

Gersemann & Kollegen | Landsknechtstraße 5 | 79102 Freiburg

Rechtsanwälte
Dieter Gersemann
Janis Gersemann
Gregor Czernek LL.M.

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

Rechtsanwalt
Christoph Germer

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, 6. Juni 2018
Ge/ko-ST062F-21917F

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

im

Gaskonzessionsvertrag

der

Stadt Rottweil

mit der

Energieversorgung Rottweil GmbH & Co. KG

Rechtsgutachten

durch

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

Gliederung

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

B. Rechtliche Würdigung

I. Rechtlicher Maßstab

1. Aufgaben der Gemeinde

- a) Gemeindliche Aufgaben in der örtlichen Energieversorgung
 - aa) Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung
 - bb) Berücksichtigung gemeindlicher Umweltverantwortung
- b) Sonstige gemeindliche Aufgaben

2. Berechtigte wirtschaftliche Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner

- a) Wirtschaftliche Interessen der Gemeinde
- b) Wirtschaftliche Interessen der Einwohner

II. Beurteilung des Konzessionsvertragsentwurfes

1. Einzelregelungen

- a) Art und Umfang des Betriebs des Energieversorgungsnetzes
- b) Grundstücksbenutzung
- c) Konzessionsabgabe, Kommunalrabatt
- d) Bau und Betrieb von Versorgungsanlagen
- e) Änderung von Versorgungsanlagen
- f) Haftung
- g) Vertragsdauer, Kündigungsrechte, Auskunftsrechte
- h) Übernahme der Verteilungsanlagen durch die Gemeinde
- i) Allgemeine Regelungen

2. Gesamtbetrachtung

C. Gesamtergebnis

Gutachten

A. Sachverhalt und Gutachtauftrag

Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist der zwischen der Stadt Rottweil (im Folgenden: Gemeinde) und der Energieversorgung Rottweil GmbH & Co. KG (im Folgenden: ENRW) abgestimmte Entwurf eines Gaskonzessionsvertrages.

Zentraler Vertragsgegenstand des Konzessionsvertrags ist die auf der Grundlage von § 46 Abs. 2 EnWG erfolgende Einräumung von Wegenutzungsrechten zugunsten eines Energieversorgungsunternehmens, hier der ENRW, für das Gebiet der Gemeinde. Die Einräumung von Wegenutzungsrechten erfolgt zur Verlegung und zum Betrieb von Gasversorgungsleitungen und Zubehör.

Für den Abschluss von Konzessionsverträgen durch die Gemeinde gelten in Baden-Württemberg die in § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO) aufgestellten Anforderungen. § 107 Abs. 1 GemO 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 Gemeindegut 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 geforderte Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen soll mit der vorliegenden gutachterlichen Stellungnahme erstattet werden. Der Gutachtauftrag besteht demnach in der Untersuchung des Entwurfs des Gaskonzessionsvertrages (im Folgenden: Konzessionsvertrag) am Maßstab des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO.

B. Rechtliche Würdigung

Der vorliegende Konzessionsvertrag unterfällt fraglos der Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO. Es handelt sich um einen sogenannten Konzessionsvertrag, durch den die Gemeinde einem Energieversorgungsunternehmen, hier der ENRW, die Benutzung von Gemeindegut einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Versorgung der Einwohner mit Gas gestattet (vgl. § 5 Abs. 1 des Konzessionsvertrages). Nähere rechtsgutachtliche Untersuchung erfordert allein die Frage, ob der Vertragsentwurf den Anforderungen genügt, die § 107 Abs. 1 S. 1 GemO an den Abschluss eines Konzessionsvertrages durch die Gemeinde stellt.

I. Rechtlicher Maßstab

Nach dem Wortlaut von § 107 Abs. 1 S. 1 GemO ist Voraussetzung für den Vertragsabschluss durch die Gemeinde, 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. Insofern kann zwischen verschiedenen gemeindlichen Aufgabenbereichen unterschieden werden.

a) Gemeindliche Aufgaben in der örtlichen Energieversorgung

Zunächst sind die gemeindlichen Aufgaben im eigentlichen Gegenstandsbereich des Konzessionsvertrages in den Blick zu nehmen. Es darf die Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben im Bereich der örtlichen Energieversorgung, d.h. hier im Bereich der örtlichen Gasversorgung, nicht gefährdet werden.

aa) Sicherstellung der örtlichen Energieversorgung

Diese gemeindlichen Aufgaben haben ihre Grundlage in der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Selbstverwaltung (Art. 28, Abs. 2 GG, Art. 71 Abs. 1 Verfassung des Landes Baden-Württemberg). Es ist anerkannt, dass zu den verfassungsrechtlich garantierten Aufgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung auch die Sicherstellung der Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie zählt, worunter namentlich die leitungsgebundene Versorgung mit Gas und Strom fällt.¹

Der so verfassungsrechtlich begründete gemeindliche Aufgabenkreis in der örtlichen Energieversorgung wird einfachrechtlich durch das Energiewirtschaftsrecht näher ausgeformt. Er hat durch das EnWG 2005 eine bedeutsame Veränderung und Einschränkung erfahren. Nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG ist Gegenstand des Konzessionsvertrages nur noch „die Nutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören“. Damit ist – anders als noch in § 13 Abs. 2 S. 1 EnWG 1998, der das Recht zur Durchführung der allgemeinen Versorgung einschloss – die Versorgung der Letztverbraucher nicht mehr Gegenstand des Konzessionsvertrages. Das EnWG 2005 trennt strikt zwischen Netzbetrieb und Versorgung i.e.S.. Die Verantwortung für die Gebietsversorgung wird nicht mehr durch die Bestimmung eines allgemeinen Versorgers im Konzessionsvertrag, sondern durch die Ermittlung des sogenannten Grundversorgers nach § 36 EnWG zugewiesen; im Übrigen erfolgt die Belieferung der Letztverbraucher mit Energie im Wettbewerb. Damit beschränkt das EnWG den Regelungsgegenstand des Konzessionsvertrags; eine „Versorgungskonzession“ kann die Gemeinde nicht mehr vergeben.² Dementsprechend spricht das Gesetz auch begrifflich korrekt von Wegenutzungsverträgen. Unbeschadet dessen hat sich im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff „Konzessionsvertrag“ für diese Verträge gehalten.

¹ Vgl. BVerfG, NJW 1990, 1783; BVerwGE 98, 273 (275 ff.); BGHZ 119, 101 (105); 163, 296 (302); RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (803).

² Pippke/Gaßner, Neuabschluss, Verlängerung und Änderung von Konzessionsverträgen nach dem neuen EnWG, RdE 2006, 33 (37); Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2008, S. 393.

Die gesetzlich so eingeschränkten Regelungsmöglichkeiten im Konzessionsvertrag bezüglich der Energiebelieferung beschränken zugleich die, in Bezug auf den Vertragsinhalt, wahrzunehmende gemeindliche Verantwortlichkeit, die sich damit gegenständlich im Wesentlichen auf den Netzbetrieb richtet. In Bezug auf den Netzbetrieb ist weiter zu berücksichtigen, dass das EnWG 2005 dem durch Konzessionsvertrag bestimmten Betreiber eines örtlichen Verteilnetzes besondere Pflichten der Netzanschluss- und Netzzugangsgewährung (§ 18 EnWG) auferlegt; insoweit ist ebenfalls kein Spielraum mehr für eine Wahrnehmung einer gemeindlichen Energieversorgungsaufgabe durch abweichende Konzessionsvertragsregelungen.

In diesem durch das EnWG vorgegebenen Rahmen sind die gemeindlichen Energieversorgungsaufgaben der Beurteilung nach § 107 Abs. 1 S. 1 GemO BW zugrunde zu legen.

bb) Berücksichtigung gemeindlicher Umweltverantwortung

Als ein Teilbestandteil der gemeindlichen Aufgabe in der örtlichen Energieversorgung gilt auch die gemeindliche Verantwortlichkeit für die Verwirklichung einer umweltverträglichen und ressourcenschonenden örtlichen Energieversorgung. Die grundsätzlich gebotene Rücksichtnahme auf die Wahrnehmung dieser gemeindlichen Teilaufgabe im Konzessionsvertrag ist allerdings ebenfalls nur in dem energiewirtschaftsrechtlich vorgegebenen Rahmen möglich. Insoweit wird sie vor allem durch § 3 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) begrenzt, der regelt, welche Leistungen neben oder anstelle von Konzessionsabgaben vereinbart oder gewährt werden dürfen. Nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV ist im Konzessionsvertrag insbesondere die Vereinbarung oder Gewährung von unentgeltlichen oder vergünstigten Finanz- und Sachleistungen des Netzbetreibers unzulässig; hiervon unberührt sind nur Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.

b) Sonstige gemeindliche Aufgaben

Von der Regelung des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO sind aber auch sonstige, außerhalb der örtlichen Energieversorgung liegende gemeindliche Aufgaben erfasst, deren Erfüllung durch einen energiewirtschaftsrechtlichen Konzessionsvertrag beeinträchtigt werden kann.

Eine wichtige einschlägige Aufgabe stellt insoweit die Wahrnehmung der gemeindlichen Planungshoheit, insbesondere der hierin verankerten gemeindlichen Bauleitplanung (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 BauGB) dar.³

Es liegt im gemeindlichen Interesse, dass der Vorrang insbesondere der gemeindlichen Bauleitplanung in dem Sinne gesichert wird, dass nicht das örtliche Verteilnetz die planerischen Möglichkeiten beschränkt, etwa der Ausweisung neuer Baugebiete entgegensteht, sondern dass umgekehrt sichergestellt wird, dass die Energieversorgung den planerischen Vorstellungen folgt.

Der Konzessionsvertrag muss zudem auf die gemeindliche Aufgabe der Sicherung des Gemeingebrauchs an den Straßen, Wegen und Plätzen sowie auf die Notwendigkeiten der Inanspruchnahme des gemeindlichen Wegenetzes für andere, hierauf angewiesene gemeindliche Infrastrukturaufgaben, Rücksicht nehmen.⁴

2. Berechtigte wirtschaftliche Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner

Zweite Teilvoraussetzung ist die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner.

a) Wirtschaftliche Interessen der Gemeinde

Da die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde als eine eigenständige Anforderung formuliert wird, geht es dabei nicht um wirtschaftliche

³ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321.

⁴ Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 107, Rn. 32.

Interessen, die hinter der Verfolgung sonstiger gemeindlicher Aufgaben (Bauleitplanung, Gewerbeansiedlung, Wirtschaftsförderung, etc.) stehen, sondern um originäre, unmittelbare wirtschaftliche Interessen in Bezug auf den Konzessionsvertrag. Damit zielt diese Anforderung auf die für die Gemeinde unmittelbar finanziell relevanten vertraglichen Vereinbarungen.⁵

Im Vordergrund stehen insoweit die sogenannten Konzessionsabgaben als Gegenleistung für die Gewährung des Wegenutzungsrechts.

Auch insoweit wird die kommunalrechtliche Beurteilung nach § 107 Abs. 1 S. 1 GemO durch die einschlägigen energiewirtschaftsrechtlichen Vorgaben vorgeprägt. § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG regelt für den Abschluss von Wegenutzungsverträgen, dass die Gemeinden diesen ablehnen können, solange das Energieversorgungsunternehmen als Vertragspartner die Zahlung von Konzessionsabgaben in Höhe der Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG verweigert und eine Einigung über die Höhe der Konzessionsabgaben noch nicht erzielt ist; das bedeutet im Ergebnis, dass das EnWG die Gemeinde ausdrücklich zum Nichtabschluss eines Wegenutzungsvertrages ermächtigt, solange nicht die Höchstsätze der Konzessionsabgaben nach KAV vereinbart sind.

Ob und inwieweit zudem die gemeinderechtlichen Haushaltsgrundsätze, namentlich die sogenannten Einnahmehbeschaffungsgrundsätze, wonach die Gemeinde die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen – soweit vertretbar und geboten – aus speziellen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen und (nur) im Übrigen aus Steuern zu beschaffen hat (§ 78 Abs. 2 GemO), zur Forderung der Höchstsätze nötigen, muss hier nicht abschließend erörtert werden. Jedenfalls werden in der Praxis in Konzessionsverträgen regelmäßig die Höchstsätze vereinbart.⁶ Mit der Höhe der Konzessionsabgabe bewertet die Gemeinde die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts, § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG.⁷

⁵ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321.

⁶ Pippke/Gaßner, Neuabschluss, Verlängerung und Änderung von Konzessionsverträgen nach dem neuen EnWG, RdE 2006, 33 (34); Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 323; BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 76.

⁷ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 Rn. 76.

Insoweit ist auch zu bedenken, dass die Konzessionsabgaben für das Energieversorgungsunternehmen als Vertragspartner insofern bloß durchlaufende Posten sind, als sie durch den Netzbetreiber als Kosten des Netzbetriebs an die Netznutzer (Energielieferanten) weitergegeben werden können und werden, die sie letztlich an die Letztverbraucher weiterreichen.⁸

Das wirtschaftliche Interesse von Gemeinden an der Erzielung darüber hinausgehender Gegenleistungen stößt an rechtliche Grenzen. § 3 KAV untersagt neben oder anstelle von Konzessionsabgaben weitere Leistungen mit den drei Ausnahmen nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 KAV, unter denen der sogenannte Gemeinderabatt nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KAV hervorzuheben ist. Auch für diesen herkömmlich gewährten Gemeinderabatt sind veränderte energiewirtschaftliche Vorgaben zu beachten; während er noch unter dem EnWG 1998 auf den gesamten Rechnungsbetrag gewährt werden konnte, ist nunmehr nur noch die Vereinbarung eines Preisnachlasses auf den Eigenverbrauch der Gemeinde von bis zu 10 % des Rechnungsbetrages für den Netzzugang zulässig.⁹ Insoweit handelt es sich um die Konsequenz aus der strikten Trennung von Netzbetrieb und Versorgung im Sinne von Energievertrieb.

Die Verfolgung der Gewährung eines Preisnachlasses auf den Eigenverbrauch stellt ein legitimes Interesse der Gemeinde dar.¹⁰

Weitere typische Vertragsinhalte, die die finanziellen Interessen der Gemeinde unmittelbar berühren, betreffen die sogenannten Folgekosten.¹¹ Dabei geht es um mit der Durchführung des Wegenutzungsvertrages, etwa aufgrund geänderter Straßenführung, verbundene finanzielle Belastungen durch Leitungsverlegungen. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KAV lässt insoweit die Vergütung notwendiger Kosten zugunsten der Gemeinde zu.

Weiter sind finanzielle Interessen vor allem auch in den sogenannten Endschaftsbestimmungen zu beachten.¹² Diese Bestimmungen ermöglichen der Gemeinde regelmäßig, die örtlichen Verteilungsanlagen bei Ablauf des Konzessionsvertrages

⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 Rn. 76; vgl. Monopolkommission, 65. Sondergutachten, Rn. 469; Wegner, Berliner Kommentar EnR, 2. Aufl., § 46 EnWG, Rn. 114.

⁹ Vgl. Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2008, S. 399.

¹⁰ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 Rn. 77.

¹¹ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321; BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 77.

¹² Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321; BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 78.

entgeltlich zu erwerben. Auch diese Regelungen werden indes teilweise faktisch überlagert durch den in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG vorgesehenen gesetzlichen Eigentumserwerbsanspruch des Neukonzessionärs gegenüber dem Altkonzessionär.

b) Wirtschaftliche Interessen der Einwohner

Wenn weiter die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen auch der Einwohner geboten ist, verlangt dies, dass die Gemeinde im Rahmen des Zulässigen und Möglichen eine vertraglich preisgünstige Energieversorgung der Gemeindebevölkerung sicherstellen muss.

Mit der preisgünstigen Versorgung sind insbesondere die nicht rabattierten Netzentgelte gemeint.¹³

Die Netzentgelte werden durch die Regulierungsbehörde reguliert, sodass insoweit eine behördliche Kontrolle schon vorliegt.

II. Beurteilung des Konzessionsvertrags

An diesem Maßstab des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO ist im Folgenden der vorliegende Konzessionsvertrag zu messen. Dabei sollen zunächst die wesentlichen Regelungen im Einzelnen und anschließend der Vertrag im Ganzen gewürdigt werden.

1. Einzelregelungen

Zunächst sind die einzelnen Regelungen des vorliegenden Konzessionsvertrags, soweit sie im Hinblick auf die Maßstäbe des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO bedeutsam und damit hier wesentlich sind, in den Blick zu nehmen.

¹³ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 87.

a) Art und Umfang des Betriebs des Energieversorgungsnetzes

Ein zentraler, das Energieversorgungsunternehmen verpflichtender Vertragsgegenstand wird schon in der Vorbemerkung skizziert, d.h. das Ziel einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, der Einwohner, Gewerbetreibenden und der kommunalen Einrichtungen im Gemeindegebiet mit Gas. Damit wird der Programmsatz, welcher dem EnWG zugrunde liegt, auch dem Konzessionsvertrag zugrunde gelegt.

In §§ 3 und 4 des Konzessionsvertrags wird dieser Grundgedanke konkretisiert und festgehalten, dass die ENRW ein Gasversorgungsnetz im Gemeindegebiet errichtet und betreibt, welches eine Versorgung gemäß den gesetzlichen und regulierungsbehördlichen Vorgaben sicherstellt. Damit wird zusätzlich vertraglich sichergestellt, dass die Anforderungen an eine die Ziele des § 1 EnWG erfüllende Gasversorgung im Gemeindegebiet erfüllt werden. Dies dient letztlich auch der Aufgabenerfüllung der Gemeinde, die Daseinsvorsorge zu gewährleisten.

Aus der Netzbetreibereigenschaft der ENRW folgt die gesetzliche Verpflichtung der ENRW, allgemeine Bedingungen und Tarife für Netzanschluss- und Netznutzung bekanntzugeben und auf deren Grundlage jedermann an das Netz anzuschließen und Netznutzung zur Entnahme von Energie zu gestatten (§ 18 Abs. 1 S. 1 EnWG). Insofern bedarf es keiner besonderen vertraglichen Regelungen, auf die entsprechenden Verpflichtungen wird in § 3 Abs. 1 des Konzessionsvertrages verwiesen.

Die Aufgabenerfüllung der Gemeinde im Bereich der Energieversorgung ist damit abgesichert, eine Gefährdung derselben nicht ersichtlich.

b) Grundstücksbenutzung

Die zentrale gemeindliche Verpflichtung liegt in der Einräumung des Wegenutzungsrechts (§ 5 des Konzessionsvertrages). Das in § 5 Abs. 1 des Konzessionsvertrages eingeräumte Wegenutzungsrecht für die Errichtung und den Betrieb des örtlichen

Gasverteilnetzes gehört zum Kernbestand des Konzessionsvertrages (vgl. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG). Geregelt ist auch das Nutzungsrecht für Errichtung und Betrieb von Leitungen, die nicht ausschließlich der Versorgung im Gemeindegebiet dienen, § 5 Abs. 3. Damit wird abgesichert, dass das Energieversorgungsunternehmen jederzeit in der Lage ist, ein Versorgungsnetz im Gemeindegebiet zu betreiben und hierfür diejenigen Straßengrundstücke in Anspruch zu nehmen, über welche der Gemeinde das Verfügungsrecht zusteht. Die Erstreckung dieses Nutzungsrechts auf Anlagen, die nicht oder nur teilweise der Versorgung im Gemeindegebiet dienen, ist eine übliche Regelung und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Versorgung im Regelfall aus überregionalen Netzen sichergestellt wird. Die Bereitstellung von Wegenutzungsrechten durch die Gemeinde ist Kernbestandteil des Vertrages und geschieht in einem Umfang, der in Konzessionsverträgen üblich ist. Dadurch, dass diese Bereitstellung nur gegen Entgelt erfolgt und zudem umfassende Folgepflichten der ENRW bestehen (siehe unten), kann angenommen werden, dass die gemeindliche Aufgabenerfüllung nicht gefährdet wird und die wirtschaftlichen Interessen gewahrt sind.

§ 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 regeln Situationen, in denen ENRW sonstige Grundstücke der Gemeinde zum Netzbetrieb nutzen möchte oder solche benötigt. Dies ist auch sinnvoll, da derartige Bauwerke und Grundstücke vom Wegenutzungsrecht im Sinne des § 46 EnWG nicht erfasst werden. Dafür ist dann ein ortsüblicher Preis bzw. eine angemessene Entschädigung zu zahlen, da für die Nutzung von fiskalischen Grundstücken keine Konzessionsabgaben gezahlt werden. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde sind durch diese Regelungen zur Gegenleistung gewahrt, die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung wird nicht beeinträchtigt. Die Einzelheiten müssen in einer gesonderten Vereinbarung geregelt werden.

§ 5 Abs. 5 ermöglicht für Leitungen, die sonstige städtische Grundstücke in Anspruch nehmen, die Einräumung von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten der ENRW vor Verkauf derartiger Grundstücke. Dadurch, dass hierfür eine angemessene Entschädigung gezahlt wird, sind die gemeindlichen Interessen gewahrt.

In § 5 Abs. 6 und Abs. 7 sind übliche Regelungen enthalten, welche eine Koordination mit anderer zuständigen Stellen ermöglichen.

Die Regelungen in § 5 sind insgesamt in Konzessionsverträgen branchenübliche Regelungen.

c) Konzessionsabgabe, Kommunalrabatt

§ 10 enthält Regelungen über die Konzessionsabgaben, welche die ENRW als Gegenleistung für die ihr eingeräumten Wegennutzungsrechte an die Gemeinde zu entrichten hat. Aus Sicht der Gemeinde handelt es sich um das wirtschaftliche Herzstück des Vertrages. Daher ist auch im Rahmen einer Prüfung nach § 107 GemO diesen Regelungen Beachtung zu schenken, denn hier werden die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde berührt.

§ 5 Abs. 1 regelt die Höhe der zu bezahlenden Konzessionsabgaben und sieht die jeweils höchstzulässigen Konzessionsabgaben als Entgelt vor. Dabei handelt es sich um eine dynamische Verweisung, die zur Folge hat, dass auch bei Änderungen der gesetzlichen Bestimmungen während der gesamten Laufzeit des Konzessionsvertrages die jeweils höchstzulässige Konzessionsabgabe geschuldet wird. Zur Abgrenzung von Sonder- und Tarifikunden, die in § 2 Abs. 7 KAV vorgesehen ist, wird auf die höchstrichterliche Rechtsprechung verwiesen. Die Bestimmungen zur Konzessionsabgabe berücksichtigen die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde im gesetzlich weitest gehenden Maße, das Recht aus § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG auf die Höchstsätze nach § 48 Abs. 2 EnWG iVm der KAV wird vollständig ausgeschöpft. Die Gemeinde erhält stets diejenigen Beträge, die der Gesetzgeber jeweils maximal zulässt.

In § 10 Abs. 2 Unterabschnitt 1 wird zugunsten der Gemeinde von der Regelung des § 2 Abs. 6 KAV Gebrauch gemacht, wonach der Netzbetreiber mit der Gemeinde die Konzessionsabgabe auch für solche Mengen vereinbaren kann, die von Dritten im Wege der Durchleitung an Letztverbraucher geliefert werden.

In § 10 Abs. 2 Unterabschnitt 2 wird außerdem zugunsten der Gemeinde von der Regelung des § 2 Abs. 8 KAV Gebrauch gemacht, wonach die vereinbarten Konzessionsabgaben auch für solche Mengen bezahlt werden, die nicht an Letztverbraucher, sondern an Weiterverteiler geliefert werden.

§ 11 Abs. 2 regelt die Zahlung von Abschlagszahlungen, wobei monatliche Zahlungen vorgesehen sind. Da nach § 5 Abs. 2 KAV keine Vorauszahlungen auf die Konzessionsabgabe geleistet werden dürfen, kann gegen die nachträgliche monatliche Zahlung nichts eingewandt werden. Der Gemeinde wird ein laufender Mittelzufluss ermöglicht, ihre wirtschaftlichen Interessen sind berücksichtigt.

§ 11 Abs. 1 stellt die Nachprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Berechnung der Konzessionsabgabe sicher. Dies wird durch einen Anspruch zugunsten der Gemeinde auf die Vorlage eines Wirtschaftsprüferstats abgesichert. Damit kann die Gemeinde nachprüfen, ob die Abrechnung ordnungsgemäß erfolgt ist.

§ 10 Abs. 4 stellt sicher, dass im Falle einer Änderung der steuerlichen Beurteilung der Konzessionsabgaben auch die dann darauf entfallende Umsatzsteuer von der ENRW zu bezahlen ist. Dies sichert zugunsten der Gemeinde die Steuerneutralität der Konzessionsabgaben.

In § 10 Abs. 5 ist eine Regelung vorgesehen, welche sicherstellt, dass nach Ablauf des Vertrages und Wechsel des Konzessionsnehmers die Konzessionsabgaben solange von ENRW weitergezahlt werden, wie ENRW noch Eigentümer des Netzes ist und dieses betreibt. Die Regelung stellt eine vertragliche Regelung dar, die die gesetzliche Regelung gleichwertig ersetzt und bezüglich des Kommunalrabatts sogar über diese hinausgeht. Diese Regelung berücksichtigt die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und stellt sicher, dass die höchstzulässigen Konzessionsabgaben solange bezahlt werden, wie die öffentlichen Wege durch ENRW zum Netzbetrieb in Anspruch genommen werden.

§ 12 Abs. 1 regelt den Preisnachlass von 10 % auf die Netznutzungsentgelte für den in Niederspannung abgerechneten Eigenverbrauch der Gemeinde. Der Vertrag orientiert sich hier an § 3 Abs. 1 Nr. 1 der KAV. Diese gesetzliche Vorschrift lässt einen Preisnachlass von höchstens 10 % des Rechnungsbetrages zu. Konkretisiert wird weiterhin, was unter den Begriff der Gemeinde zu fassen ist, und es werden nicht im Wettbewerb stehende Unternehmen der Gemeinde miteinbezogen in den Kommunalrabatt. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde werden berücksichtigt.

§ 12 Abs. 3 stellt sicher, dass ENRW Verwaltungskostenbeiträge bezahlt, wenn auf ihr Verlangen hin Leistungen zu ihrem Vorteil durch die Gemeinde erbracht werden. Dabei handelt es sich um eine nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 KAV zulässige Regelung, welche die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde schützt.

Die Regelungen zur Konzessionsabgabe berücksichtigen im Rahmen des gesetzlich Zulässigen umfassend die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner.

d) Bau und Betrieb von Versorgungsanlagen

§ 6 enthält Regelungen über die Planung der Verteilungsanlagen, die Durchführung der erforderlichen Bauarbeiten sowie die jeweils erforderlichen Abstimmungen zwischen den Vertragspartnern.

§ 6 Abs. 1 berücksichtigt in angemessener Weise, dass die Gemeinde ihre spezifischen Belange berücksichtigt sehen kann.

Die Möglichkeit der Gemeinde zur Mitverlegung von Leerrohren ist, unter Berücksichtigung des Nebenleistungsverbotes gemäß § 3 Abs. 2 KAV, ebenfalls in angemessener Weise geregelt. Ebenso die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf Umweltschutzelange und die Information der Bürger über anstehende Baumaßnahmen. Damit ist die Aufgabenwahrnehmung durch die Gemeinde nicht gefährdet.

§ 6 Abs. 3 stellt ebenfalls sicher, dass die Gasversorgungsanlagen immer nach dem aktuellen Stand der Technik errichtet und betrieben werden.

§ 6 Abs. 4 regelt, dass ENRW die Gemeinde möglichst frühzeitig über Planungen zu informieren hat, damit die Gemeinde Stellung nehmen kann. Zudem sind Abstimmungsgespräche über Baumaßnahmen vorgesehen. Damit wird gewährleistet, dass die Gemeinde ihre Interessen im Rahmen der Baukoordination geltend machen kann. Die gemeindliche Planungshoheit wird abgesichert.

§ 6 Abs. 5 sieht Regelungen zur Zustimmung der Gemeinde bei Baumaßnahmen und zur Unterstützung bei der Erlangung von Genehmigungen vor. Diese Zustimmung ist von der Gemeinde grundsätzlich zu erteilen, bei kleineren Baumaßnahmen genügt eine Anzeige seitens der ENRW. Die Aufgabenwahrnehmung der Gemeinde ist dadurch abgesichert, dass die Gemeinde Baumaßnahmen die Zustimmung verweigern kann bzw. diesen widersprechen kann, wenn überwiegende öffentliche Interessen oder sonstige wesentliche Belange der Gemeinde der Baumaßnahme entgegenstehen. Damit werden die Interessen der Gemeinde gewahrt.

§ 6 Abs. 7 enthält Regelungen über Sicherungsmaßnahmen zugunsten gemeindlicher Anlagen sowie des öffentlichen Verkehrs, die allgemein üblich und notwendig sind.

In § 6 Abs. 8 wird geregelt, wie bei Bauarbeiten die Oberflächen wiederhergestellt werden. Der Gemeinde steht danach ein Wiederherstellungsanspruch unter Berücksichtigung der allgemein anerkannten Regeln der Technik oder alternativ ein Entschädigungsanspruch zu.

Für die Bauarbeiten bei der Wiederherstellung ist eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren vorgesehen, was den gesetzlichen Fristen entspricht.

§ 6 Abs. 11 sieht vor, dass ENRW ein digitales Bestandsplanwerk führt und die Gemeinde Kenntnis von den im Gemeindegebiet vorhandenen Verteilungsanlagen hat bzw. bekommt. Damit wird gewährleistet, dass die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben jederzeit über die im Gemeindegebiet verlegten Gasversorgungsanlagen informiert ist und diese bei ihren Planungen berücksichtigen kann.

§ 9 regelt die Beseitigung von stillgelegten Anlagen. Die Interessen der Gemeinde werden insoweit berücksichtigt, als diese die Entfernung dieser Anlagen verlangen kann, wenn die Gemeinde ein Interesse an der Beseitigung hat. Damit werden die Interessen der Gemeinde und ihre Aufgabenerfüllung gewahrt.

e) Änderung von Versorgungsanlagen

§ 7 Abs. 1 bestimmt, dass die Gemeinde eine Änderung der Verteilungsanlagen verlangen kann, sofern dies im Interesse der Gemeinde liegt. Durch diese Folgepflichtenregelung, welche in Konzessionsverträgen üblich ist, wird die gemeindliche Aufgabenerfüllung, insbesondere die gemeindliche Planungshoheit, abgesichert, indem gewährleistet wird, dass Gasversorgungsanlagen verlegt werden müssen, wenn städtische Interessen dies erfordern. In diesen Fällen besteht ein vertraglicher Anspruch zugunsten der Gemeinde, dass diese gegenüber der ENRW die Verlegung der Anlagen zur Ermöglichung der Durchführung von Maßnahmen, die im städtischen Interesse liegen, verlangen kann. Solche Maßnahmen sollen nicht dadurch erschwert werden, dass Gasverteilungsanlagen der ENRW im betreffenden Bereich vorhanden sind. Die Gemeinde kann auf Grundlage der vertraglichen Regelung die Umlegung entsprechend vorhandener Versorgungsanlagen verlangen, um die Durchführung der gemeindlichen Maßnahme zu ermöglichen oder zu vereinfachen. ENRW wird dabei die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt.

§ 7 Abs. 1 enthält weiterhin Folgekostenregelungen, die bestimmen, wer die Kosten einer Verlegung von Versorgungsanlagen aufgrund der Folgepflicht zu tragen hat. Die Regelung sieht vor, dass die Verlegungskosten von der ENRW getragen werden. Die Gemeinde ist an den Verlegungskosten damit nicht beteiligt. Ihre wirtschaftlichen Interessen sind gewahrt. Die Regelungen des § 7 berücksichtigen die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und gewährleisten, dass die gemeindliche Aufgabenerfüllung nicht durch Kostenrisiken gefährdet wird.

f) Haftung

Gemäß § 8 richtet sich die Haftung nach den gesetzlichen Bestimmungen. Die Formulierung stellt klar, dass es sich dabei um die Haftung für Schäden handelt, die bei der Errichtung, Änderung, Entfernung oder dem Betrieb der Gasversorgungsanlagen entstehen. Es ist für die Verschuldenshaftung eine Beweislastumkehr zulasten der ENRW sowie eine Freistellungsverpflichtung derselben in Bezug auf Ansprüche Dritter zugunsten der Gemeinde enthalten. Hinsichtlich einer möglichen Haftung der

Gemeinde wegen einer Beschädigung der Gasversorgungsanlagen der ENRW wird klargestellt, dass eine solche nur dann eintritt, wenn der Gemeinde Verschulden nachgewiesen wird. Die Regelungen berücksichtigen die gemeindlichen Interessen und lassen keine Gefährdung der gemeindlichen Aufgaben erkennen. Es handelt sich im Übrigen um übliche Regelungen in Konzessionsverträgen.

g) Vertragsdauer, Kündigungsrechte, Auskunftsrechte

Die Laufzeit des Konzessionsvertrags nach § 18 Abs. 1 bewegt sich in der nach § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG festgelegten Höchstlaufzeit von 20 Jahren.

In § 18 Abs. 2 ist ein Sonderkündigungsrecht vorgesehen, wenn die Anteile an der ENRW nicht mehr mehrheitlich in kommunaler Hand sind. Dieses Sonderkündigungsrecht schützt die Gemeinde davor, dass ihre Entscheidung für den Vertragspartner unterlaufen wird, in dem der Vertragspartner unter den mehrheitlichen Einfluss nicht kommunaler Gesellschafter gerät. Die Regelungen sind insoweit günstig für die Gemeinde und berücksichtigen die kommunalen Interessen.

In § 17 Abs. 1 sind Auskunftspflichten hinsichtlich des Bestandes der Gasverteilungsanlagen vor Ende der Vertragslaufzeit geregelt. Der Gemeinde wird ermöglicht, drei Jahre und damit rechtzeitig vor Ende des Vertrages einen Wettbewerb um das Netz auf Grundlage einer fairen Datenbasis zu veranstalten oder je nach Gesetzeslage ihrer Aufgabe zur Daseinsvorsorge gerecht zu werden. Die Regelungen berücksichtigen die gemeindlichen Interessen umfassend und sichern die gemeindliche Aufgabenerfüllung.

h) Übernahme der Verteilungsanlagen durch die Gemeinde

In § 15 finden sich Regelungen, die bei Beendigung des Vertrages greifen. Unter anderem haben sie die Übertragung des Netzes auf die Gemeinde zum Gegenstand. Da die Gemeinde, sofern sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe der Daseinsvorsorge das

Netz übernimmt, zur Entrichtung eines Kaufpreises verpflichtet ist, ist § 15 über die Höhe des Kaufpreises für die Gemeinde von Bedeutung.

§ 13 Abs. 1 regelt zunächst das Übernahmerecht, d.h. einen Anspruch der Gemeinde auf Übereignung der örtlichen Gasversorgungsanlagen nach Vertragsende an sich oder an einen von der Gemeinde ausgewählten Dritten. Damit wird der Gemeinde ein Gestaltungsspielraum eröffnet, der es ihr vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen erlaubt, gegebenenfalls die für die Sicherstellung der Energieversorgung als Teil der Daseinsvorsorge beste Lösung zu wählen. Die gemeindliche Aufgabenerfüllung ist damit gewährleistet.

§ 13 Abs. 1 regelt ebenfalls den Umfang der Übertragungspflichten seitens ENRW. Es sind alle Anlagen umfasst, die für den Betrieb des Netzes der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendig sind. Damit wird sichergestellt, dass diejenigen Versorgungsanlagen übereignet werden, die notwendig sind, um nach Übernahme eine Versorgung der Gemeindegewohner sicherzustellen.

§ 16 sieht für den Fall einer Übernahme des Netzes vor, dass die Netzentflechtungskosten von der ENRW getragen werden. Es handelt sich um eine übliche Regelung in Konzessionsverträgen. Die Interessen der Gemeinde sind gewahrt.

§ 15 enthält Regelungen zur Höhe des Kaufpreises. Als Kaufpreis ist der objektivierte Ertragswert unter Berücksichtigung der Regulierungsbesonderheiten vereinbart, so dass der Kaufpreis über die Netzentgelte refinanzierbar sein dürfte, was der Gemeinde ein Kaufpreisrisiko nimmt. Damit ist sichergestellt, dass die Gemeinde nicht mehr bezahlen muss, als mit dem Netz refinanziert werden kann. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde sind damit berücksichtigt.

Insgesamt wahren die Regelungen in §§ 13, 15 und 16 die Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner und lassen eine Gefährdung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung nicht befürchten.

i) Allgemeine Regelungen

In § 19 ff. sind übliche Schlussbestimmungen eines Vertrages enthalten.

2. Gesamtbetrachtung

Neben der Einzelbetrachtung der Regelungen ist in der Gesamtbetrachtung aller Regelungen des Konzessionsvertrages zu beurteilen, ob der Vertrag den Voraussetzungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO entspricht. Dabei ist zu beachten, dass die in § 107 GemO genannten Gemeinde- und Einwohnerinteressen nicht in jeder Einzelregelung des Vertrages im gleichen Umfang berücksichtigt sein müssen und dass eine vertragliche Vereinbarung nur dann zustande kommen kann, wenn auch die unter Umständen gegenläufigen Interessen des Vertragspartners, hier der ENRW, ausreichend Berücksichtigung finden.

Auch bei einer solchen Gesamtbetrachtung des vorliegenden Konzessionsvertrages kommt man zur Einschätzung, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Gemeinde, der ENRW und auch der Einwohner vorliegt. Die Regelungen des Konzessionsvertrages gehen teilweise zugunsten der Gemeinde sogar über das hinaus, was in den sogenannten Musterkonzessionsverträgen zwischen den Energieversorgungsunternehmen und den kommunalen Spitzenverbänden verhandelt wurde. Gemessen an den gesetzlichen Rahmenbedingungen und an sonst gebräuchlichen Konzessionsverträgen kommen die Regelungen des Vertrags der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung und den Wirtschaftsinteressen der Gemeinde sowie ihrer Einwohner entgegen.

C. Gesamtergebnis

Der Konzessionsvertrag enthält im Einzelnen wie auch in der Gesamtbetrachtung ausgewogene Regelungen, welche der Durchführung des Gasnetzbetriebes durch die ENRW und der damit verbundenen Einräumung der Wegenutzungsrechte Rechnung tragen. Die möglichen vertraglichen Vorkehrungen für die ungefährdete Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben und die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner sind, soweit ersichtlich, im Konzessionsvertrag getroffen.

Im Ergebnis lässt sich daher feststellen, dass der vorliegende Gaskonzessionsvertrag zwischen der ENRW und der Stadt Rottweil den Anforderungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO genügt.

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt

Anlagen:
- Gaskonzessionsvertrag.

