

**Gutachtliche Stellungnahme gemäß § 107 GemO
zum Wärmegestattungsvertrag
der Stadt Offenburg**

abgegeben im Auftrag der

Stadt Offenburg

von

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

5. Juli 2022

FREIBURG

Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Prof. Dr. Dominik Kupfer

Dr. Holger Weiß, LL. M.

Prof. Dr. Alexander Wichmann

Dr. Björn Reith

Klaus Berger, LL. M.

Jens Baltschukat, LL. M.

Johannes Kupfer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Till Götz Karrer

Dr. Christoph Mayer, LL. M.

Ada Haas

Joel Stumpp

Kaiser-Joseph-Straße 247
D-79098 Freiburg
Telefon: (07 61) 21 11 49 - 0
Telefax: (07 61) 21 11 49 - 45
freiburg@w2k.de

STUTTGART

Alfred Bauer

Bastian Reuße, LL. M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Charlottenstraße 21b

D-70182 Stuttgart

Telefon: (07 11) 24 85 46 - 0

Telefax: (07 11) 24 85 46 - 19

stuttgart@w2k.de

www.w2k.de

Inhaltsübersicht

A. Aufgabenstellung und Vorgehensweise	3
B. Maßstab	3
I. Keine Gefährdung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben	4
II. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde	5
III. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Einwohner	5
C. Bewertung	6
I. Verfahrensrechtliche Anforderungen	6
II. Vertragliche Regelungen im Einzelnen	6
0. Zur „Präambel“	6
1. Zu „§ 1 Grundstücksbenutzung“	7
2. Zu „§ 2 Bau und Betrieb von Leitungen und Anlagen“	8
3. Zu „§ 3 Änderung der Verteilungsanlagen“	10
4. Zu „§ 4 Wegenutzungsentgelt“	11
5. Zu „§ 5 Vertragsdauer“	12
6. Zu „§ 6 Haftung“	12
7. Zu „§ 7 Entfernung stillgelegter Leitungen und Anlagen“	13
8. Zu „§ 8 Allgemeine Regelungen“	13
D. Ergebnis	14

A. Aufgabenstellung und Vorgehensweise

Die Große Kreisstadt Offenburg (nachfolgend: „Stadt“) beabsichtigt, einen Fernwärmegestat-
tungsvertrag für ihr Stadtgebiet mit der Wärmeversorgung Offenburg GmbH & Co. KG (nach-
folgend: „WVO“) abzuschließen.

Nach § 107 Abs. 1 S. 1 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO) darf die 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 die Erfüllung der Aufgaben der
Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde
und ihrer Einwohner gewahrt sind. Dazu soll dem Gemeinderat gemäß § 107 Abs. 1 S. 2 GemO
vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt wer-
den. Nach einem Erlass des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 25.04.1996 fallen auch Ge-
stattungsverträge für Fernwärmeversorgungseinrichtungen unter diese Vorschrift.¹

Die Große Kreisstadt Offenburg hat W2K mit der Erstellung dieses Gutachtens beauftragt.

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

B. Maßstab

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

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

I. Keine Gefährdung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben

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

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

Die Stadt Offenburg hat sich entschieden, nicht selbst im Bereich der Wärmeversorgung für ihr Stadtgebiet aktiv zu werden. Ein satzungsrechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang besteht nicht und soll auch nicht eingeführt werden. In dieser Konstellation hat die Stadt selbst keine Gewährleistungsverantwortung für die Wärmeversorgung. Die Verantwortung liegt allein bei der WVO. Es bedarf folglich keines Konzessionsvertrags, der die WVO zur Wärmeversorgung verpflichtet, sondern es genügt ein einfacher Gestattungsvertrag, der der WVO durch die Einräumung von Wegenermächtigungen die Wärmeversorgung ermöglicht.

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

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

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

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

II. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde

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

Ferner hat die Gemeinde ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse daran, dass der Wegenutzungsvertrag auch im Übrigen kommunalfreundlich ausgestaltet ist. Das betrifft z. B. die Abstimmung von Baumaßnahmen, die Folgepflichten (zur Verlegung von Leitungen wenn dies im öffentlichen Interesse der Stadt notwendig ist) sowie die Regelung zur Tragung der hierbei anfallenden Kosten (Folgekostenregelung).

III. Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Einwohner

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

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

C. Bewertung

I. Verfahrensrechtliche Anforderungen

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

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

II. Vertragliche Regelungen im Einzelnen

Der ausverhandelte Wärmegestatungsvertrag (Entwurf vom 19.05.2022 als **Anlage**) ist im Einzelnen wie folgt zu bewerten:

0. Zur „Präambel“

Die Präambel benennt den Hauptgegenstand des Vertrages, nämlich die Benutzung der öffentlichen Verkehrswege im Gebiet der Stadt Offenburg für den Bau und Betrieb von Wärmeleitungen. Dabei wird klargestellt, dass die Fernwärmeversorgung durch die WVO als private Einrichtung betrieben werden soll, keine Versorgungspflicht begründet wird, kein Anschluss- und Benutzungszwang vorgesehen ist und die Einwohner grundsätzlich frei in der Entscheidung über ihre Wärmeversorgung sind. Dabei soll die WVO die Interessen der Stadt Offenburg als Eigentümerin der benutzten Grundstücke, als Trägerin der Straßenbaulast und als Infrastruk-

turträgerin sowie die Interessen der anderen Nutzer des öffentlichen Verkehrsraums berücksichtigen. Ferner wird die gemeinsame Überzeugung niedergelegt, dass die Wärmeversorgung einen wichtigen ökologischen Beitrag, insbesondere zur Erreichung der Klimaziele der Stadt, leisten kann. Schließlich sind eine vertrauensvolle Zusammenarbeit und die gegenseitige Rücksichtnahme angesprochen.

1. Zu „§ 1 Grundstücksbenutzung“

Absatz 1

Abs. 1 regelt die Hauptpflicht der Stadt – mithin die Einräumung von Wegenutzungsrechten. Die Stadt gewährt der WVO das Recht, alle im Stadtgebiet gelegenen öffentlichen Straßen, Wege und Plätze, über die ihr das Verfügungsrecht zusteht, für die Errichtung und den Betrieb von Fernwärme-Versorgungsanlagen zu benutzen. Damit wird der WVO ein qualifiziertes – weil nicht leitungs-, sondern gebietsbezogenes – Wegenutzungsrecht eingeräumt. Zudem enthält Abs. 1 die Regelung, dass die Benutzung fiskalischer Grundstücke der Stadt sowie deren Bauwerke auf der Grundlage gesondert abzuschließender Vereinbarungen erfolgt. Damit wird klargestellt, dass sich das mit dem Vertrag eingeräumte Wegerecht nur auf die öffentlichen Verkehrsflächen, nicht aber auf sonstige Grundstücke oder Bauwerke der Stadt bezieht.

Absatz 2

Abs. 2 sieht für die etwaig erforderliche Inanspruchnahme (sonstiger) stadteigener Grundstücksflächen für die Errichtung von Versorgungsanlagen sowie Gebäuden vor, dass die Stadt diese entweder zu ortsüblichen Preisen an die WVO veräußert oder der WVO aufgrund eines dinglichen Rechts gegen angemessene Entschädigung zur Nutzung überlässt. Die hierbei anfallenden Kosten, z. B. für die notarielle Beurkundung, hat die WVO zu tragen.

Absatz 3

Abs. 3 sichert das Wegenutzungsrecht der WVO für den Fall ab, dass die Stadt Grundstücke veräußert, in denen Leitungen oder Anlagen der WVO verlegt sind. Die Sicherung erfolgt durch Eintragung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gegen Entschädigung und Erstattung der zur Rechtsbegründung anfallenden Kosten durch WVO. Eine Ausnahme hiervon ist für den Fall vorgesehen, dass die Veräußerung der Umsetzung einer im öffentlichen Interesse liegenden Maßnahme dient. Für diesen Fall kann die Stadt von der WVO gegen Erstattung der hierfür anfallenden Selbstkosten die Verlegung der Leitung verlangen.

2. Zu „§ 2 Bau und Betrieb von Leitungen und Anlagen“

Absatz 1

Nach Abs. 1 errichtet die WVO die Leitungen und sonstigen Anlagen nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik. Dies soll gewährleisten, dass die in den öffentlichen Wegen der Stadt verlegten Versorgungsleitungen den technischen Regelwerken entsprechen. Die Regelung stellt klar, dass damit jedoch keine Versorgungspflicht der WVO begründet wird.

Absatz 2

Abs. 2 regelt die Pflicht der WVO, der Stadt ihre Baumaßnahmen an den Verteilungsanlagen rechtzeitig bekanntzugeben. Im Sinne einer effizienten Koordinierung von Baumaßnahmen wird die Stadt die WVO ebenso rechtzeitig über die Planung und Durchführung von Baumaßnahmen informieren, die Einfluss auf vorhandene Verteilungsanlagen der WVO oder deren Planung haben können. Bei Maßnahmen zur Schades- oder Störungsbehebung ist die Unterrichtung jeweils so rasch wie möglich nachzuholen.

Absatz 3

Für die Errichtung neuer und die Erweiterung oder Änderung bestehender Anlagen in den städtischen (Wege-)Grundstücken hat die WVO nach Abs. 3 die Zustimmung der Stadt einzuholen. Die Stadt kann ihre Zustimmung nur bei entgegenstehenden öffentlichen Interessen oder sonstigen wesentlichen Belangen versagen. Bei Maßnahmen geringen Umfangs genügt ein rechtzeitige Aufgrabungsantrag der WVO.

Absatz 4

Abs. 4 enthält eine Regelung zur Unterstützung der WVO durch die Stadt bei der Trassenfindung und der Erlangung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen sowie beim Grundstückserwerb. Jedoch erwachsen der Stadt aus dieser Absichtserklärung keine rechtlichen oder finanziellen Verpflichtungen.

Absatz 5

Nach Abs. 5 liegt die Letztentscheidungsbefugnis für die Lage der Leitungen und Anlagen im Straßenraum bei der Stadt. Damit wird ihrer Funktion als Straßenbaulastträger und Straßeneigentümer, der den verschiedenen Anforderungen an den öffentlichen Straßenraum gerecht werden muss, Rechnung getragen.

Absatz 6

Abs. 6 verpflichtet die WVO zur rechtzeitigen Information der Anlieger sowie zur Rücksichtnahme auf den Anliegerverkehr. Ferner ist hier ein Freistellungsanspruch der Stadt für den Fall der Inanspruchnahme durch Dritte geregelt.

Absatz 7

Nach Abs. 7 sind Bauarbeiten von der WVO so durchzuführen, dass die Sicherheit und die Leichtigkeit des Verkehrs in möglichst geringem Umfang beeinträchtigt werden. Die Regelung stellt auch klar, dass die jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen von der WVO zu beachten sind.

Absatz 8

Nach Abs. 8 ist die WVO verpflichtet, sich vor Baubeginn über etwaige Versorgungsleitungen im Bereich der vorgesehenen Baumaßnahmen zu erkundigen. Zudem enthält die Bestimmung wechselseitige Pflichten zur Abstimmung von Baumaßnahmen sowie zur Rücksichtnahme auf die Leitungen und Anlagen des jeweils anderen Vertragspartners und etwaiger Dritter.

Absatz 9

Abs. 9 regelt die Wiederherstellungsverpflichtung der WVO für die durch Baumaßnahmen in Anspruch genommenen Grundstücke sowie die Gewährleistung für die Baumaßnahmen. Die Wiederherstellungsverpflichtung sieht die Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik vor – anstelle der Wiederherstellung ist auf Wunsch der Stadt auch eine Entschädigung möglich. Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche der Stadt beträgt fünf Jahre. Sie orientiert sich damit am BGB-Werkvertragsrecht, was angesichts der Nähe der Wiederherstellungsverpflichtung der WVO zum Werkvertrag sachgerecht erscheint.

Absatz 10

Abs. 10 sieht die Dokumentation des Leitungsbestands der WVO vor. Diese erfolgt über ein Bestandsplanwerk. Die Stadt erhält jährlich eine aktualisierte Übersicht über die im Stadtgebiet vorhandenen Verteilungsanlagen. Daneben besteht die Möglichkeit einer Leitungsauskunft (auf Anfrage). Die Pflicht der Stadt, vor der Ausführung von Bauarbeiten die genaue Lage von Verteilungsanlagen der WVO zu erheben, bleibt unberührt.

Absatz 11

Abs. 11 regelt die anteilige Kostentragung gemeinschaftlich durchgeführter Baumaßnahmen. Maßgeblich für die Kostenaufteilung ist der Bauumfang des jeweiligen Kostenträgers.

3. Zu „§ 3 Änderung der Verteilungsanlagen“

Absatz 1

Abs. 1 enthält das Recht der Stadt, von der WVO eine Änderung der Verteilungsanlagen zu verlangen, wenn dies im öffentlichen Interesse der Stadt notwendig ist. Dabei gibt die Stadt der WVO Gelegenheit zur Stellungnahme.

Absatz 2

Die Kostenverteilung für Änderungen der Verteilungsanlagen auf Verlangen der Stadt ist in Abs. 2 geregelt. Sie richtet sich nach dem Alter der Anlagen. Sind diese nicht älter als fünf Jahre, beteiligt sich die Stadt mit 75 %, zwischen fünf und zehn Jahren mit 50 % und zwischen zehn und 15 Jahren mit 25 %. Ab einem Leitungsalter von 15 Jahren trägt die WVO die Kosten allein.

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

Im Unterschied zu den regulierten Sparten des Strom- und Gasnetzbetriebs ist bei der Fernwärme keine (ggf. überregionale) Umlage von Kosten für Leitungsbaumaßnahmen auf sämtliche Kunden des Verteilnetzbetreibers vorgesehen. Daher muss die WVO die von ihr zu tragenden Folgekosten – sofern möglich – in die Wärmepreise einkalkulieren und damit letztlich die Wärmekunden vor Ort belasten. Mit der nach Leitungsalter gestuften Kostenbeteiligung der Stadt trifft die Regelung einen sachgerechten Ausgleich zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Stadt und den wirtschaftlichen Interessen der (betroffenen) Einwohner.

Absatz 3

Abs. 3 sieht vor, dass Zuschüsse Dritter oder Ersatzansprüche gegen Dritte zur Minderung der Änderungskosten heranzuziehen sind. Die gesetzlichen Kostenerstattungsregelungen des § 150 BauGB und § 1023 BGB bleiben unberührt.

Absatz 4

Abs. 4 erstreckt die Folgekostenregelung des Abs. 2 auf Fälle, in denen nicht dinglich gesicherte Leitungen auf Grundstücken Dritter infolge planerischer Maßnahmen der Stadt verlegt werden müssen.

4. Zu „§ 4 Wegenutzungsentgelt“

Absatz 1

Diese Bestimmung regelt das von der WVO an die Stadt für die Einräumung des Wegenutzungsrechts zu zahlende Entgelt (= Gestattungsentgelt). Die Parteien haben sich im Verhandlungswege auf ein Entgelt in Höhe von 0,031 Cent je Kilowattstunde (kWh) der unter Nutzung öffentlicher Verkehrswege im Stadtgebiet an Letztverbraucher gelieferten Wärme geeinigt.

Im Gegensatz zu den gesetzlich geregelten Wegenutzungsrechten für Strom- und Gasversorgungsnetze gibt es für die Einräumung entsprechender Rechte für den Bau und Betrieb von Fernwärmeversorgungsanlagen keine Bestimmungen zur Höhe der Gestattungsentgelte bzw. Konzessionsabgabe. Das Entgelt kann im Wege der Vertragsfreiheit festgelegt werden.⁴ Die vertraglich vorgesehene Höhe des Entgelts ist das Ergebnis der Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien.

Der vereinbarte Satz von 0,031 Cent/kWh liegt im unteren Bereich der in der Praxis in Abhängigkeit von der gelieferten Wärmemenge vereinbarten Entgelte.⁵ Dieser Satz ist für die Inanspruchnahme der städtischen Grundstücke angemessen und trägt gleichzeitig dazu bei, dass die nachhaltige Fernwärmeversorgung gegenüber anderen Formen der Wärmeversorgung wettbewerbsfähig bleibt.

⁴ Vgl. Anmerkungen und Erläuterungen zum Gestattungsvertragsmuster des DStGB, S. 2, zu § 3.

⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB - August 2012, S. 72.

Der vereinbarte Satz hält sich auch innerhalb der vom Bundesfinanzministerium für Fernwärmelieferungen angesetzten Grenzen des § 2 Abs. 1, Abs. 2 der KAEAnO (Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände vom 4. März 1941).⁶

Absatz 2

Abs. 2 sieht die Abrechnung des Wegenutzungsentgelts zum 31. Juli des Folgejahres vor, wobei die zugrunde gelegten Daten und deren Ermittlung von der WVO nachvollziehbar darzulegen sind.

Absatz 3

Abs. 3 enthält für den Fall einer etwaigen Umsatzsteuerpflicht ausdrücklich die Regelung, dass es sich hierbei um das Nettoentgelt handelt, mithin also bei Umsatzsteuerpflichtigkeit des Entgelts diese zusätzlich von WVO an die Stadt zu entrichten ist.

5. Zu „§ 5 Vertragsdauer“

Absatz 1

Abs. 1 bestimmt die Vertragslaufzeit. Der Vertrag soll am 01.01.2023 wirksam werden und mit Ablauf des 31.12.2042 enden. Er läuft damit für 20 Jahre. Diese Laufzeit orientiert sich an der für Strom- und Gaskonzessionsverträge in § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG vorgeschriebenen Höchstlaufzeit.

Absatz 2

Abs. 2 sieht drei Jahre vor Vertragsende das Recht beider Parteien zur Aufnahme von Verhandlungen über etwaige Neuregelungen vor.

6. Zu „§ 6 Haftung“

Die Haftung der Vertragspartner richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen, wobei für WVO das Verschulden vermutet wird und ein etwaiges Verschulden der Stadt nachzuweisen

⁶ Vgl. Erlass des BMF vom 09.02.1988 – IV B 7 – S 2744 – 2.98.

ist. Die Regelung entspricht der Haftungsregelung des Musterkonzessionsvertrages Baden-Württemberg für Strom und Gas.⁷

7. Zu „§ 7 Entfernung stillgelegter Leitungen und Anlagen“

Absatz 1

Abs. 1 enthält die Verpflichtung der WVO, die Stadt innerhalb eines Monats über die dauerhafte Stilllegung von Leitungen zu informieren.

Absatz 2

Nach Abs. 2 kann die Stadt ein Kauf- oder Pachtangebot für solche Leitungen – an sich oder einen Dritten – verlangen. Damit kann die Stadt – sollte sie das Kaufangebot der WVO annehmen – solche Leitungen einer etwaig sinnvollen Nachnutzung zuführen.

Absatz 3

Kommt ein Kauf oder eine Anpachtung nach Abs. 3 nicht zustande, hat WVO die Anlagen dann auf eigene Kosten zu beseitigen, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Für das öffentliche Interesse sind beispielhaft die Erschwerung oder Behinderung von Maßnahmen der Stadt durch das Bestehen von Umweltrisiken oder die Raumknappheit im Straßenuntergrund genannt.

8. Zu „§ 8 Allgemeine Regelungen“

Absatz 1

Nach Abs. 1 ist stets die Zustimmung der Stadt erforderlich, wenn die WVO Rechte und Pflichten des Vertrages auf einen Dritten übertragen möchte.

Absatz 2

Abs. 2 sieht vor, dass WVO der Stadt im Rahmen des rechtlich Zulässigen gleichwertige Leistungen für die Einräumung des Wegerechts zukommen lässt, soweit die Erbringung der in diesem Vertrag hierfür vereinbarten Gegenleistungen durch Gesetz oder Verwaltungsmaßnahmen unmöglich wird.

⁷ Vgl. dazu BWGZ 2006, S. 11 f., 206 ff. sowie BWGZ 2012, S. 710 ff.

Absatz 3

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

Absatz 4

Als Gerichtsstand wird einheitlich Offenburg vereinbart.

Absatz 5

Abs. 5 enthält eine Schriftformklausel für alle Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages.

D. Ergebnis

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

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

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



Klaus Berger, LL.M.
Rechtsanwalt

Anlage: Wärmegestattungsvertrag