

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

im

Gaskonzessionsvertrag

der

Gemeinde Denkingen

mit der

Energieversorgung Rottweil GmbH & Co. KG

Rechtsgutachten

durch

Rechtsanwalt Dieter Gersemann
Freiburg i.Br.

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 Konzessionsvertrags

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
- 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 von der Energieversorgung Rottweil GmbH & Co. KG (im Folgenden: ENRW) im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens der Gemeinde Denkingen (im Folgenden: Gemeinde) angebotene Gaskonzessionsvertrag.

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 von ENRW angebotenen 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. § 3 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 Grundgesetz, 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); Albrecht in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9, Rn. 65.

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 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.⁴

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.⁵

2. Berechtigte wirtschaftliche Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner

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

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

⁴ vgl. zur Parallelregelung in Sachsen: Schlegel in: PdK Sachsen, Sa B-1, SächsGemO § 101, 2.1.

⁵ Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, § 107, Rn. 32.

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 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.⁶

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.⁷ Mit der Höhe

⁶ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321; vgl. für die Parallelregelung in Sachsen: Schlegel in: PdK Sachsen, Sa B-1, SächsGemO § 101, 2.2.

⁷ Pippe/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.

der Konzessionsabgabe bewertet die Gemeinde die Gegenleistung für die Einräumung des Wegerechts, § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG.⁸

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.⁹

Das wirtschaftliche Interesse von Gemeinden an der Erzielung darüber hinaus gehender 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.¹⁰ 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.¹¹

Weitere typische Vertragsinhalte, die die finanziellen Interessen der Gemeinde unmittelbar berühren, betreffen die sogenannten Folgekosten.¹² 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.

⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12 Rn. 76.

⁹ 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,

¹⁰ Vgl. Theobald/Theobald, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2008, S. 399.

¹¹ 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. 77.

Weiter sind finanzielle Interessen vor allem auch in den sogenannten Endschaftsbestimmungen zu beachten.¹³ Diese Bestimmungen ermöglichen der Gemeinde regelmäßig, die örtlichen Verteilungsanlagen bei Ablauf des Konzessionsvertrages 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 vertraglich eine preisgünstige und sichere Energieversorgung der Gemeindebevölkerung sicherstellen muss.¹⁴

Mit der preisgünstigen Versorgung sind insbesondere die nicht rabattierten Netzentgelte gemeint.¹⁵ Die Netzentgelte werden durch die Regulierungsbehörde reguliert, sodass insoweit eine behördliche Kontrolle schon vorliegt.

¹³ Cronauge/Westermann, Kommunale Unternehmen, 5. Aufl. 2006, Rn. 321; BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 78.

¹⁴ vgl. für die Parallelregelung in Sachsen: Schlegel in: PdK Sachsen, Sa B-1, SächsGemO § 101, 2.2.

¹⁵ BGH, Urteil vom 17.12.2013, KZR 66/12, Rn. 87.

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.

a) Art und Umfang des Betriebs des Energieversorgungsnetzes

Ein zentraler, das Energieversorgungsunternehmen verpflichtender Vertragsgegenstand wird schon in der Vorbemerkung skizziert, d.h. das Ziel der Gewährleistung einer sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Einwohner und Gewerbetreibenden 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 Vorgaben des EnWG 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, alle Letztverbraucher bedarfsgerecht an das Netz anzuschließen und die Netznutzung zur Entnahme von Energie zu gestatten (§ 18 Abs. 1 S. 1 EnWG). Diese

grundlegende Verpflichtung wird vertraglich im Konzessionsvertrag nochmals bestätigt.

Schließlich wird im Konzessionsvertrag festgeschrieben, dass die ENRW, die Herstellungs-, Erhaltungs-, Erneuerungs- und Ausbaupflichten bezüglich der örtlichen Gasversorgungsanlagen übernimmt, soweit dies zur Sicherstellung einer langfristig sicheren öffentlichen Versorgung im Konzessionsgebiet mit Gas erforderlich ist.

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). 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 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 regelt Situationen, in denen ENRW sonstige Bauwerke oder Grundstücke der Gemeinde zum Netzbetrieb nutzen möchte. Insoweit wird auf eine gesondert zu treffende Vereinbarung verwiesen. 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 vereinbaren, da für die Nutzung von fiskalischen Grundstücken keine Konzessionsabgaben gezahlt werden. Die Einzelheiten müssen in einer gesonderten Vereinbarung geregelt werden. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde sind durch diese Regelungen gewahrt, die gemeindliche Aufgabenwahrnehmung wird nicht beeinträchtigt.

§ 5 Abs. 5 ermöglicht die dinglich gesicherte Nutzung von gemeindeeigenen Grundstücksflächen durch ENRW für Zwecke des Netzbetriebs. Dadurch, dass die Kosten von ENRW übernommen werden, sind die Interessen der Gemeinde gewahrt.

Im Übrigen handelt es sich in § 5 um übliche weitere Regelungen für die Ausgestaltung von Wegenutzungsrechten.

Die Regelungen in § 5 sind insgesamt in Konzessionsverträgen branchenübliche Regelungen, die sehr kommunalfreundlich ausgestaltet sind. Die Interessen der Gemeinde sind gewahrt, eine Beeinträchtigung ihrer Aufgabenerfüllung nicht zu besorgen.

c) Konzessionsabgabe, Kommunalrabatt

§ 10 enthält Regelungen über die Konzessionsabgaben, welche die ENRW als Gegenleistung für die ihr eingeräumten Wegenutzungsrechte 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.

§ 10 Abs. 3 regelt die Höhe der zu bezahlenden Konzessionsabgaben und sieht die jeweils höchstzulässigen Konzessionsabgaben als Entgelt vor.

Für den Fall einer künftigen Steuerpflichtigkeit wird in § 10 Abs. 4 geregelt, dass die ENRW auch die Umsatzsteuer übernimmt. Dies sichert zugunsten der Gemeinde die Steuerneutralität der Konzessionsabgaben. 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 i.V.m. der KAV wird vollständig ausgeschöpft. Die Gemeinde erhält diejenigen Beträge, die der Gesetzgeber jeweils maximal zulässt.

Zudem sichert die Regelung in § 10 Abs. 2 die Konzessionsabgabenzahlung auch in Durchleitungsfällen und entspricht der Regelung in § 2 Abs. 6 KAV. Ebenso wird 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. Dabei handelt es sich um übliche Regelungen.

§ 11 Abs. 2 regelt die Zahlung von Abschlagszahlungen. Da nach § 5 Abs. 2 KAV lediglich keine Vorauszahlungen auf die Konzessionsabgabe geleistet werden dürfen, kann gegen die nachträgliche quartalsweise Zahlung nichts eingewandt werden. Der Gemeinde wird ein laufender Mittelzufluss ermöglicht, ihre wirtschaftlichen Interessen sind berücksichtigt. § 11 Abs. 1 stellt zudem die Nachprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Berechnung der Konzessionsabgabe sicher. Dies wird durch einen Anspruch zugunsten der Gemeinde auf die Vorlage eines Wirtschaftsprüferfestats abgesichert. Damit kann die Gemeinde nachprüfen, ob die Abrechnung ordnungsgemäß erfolgt ist.

§ 12 Abs. 1 regelt den Kommunalrabatt von 10 % auf die Netznutzungsentgelte für den in Niederdruck 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 Unternehmen der Gemeinde miteinbezogen in den Kommunalrabatt. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde werden berücksichtigt.

§ 12 Abs. 3 ermöglicht in Übereinstimmung mit § 3 Abs. 1 Nr. 3 KAV die Zahlung von Verwaltungskostenbeiträgen.

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 Errichtungs- und Betriebspflichten.

§ 6 stellt insgesamt sicher, dass das Gasversorgungsnetz gemäß den Vorgaben des § 11 EnWG betrieben, gewartet und bedarfsgerecht optimiert, verstärkt und ausgebaut wird.

§ 6 Abs. 4 sieht umfassende Informationen über und Koordination von Baumaßnahmen der ENRW vor. Baumaßnahmen bedürfen danach grundsätzlich der vorherigen Zustimmung der Gemeinde. Die frühzeitige Anzeige von Baumaßnahmen gegenüber der Gemeinde wird vertraglich verankert. Damit wird gewährleistet, dass die Gemeinde ihre Interessen im Rahmen der Baukoordination geltend machen kann. Die gemeindliche Planungshoheit wird abgesichert. Umgekehrt besteht ein Informationsanspruch der ENRW über bevorstehende Baumaßnahmen der Gemeinde, die Einfluss auf vorhandene Verteilungsanlagen oder deren Planung haben können. Das ist sachgerecht und ermöglicht eine Baukoordination im beiderseitigen Interesse. Die Regelungen sind dabei so ausgestaltet, dass eine Beeinträchtigung der gemeindlichen Planungshoheit nicht eintritt. Es sind lediglich Informationspflichten der Gemeinde zugunsten der ENRW vorgesehen, nicht jedoch die verbindliche Berücksichtigung von Belangen der ENRW. Die gemeindliche Aufgabenerfüllung ist nicht eingeschränkt, die Interessen der Gemeinde sind umfassend gewahrt

§ 6 Abs. 6 sieht eine Unterstützungspflicht der Gemeinde gegenüber der ENRW bei der Findung von Trassen, bei der Erlangung von Genehmigungen und beim Erwerb von Grundstücken oder Rechten an Grundstücken vor. Das ist sachgerecht und ermöglicht der Gemeinde, die Energieversorgung im Gemeindegebiet zu unterstützen. Die gemeindliche Aufgabenerfüllung ist durch diese Unterstützungspflicht nicht gefährdet.

§ 6 Abs. 7 regeln Pflichten der ENRW zur Sicherung des Straßenverkehrs.

In § 6 Abs. 8 wird umfassend geregelt, wie bei Bauarbeiten die Oberflächen wiederhergestellt werden. Der Gemeinde steht danach ein Wiederherstellungsanspruch

oder alternativ ein Entschädigungsanspruch zu. Außerdem Mängelbeseitigungspflichten der ENRW vorgesehenen. Die Interessen der Gemeinde sind mit den Regelungen zur Oberflächenwiederherstellung umfassend gewahrt.

§ 6 Abs. 8 sieht für die Bauarbeiten bei der Wiederherstellung eine Gewährleistungsfrist von 5 Jahren vor. Die Interessen der Gemeinde sind durch eine gemeinsame Abnahme sowie der Gewährleistung rechtlich gewahrt.

§ 6 Abs. 12 sieht vor, dass ENRW ein 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 grundsätzlich die Entfernung dieser Anlagen auf Kosten der ENRW verlangen kann.

Insgesamt gefährden die Regelungen zum Bau und Betrieb der Gasversorgungsanlagen die Aufgabenerfüllung der Gemeinde nicht und wahren deren Interessen sowie die Interessen der Einwohner umfassend.

e) Änderung von Versorgungsanlagen

§ 7 bestimmt, dass die Gemeinde eine Änderung der Verteilungsanlagen verlangen kann, sofern dies im Interesse der Gemeinde liegt. Durch diese uneingeschränkte Folgepflichtenregelung wird die gemeindliche Aufgabenerfüllung, insbesondere die gemeindliche Planungshoheit, abgesichert, indem gewährleistet wird, dass Gasversorgungsanlagen verlegt werden müssen, wenn gemeindliche Maßnahmen dies erfordern. Solche Maßnahmen sollen nicht dadurch erschwert werden, dass Gasverteilungsanlagen der ENRW im betreffenden Bereich vorhanden sind. Die Gemeinde kann auf Grundlage der vertraglichen Regelungen die Umlegung entsprechend vorhandener Versorgungsanlagen verlangen, um die Durchführung der gemeindlichen

Maßnahmen zu ermöglichen oder zu vereinfachen. Die Aufgabenerfüllung der Gemeinde wird dadurch nicht gefährdet.

§ 7 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 (notwendige Folgekosten) von der ENRW getragen werden. Auch hier ist Grenze allein die KAV. Die Kosten werden nur dann nicht von ENRW getragen, wenn Dritte ersatzpflichtig sind. Die Gemeinde ist an den Verlegungskosten damit im Grundsatz nicht beteiligt. Ihre wirtschaftlichen Interessen sind damit gewahrt.

Die Regelungen in § 7 berücksichtigen die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde umfassend 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 Versorgungsanlagen entstehen. Es ist für die Verschuldenshaftung eine Beweislastumkehr zulasten der ENRW 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

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

h) Übernahme der Verteilungsanlagen durch die Gemeinde

In § 13 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 aller örtlichen Gasversorgungsanlagen nach Vertragsende. 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.

§ 16 sieht für den Fall einer Übernahme des Netzes durch die Gemeinde vor, dass die notwendigen Entflechtungskosten durch ENRW getragen werden oder von dem von der Gemeinde benannten Übernehmer.

§ 15 Abs. 1 enthält Regelungen zur Höhe des Kaufpreises. Als Kaufpreis ist der objektivierte Ertragswert nach IDW S1 unter Berücksichtigung der Regulierungsbesonderheiten und ohne Synergieeffekte aus anderen Tätigkeitsbereichen 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 Netzbetrieb voraussichtlich refinanziert werden könnte. Die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde sind damit berücksichtigt.

§ 17 enthält Auskunftsrechte der Gemeinde über das Netz über alle erforderlichen technischen und kaufmännischen Daten.

Insgesamt wahren die Regelungen in §§ 13, 15, 16 und 17 die Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner und lassen eine Gefährdung der gemeindlichen Aufgabenerfüllung nicht befürchten.

i) Allgemeine Regelungen

In §§ 19 - 22 sind übliche Schlussbestimmungen eines Konzessionsvertrages 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 zum Teil 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 weit entgegen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Konzessionsvertrag die gemeindliche

Aufgabenerfüllung gefährden könnte. Die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde wie auch ihrer Einwohner sind gewahrt. Der Konzessionsvertrag erfüllt damit auch in der Gesamtbetrachtung die Anforderungen des § 107 Abs. 1 S. 1 GemO.

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 erforderlichen vertraglichen Vorkehrungen für die ungefährdete Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben und die Wahrung der berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner sind im Konzessionsvertrag getroffen.

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

Dieter Gersemann
Rechtsanwalt

Anlage:

- Konzessionsvertrag Gas zwischen der Gemeinde Denkingen und der Energieversorgung Rottweil GmbH & Co. KG (ENRW).