unentgeltlich zur Nutzung überlassen.
- Die Gewährleistungspflicht des Betreibers nach der Durchführung von Bauarbeiten bezieht sich gemäß § 3 Abs. 8 VE ausschließlich auf die Wiederherstellung einer Straße, die Wiederherstellung sonstiger Grundstücke wird insoweit nicht geregelt.
- Nach § 5 Abs. 12 VE kann die KEG die Änderung, Umlegung, Beseitigung oder Sicherung einer auf ihren Grundstücken bestehenden Wärmeleitung u.a. verlangen, wenn dies aus sonstigen wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses notwendig ist. Diese Regelung greift bei sonstigen Grundstücken im Eigentum der KEG zu kurz, da insofern auch privatwirtschaftliche Interessen eine Maßnahme erforderlich machen können.

Als Ergänzung von § 2 Abs. 1 VE bietet sich daher folgende Formulierung an: „Soweit es um im Eigentum der KEG stehende nichtöffentliche Grundstücke geht, wird nach Überschreiten der Duldungspflicht gemäß der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme ein gesonderter, entgeltlicher Gestattungsvertrag zu für beide Vertragspartner zumutbaren Bedingungen geschlossen.“

Nach § 2 Abs. 5 VE verpflichtet sich die KEG, zu Gunsten des Betreibers und auf dessen Kosten jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die benutzten Teile der Grundstücke eintragen zu lassen. Ausreichend wäre, eine Eintragung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nur im Falle einer Veräußerung des betroffenen Grundstückes an einen Dritten bzw. eines Wechsels der Straßenbaulast vorzunehmen. Im Übrigen sollte geregelt werden, dass der Betreiber für eine hierdurch eventuell entstehende Wertminderung des Grundstücks eine einmalige, angemessene Entschädigung leistet, die mit der Eintragung der Dienstbarkeit fällig wird.

1.4 Baumaßnahmen (§ 3 VE)

Der Wärmeversorger leistet gemäß § 3 Abs. 8 VE vier Jahre Gewähr für die Wiederherstellung des öffentlichen Verkehrsraums. Üblicherweise beträgt die Gewährleistungsfrist in Gestattungsverträgen fünf Jahre. Gleichwohl ist mit Blick auf die bei Abschluss von VOB/B-Werkverträgen geltende Gewährleistungsfrist von ebenfalls vier Jahren und im Sinne eines beiderseitigen Interessenausgleichs auch die im VE enthaltene Regelung vertretbar.

Im aktuellen VE fehlt noch die Verpflichtung des Betreibers, nach Beendigung von Bauarbeiten an seinen Anlagen die in Anspruch genommenen Grundstücke einschließlich Grünstreifen und Gebäude unverzüglich auf eigene Kosten wieder in einen ordnungsgemäßen Zustand zu versetzen. Diese sollte noch aufgenommen werden.

Der VE enthält ebenso nicht die Verpflichtung des Betreibers einen Projektplan über die realisierten Bauarbeiten an den Versorgungsanlagen zu übergeben. Allerdings umfasst § 3 Abs. 1 VE die Pflicht, vor Baumaßnahmen Pläne und Zeichnungen mit Spezifikationen der geplanten Baumaßnahmen an die KEG zu übergeben. Insoweit wird die Informationspflicht (auch bei Planungsänderungen) ausreichend abgesichert.

1.5 Gewährleistung sowie Haftung für Altlasten (§ 4 VE)

§ 4 VE enthält eine Sonderregelung nach den örtlichen Bedürfnissen für die im Gestattungsgebiet vorhandenen Belastungen. Allgemein gültige Anforderungen an solche Regelungen liegen nicht vor.

1.6 Zusammenarbeit mit der KEG (§ 5 VE)

§ 5 Abs. 1 bis 4 VE sieht eine vertragliche Kostenabwälzung vor. Danach werden in dem Gestattungsgebiet durch die KEG alle Grundstückskäufer und Grundstückseigentümer dazu verpflichtet, sich an den Erschließungskosten der Nahwärme zu beteiligen. Diese Beteiligungspflicht ermöglicht es dem Betreiber, maximal 70 v.H. der aufgeführten Kosten auf die Grundstückskäufer mit den Erschließungskosten umzulegen: Auf die Einhaltung der Maßgaben des § 9 AVBFernwärmeV sowie der datenschutzrechtlichen Bestimmungen bei der Umsetzung des § 5 Abs. 4 Satz 2 VE ist zu achten.

Üblicherweise erhalten Städte und Gemeinden auf die Belieferung ihrer Liegenschaften mit Nahwärme einen Nachlass (sog. Kommunalrabatt). 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 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) beträgt der Preisnachlass üblicherweise 10 % des Rechnungsbetrages. Eine ausdrückliche Regelung eines Nachlasses für den Wärmebezug der KEG bzw. der Stadt Donaueschingen ist im Vertrag nicht enthalten. Allerdings sieht § 5 Abs. 5 VE vor, dass Gebäude im Eigentum der KEG oder der Stadt Donaueschingen innerhalb des Gestattungsgebiets durch den Betreiber zu den Bedingungen eines gesondert abzuschließenden Wärmelieferungsvertrages mit Wärme versorgt werden. Dieser Vertrag sollte eine Regelung zum Kommunalrabatt enthalten.

§ 5 Abs. 7 und 8 VE enthalten Regelungen zum Gestattungsentgelt bzw. zur Konzessionsabgabe:

Nach § 5 Abs. 7 VE zahlt der Betreiber an die Stadt Donaueschingen ein Gestattungsentgelt in Höhe von 1,5 v.H. des Umsatzes aus der Abgabe von Nahwärme an Letztverbraucher (Tarifkunden und Sonderkunden) im Gestattungsgebiet. Hierzu ist anzumerken, dass für Gestattungsverträge im Bereich der Wärmeversorgung keine rechtliche Grundlage für die Erhebung eines Gestattungsentgelts vergleichbar mit der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) für Strom und Gas existiert. Eine Regelung zum Gestattungsentgelt kann jedoch im Wege der Vertragsfreiheit getroffen werden. So steht es im Ermessen der KEG bzw. 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. Gegen die im VE aufgenommene Regelung des Gestattungsentgelts (Höhe, Ermittlungsgrundlage, Fälligkeit und Vorauszahlungen) an die Stadt Donaueschingen (nach Eintritt der Rechtsnachfolge gemäß § 9 Abs. 1 VE) bestehen insoweit keine Bedenken.

Die KEG wiederum erhebt gemäß § 5 Abs. 8 VE für die Nahwärmeleitung und die Wärmelieferungen keine Konzessionsabgabe. Ein vollständiger Verzicht auf ein Entgelt für die Nutzung der Grundstücke im Versorgungsgebiet begegnet jedoch Bedenken. Die Notwendigkeit eines Verzichts auf ein Gestattungsentgelt wird von Versorgungsunternehmen regelmäßig mit einer anzustrebenden Wirtschaftlichkeit der Versorgung begründet. Die gerade 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 KEG, 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 regelt § 5 Abs. 1 bis 4 VE eine vertragliche Kostenabwälzung in Form von Baukostenzuschüssen auf Grundstückskäufer und

Grundstückseigentümer, die den Betreiber zumindest teilweise entlastet. Die Regelung eines Entgelts ist zudem stets auch in Zusammenhang mit der Regelung zu den Folgekosten zu beurteilen. Insbesondere wenn kein bzw. kein angemessenes Entgelt vereinbart wurde, ist zu empfehlen, den Betreiber zu verpflichten, die Folgekosten vollumfänglich zu tragen (s. nachfolgende Ausführungen zu den Folgekosten).

§ 5 Abs. 12 VE regelt die Folgepflicht und die Übernahme der Folgekosten.

Die Bestimmungen zur Folgepflicht entsprechen den in Nahwärmegestattungsverträgen üblichen Vereinbarungen.

Zur Übernahme der Folgekosten ist anzumerken, dass grundsätzlich die Versorgungsunternehmen die gesamten durch Änderung von Verteilungsanlagen entstehenden Kosten selbst tragen. Nur in den Fällen, in denen eine Maßnahme auf Verlangen der KEG bzw. der Stadt erfolgt, käme eine Kostentragung der KEG bzw. der Stadt überhaupt in Betracht. Nach § 5 Abs. 12 VE trägt die KEG nunmehr in den ersten fünf Jahren der Vertragslaufzeit die Folgekosten zu 100 v.H.. Zwischen dem fünften und zehnten Jahr tragen die beiden Vertragsparteien die entstehenden Kosten zu je der Hälfte. Ab dem zehnten Jahr trägt der Betreiber die Kosten zu 100 v.H.. Eine solche Staffelung bei der Übernahme der Folgekosten ist nachteilig für die KEG, insbesondere vor dem Hintergrund, dass die KEG nach derzeitigem Stand des VE auch kein Entgelt für das Benutzungsrecht des Betreibers erhebt. Eine zeitlich abgestufte Kostenbeteiligung der Vertragsparteien nach der zurückgelegten Vertragslaufzeit (problematisch wird in diesem Zusammenhang auch die abweichende Bestimmung des Inkrafttretens des Vertrags und des Beginns der Vertragslaufzeit s. Ziff. 1.9) ist nicht mehr zeitgemäß. Mittlerweile ist in Gestattungsverträgen üblich, dass das Versorgungsunternehmen stets die vollen Folgekosten trägt. Dies sollte geändert und eine 100% Übernahme durch Betreiber aufgenommen werden. Außerdem wird die Kostenübernahme üblicherweise auf die Fälle beschränkt, in denen kein Dritter verpflichtet werden kann, die Folgekosten für die Umlegung oder Änderung von Versorgungsleitungen zu erstatten, oder sich kein Dritter an den Kosten der Maßnahme beteiligt.

Ferner fehlt im VE eine Regelung, was bei endgültiger Stilllegung von Versorgungsanlagen mit diesen passiert. Regelmäßig wird hierzu in Gestattungsverträge aufgenommen, dass solche Versorgungsanlagen auf Kosten des Betreibers von diesem innerhalb angemessener Frist beseitigt werden und der ursprüngliche Zustand wieder hergestellt wird.

§ 5 Abs. 9 bis 10 VE regeln die Übernahme des Bestandsnetzes. Zur Klarstellung könnte in Abs. 9 „Die Übernahme des bestehenden Nahwärmenetzes (Anlage 6) durch den Betreiber von der KEG...“ formuliert werden.

In § 5 Abs. 13 VE wird ausgeführt, dass der Betreiber plant, in dem Gestattungsgebiet ein Stromnetz zu errichten, um den generierten Strom der Blockheizkraftwerke unmittelbar den Anschlussnehmern zur Verfügung zu stellen. Die KEG gestattet dem Betreiber insoweit ebenfalls die unentgeltliche Benutzung seiner Grundstücke. Für die Stromversorgung ist jedoch ein gesonderter Konzessionsvertrag abzuschließen. Dabei sind die Regelungen des EnWG sowie der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung - KAV) zu beachten. Eine unentgeltliche Nutzung von Gemeindeeigentum einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner, nach Eintritt der Stadt Donaueschingen in die Rechtsnachfolge, wäre mit den Vorgaben des § 107 GemO nicht vereinbar. In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass bei Verwendung des *Musterkonzessionsvertrags für die Stromversorgung die Einholung eines Sachverständigengutachtens nach § 107 Abs. 1 Satz 2 GemO entbehrlich ist.*

1.7 Haftungsregelung (§ 6 VE)

Die in § 6 VE enthaltene Haftungsregelung entspricht weitestgehend den in Gestattungsverträgen üblichen Regelungen zur Haftung.

1.8 Endschaftsregelung (§ 7 VE)

Endschaftsbestimmungen sollen dazu dienen, im Falle des Auslaufens des bestehenden Gestattungsvertrages, in dem eine Verlängerung oder ein Neuabschluss mit dem bisherigen Gestattungsnehmer nicht mehr in Betracht kommt, die Netzübernahme zu erleichtern.

Endet der Vertrag, so kann nach dem derzeitigen Stand des VE ausschließlich die KEG vom Betreiber das Eigentum an den Versorgungsanlagen erwerben. Ausgeschlossen wäre dadurch ein Erwerb der Anlagen durch einen Dritten zu den im Gestattungsvertrag vereinbarten Konditionen. Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung sollte diese Alternative nicht gänzlich im VE unberücksichtigt bleiben.

Darüber hinaus wird der Verkehrswert als Kaufpreis der Versorgungsanlagen vereinbart. Dieser wird jedoch im Weiteren nicht näher bestimmt. Unter Verkehrswert wäre der Wert zu verstehen, den die Versorgungsanlagen im Geschäftsverkehr unter Berücksichtigung aller Umstände haben. Regelmäßig wird in Gestattungsverträgen der Ertragswert als angemessene Vergütung geregelt. Dieser wird unter Berücksichtigung der mit den Wärmeleitungen zu erzielenden Erlösen nach dem Ertragswertverfahren ermittelt. Dies entspricht auch den Regelungen der anerkannten Musterkonzessionsverträge im Strom- und Gasbereich. Es wird empfohlen, entweder den Verkehrswert zu konkretisieren oder eine Übernahme zum Ertragswert zu vereinbaren.

Im Sinne eines beiderseitigen Interessenausgleichs ist die Regelung in § 7 Abs. 1 und 2 VE vertretbar, wonach die Anlagen und Leitungen im Falle, dass die KEG die Anlagen nicht erwerben möchte, über die Vertragsbeendigung hinaus auf den Grundstücken und Straßen der KEG kostenlos belassen werden und eine Entfernung und/oder Rückbau nicht vorzunehmen ist. Abweichend hiervon ist aufgrund von Baumaßnahmen, aus Gründen des Straßenbaus, der Verkehrssicherheit oder aus sonstigen wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses eine Entfernung auf Kosten des Betreibers vereinbart. Eine Wiederherstellung des Grundstücks und seiner Oberfläche in den ursprünglichen oder ordnungsgemäßen Zustand (z.B. Wiederherstellung der Straßenoberfläche) schuldet der Betreiber jedoch auch in diesen Fällen nicht (§ 7 Abs. 3 VE). Dies engt die Gestaltungs- und Planungsspielräume der KEG und im Weiteren der Stadt ein. In den Fällen des § 7 Abs. 2 VE sollte auch die Wiederherstellung des Grundstücks und seiner Oberfläche in den Verantwortungsbereich des Betreibers fallen.

In § 7 Abs. 4 VE sollte die Informationspflicht des Betreibers zeitlich noch dahingehend konkretisiert werden, bis zu welchem Zeitpunkt vor Auslaufen des Vertrags die Informationen der KEG zuzuleiten wären.

1.9 Vertragsdauer (§ 8 VE)

Das Inkrafttreten des Vertrags wird aufschiebend bedingt durch die Unterzeichnung der Vertragspartner (KEG, Betreiber sowie -entsprechend der Empfehlung in der Vorbemerkung- der Stadt Donaueschingen) sowie des stufenweisen Erwerbs der vertragsgegenständlichen Grundstücke von der BlMA.

Hinsichtlich des Inkrafttretens des Vertrags sollte darüber hinaus ein Vorbehalt einer vorherigen Zustimmung der zuständigen Organe beider Vertragspartner sowie mit Blick auf die Rechtsnachfolge der KEG durch die Stadt Donaueschingen auch der Zustimmung des dortigen Gemeinderats sowie der Rechtsaufsichtsbehörde aufgenommen werden (s. Vorbemerkung sowie Ziff. 1.10).

Die Laufzeit von Wärmegestattungs- bzw. Wärmekonzessionsverträgen unterliegt keiner gesetzlichen Befristung. Üblicherweise wird in Anlehnung an die Praxis der Strom- bzw. Gaswirtschaft eine Laufzeit von 20 Jahren gewählt. Die Laufzeit des Gestattungsvertrags beträgt nach § 8 Abs. 2 VE (zunächst) 30 Jahre. Überdies enthält § 8 Abs. 3 VE eine Verlängerungsoption, d.h. der Vertrag verlängert sich um jeweils fünf Jahre, wenn er nicht spätestens mit einer Frist von 12 Monaten gekündigt wird. Es könnte zwar auch eine kürzere Vertragslaufzeit vereinbart werden, um der KEG die Möglichkeit offen zu lassen, den Betreiber der Nahwärmeversorgung zu wechseln oder sich für eine andere Organisationsform der Nahwärmeversorgung zu ent-

scheiden. Gleichwohl sichert sich die KEG eben diese Handlungsfähigkeit bzw. Gestaltungsmöglichkeiten durch die Kündigungsoption in § 8 Abs. 4 VE im Anschluss an die feste Vertragslaufzeit von 30 Jahren. Gegen die vereinbarte Vertragslaufzeit bestehen daher keine Bedenken.

Gemäß VE beginnt die Laufzeit abweichend vom Inkrafttreten des Vertrags mit dem Abschluss der in § 5 Abs. 1 genannten Erschließungsarbeiten im Südteil. Das Datum des Beginns ist in einem schriftlichen Protokoll festzuhalten. Das Inkrafttreten des Vertrags stimmt insofern nicht mit dem Beginn der Vertragslaufzeit überein. Vorzugsweise sollten die beiden Regelungen, um Missverständnisse zu vermeiden, in Einklang gebracht werden, wenngleich die zeitliche Differenz mit Blick auf die geplante zügige Erschließung des Versorgungsgebiets nach Aussage der Verwaltung nicht wesentlich ins Gewicht fallen wird.

1.10 Rechtsnachfolge (§ 9 VE)

§ 9 VE enthält Regelungen zur Rechtsnachfolge sowohl auf Seiten der KEG als auch auf Seiten des Betreibers.

Mit der Übernahme der Flächen durch die Stadt Donaueschingen tritt diese nach § 9 Abs. 1 VE in den Gestattungsvertrag anstelle der KEG ein. Wie in der Vorbemerkung bereits ausgeführt, wird empfohlen, die Stadt bereits in den Abschluss des Vertrags zwischen der KEG und dem Betreiber einzubeziehen, um die Einhaltung der Maßgaben der §§ 107, 108 GemO vor Vertragsschluss und Rechtsnachfolge zu sicherzustellen. Die Stadt Donaueschingen kann die Rechtsnachfolge nicht antreten, wenn der VE nicht den Anforderungen des § 107 GemO entspricht und das Verfahren der §§ 107, 108 GemO eingehalten wurde.

Gegen § 9 Abs. 2 VE, insbesondere den Zustimmungsvorbehalt und dessen Maßgaben, bestehen keine Bedenken.

Um während der gesamten Vertragslaufzeit sicherzustellen, dass die bisherige rechtliche und wirtschaftliche Identität auch im Falle einer Änderung der Eigentümerstruktur des derzeitigen Betreibers gewahrt bleibt, kann die Aufnahme einer so genannten Change of Control-Klausel sinnvoll sein. Mit dieser wird der KEG ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt und damit freigestellt, ob sie auch weiterhin mit dem strukturell veränderten Versorgungsunternehmen zusammenarbeiten oder aber die Gestattung neu vornehmen möchte.

1.11 Schiedsgericht (§ 10 VE)

Für den Fall eines Dissens bei der Anwendung einzelner Vertragsbestimmungen wurde ein Schiedsverfahren vereinbart.

1.12 Schlussbestimmungen (§ 11 VE)

§ 11 VE enthält die in Gestattungsverträgen üblichen Schlussbestimmungen.

Ergänzt werden könnte, dass Änderungen und Ergänzungen dieses Gestattungsvertrages der Schriftform bedürfen und von den Vertragsparteiern rechtsverbindlich unterzeichnet sein müssen.

2 Gesamtwürdigung

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

Nach § 107 Abs. 1 Satz 1 GemO darf eine 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 dadurch die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind.

Da im Anschluss an die Konversion und Entwicklung im Quartier „Am Buchberg“ eine Übernahme der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze von der KEG durch die Stadt Donaueschingen ansteht, wurde von der KEG bereits im Vorfeld des Vertragsschlusses zwischen der KEG und dem Betreiber um eine gutachtliche Stellungnahme gemäß § 107 GemO gebeten.

Die im vorliegenden Vertragsentwurf enthaltenen Regelungen entsprechen weitgehend den üblichen und notwendigen Regelungen, die die beiderseitigen Interessen der Vertragspartner berücksichtigen. Bei den unter Ziffer 1 behandelten Einzelpunkten könnten nach unserer Auffassung für die KEG bzw. im Weiteren für die Stadt vereinzelt noch Verbesserungen erreicht werden.

Einzelne unter Ziff. 1.3 (Inanspruchnahme sonstiger Grundstücke) und 1.6 (Folgekosten - § 5 Abs. 12 VE - sowie Gestattung für Stromversorgung - § 5 Abs. 13 VE) behandelte Vereinbarungen sollten allerdings nicht unverändert in dem endgültigen Gestattungsvertrag beibehalten werden.

Mit dieser Maßgabe kann im Sinne der Anforderungen des § 107 GemO bestätigt werden, dass durch den beabsichtigten Abschluss des Gestattungsvertrags mit dem Wärmeversorger die Erfüllung der Aufgaben der KEG bzw. der Stadt künftig nicht gefährdet wären und die berechtigten Interessen der Stadt und ihrer Einwohner im Sinne des § 107 GemO gewahrt werden würden.

Nadine Ulas-Doringer

Nadine Ulas-Doringer