

den muss aber, dass das Ziel nicht zum Selbstzweck mutiert, dass man – etwas überspitzt formuliert – das gemeinsame Gewerbegebiet nur deshalb will, weil andere Kooperationen es offenbar auch wollen. Gerade bei der Bauleitplanung ist es dringend erforderlich, laufend zu überprüfen, ob und welche gemeinsamen Ziele die beteiligten Gemeinden noch haben. Sich unerreichbare Ziele zu setzen, führt nicht nur zum Scheitern des konkreten

Projekts, sondern fast zwangsläufig auch zum Scheitern der Zusammenarbeit insgesamt.

Bauleitplanung ist kein Tagesgeschäft. Ein Bebauungsplan wird nicht in wenigen Tagen von der Idee bis zum Satzungsbeschluss geführt. Seine Umsetzung dauert oft Jahre. Flächennutzungspläne sind auf noch deutlich längere Zeithorizonte ausgelegt. Sie sollen die gemeindliche Bodennutzung für die nächsten zwölf bis

15 Jahre steuern. Diese Langfristigkeit muss sich auch auf die interkommunale Zusammenarbeit auswirken. Sie braucht in besonderer Weise einen langen Atem; Kooperationen bei der Bauleitplanung müssen damit rechnen, durch Höhen und Tiefen gehen zu müssen, im Laufe der Zeit mit einer Vielzahl von Problemen konfrontiert zu werden.

Erstabdruck in „Bayerischer Gemeindetaq“, Heft 11/2010, S. 425 ff

## Entgeltregelungen für Nahwärmeleitungen

Von Stella Kirchhof, wissenschaftliche Angestellte beim NSGB

Mit Gestattungsverträgen räumen Gemeinden ihren Vertragspartnern das Recht ein, Leitungen in öffentlichen Straßen und Wegen zu verlegen und zu betreiben. Gleichzeitig dienen die Verträge unter anderem als rechtliche Grundlage für gegebenenfalls vereinbarte Gestattungsentgelte oder Konzessionsabgaben. Dieser Beitrag beschäftigt sich unter Berücksichtigung der derzeitigen Praxis mit den vertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten entsprechender Entgeltregelungen.



Stella Kirchhof

Als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge gehört die Energieversorgung zu den in Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltungsaufgaben.<sup>1</sup> In Frage steht damit die Wahrnehmung einer am Gemeinwohl orientierten öffentlichen Aufgabe, nämlich die Gewährleistung einer für alle Bürger lebensnotwendigen Versorgungsstruktur, die auch verbraucher- und insbesondere umweltschützende Maßgaben einbindet.<sup>2</sup>

1 BVerwG RdE 1995, 240 ff.

2 Cronauge, Das neue Konzessionsabgabenrecht, 1. Aufl. 1992, S. 9.

Dabei gewinnt, gerade im Hinblick auf europa- und nationalrechtliche Vorgaben, der Einsatz erneuerbarer Energien zunehmend an Bedeutung. Zur Erreichung des von der Europäischen Union im Rahmen der EU-Richtlinie zur Förderung erneuerbarer Energien (2009/28/EG) formulierten Ziels, 20 Prozent des Bruttoendenergieverbrauchs in der Europäischen Union bis 2020 aus erneuerbaren Energien zu decken, ist für Deutschland anteilig das verbindliche nationale Ziel von 18 Prozent vorgesehen. Im Bereich der Wärmeversorgung soll der Anteil erneuerbarer Energien bis 2020 auf 14 Prozent erhöht werden.<sup>3</sup>

Für die Wärmeerzeugung stellt die Biomasse den bedeutendsten erneuerbaren Energieträger dar. In den letzten Jahren konnte, insbesondere infolge des Erneuerbare-Energien-Gesetzes für den Strombereich sowie des am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes, ein deutlich gestiegener Zubau von Biogasanlagen verzeichnet werden.

3 § 1 Abs. 2 EEWärmeG.

Diese Entwicklung ist aus kommunaler Sicht, trotz möglicher negativer Auswirkungen wie dem Entstehen von Monokulturen, regionaler Flächenkonkurrenzen zwischen Anbauflächen oder Emissionen, aus Umweltschutzgründen in erster Linie zu begrüßen. Darüber hinaus ist der Bereich der Energieversorgung für die Gemeinden vor dem Hintergrund vieler damit verbundener Vorteile wie die Entstehung von Arbeitsplätzen und die Erzielung neuer Steuereinnahmen auch unter finanzwirtschaftlichen Aspekten relevant. Insbesondere die im Energie- und Wassersektor üblicherweise zu zahlenden Konzessionsabgaben stellen wichtige Einnahmequellen für die Gemeinden dar.

Bei Konzessionsabgaben handelt es sich um Entgelte, die Energieversorgungsunternehmen für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet mit Energie dienen, entrichten.<sup>4</sup> Ihre Zahlung erfolgt auf Grundlage privatrechtlicher Verträge, so genannter Wegebenutzungsverträge.

4 § 48 Abs. 1 S. 1 EnWG.

In der Strom-, Gas- und Wasserversorgung ist der Gestaltungsspielraum solcher Verträge durch das Energiewirtschaftsgesetz sowie die preisrechtlichen Vorschriften (Konzessionsabgabenverordnung von 1992 – KAV – oder Konzessionsabgabenverordnung Energie von 1941 – KAE) weitgehend gesetzlich geregelt und zugleich beschränkt. Demgegenüber bestehen keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen darüber, ob und gegebenenfalls zu welchen Bedingungen die Nutzung öffentlicher Straßen und Wege zu Zwecken der Nahwärmeversorgung zu gestatten ist. Dies führt im Hinblick auf die Vereinbarung von Gestattungsentgelten in diesem Bereich immer wieder zu Unsicherheiten.

Eine aktuell durchgeführte Umfrage des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes unter seinen Mitgliedern hat gezeigt, dass sich bislang keine einheitlichen Entgeltregelungen bei Gestattungsverträgen der Nahwärmeversorgung durchgesetzt haben. Sowohl Entgelthöhe, Berechnungsmaßstab als auch Fälligkeitszeitpunkt der Zahlung waren überwiegend sehr unterschiedlich ausgestaltet. Zu einem geringen Teil wurde auf eine Entgeltregelung vollständig verzichtet. Sofern Entgelte vereinbart wurden, überwogen solche Vertragsregelungen, in denen ein bestimmter Betrag pro laufenden Meter Leitungstrasse vereinbart wurde. Dabei bewegten sich die vereinbarten Beträge bei Einmalzahlungen zwischen einem und fünf Euro. Soweit jährliche Zahlungen vereinbart wurden, lagen die Beträge zwischen 0,16 Euro und 2,50 Euro. Festbeträge wurden innerhalb eines Rahmens von 500 Euro bis 4000 Euro vereinbart.

Im Unterschied zu Konzessionsabgaben, deren Höhe sich nach den preisrechtlichen Vorschriften anhand der Roheinnahmen oder der gelieferten Menge berechnet, und damit eine verbrauchsorientierte regelmäßige Zahlung darstellt, handelt es sich bei den bislang in der kommunalen Praxis vereinbarten Gestattungsentgelten in der Regel um bloße Entschädigungen

für die Einräumung von Leitungsverlegungsrechten an öffentlichen Straßen und Wegen. Da diese Gestattungsentgelte ihrer Höhe nach üblicherweise weit unter einer an den preisrechtlichen Vorschriften orientierten Entgeltzahlung liegen, stellt sich in der Praxis vermehrt die Frage, ob nicht auch im Bereich der Nahwärmeversorgung die Vereinbarung von Konzessionsabgaben möglich ist.

Eine auf Anregung der Landesgeschäftsstelle des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes vom Deutschen Städte- und Gemeindebund bundesweit durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass in anderen Bundesländern bereits verstärkt Konzessionsverträge zwischen Gemeinden und Nahwärnetzbetreibern abgeschlossen werden. Dabei werden im Hinblick auf die Entgeltregelungen sowohl Vereinbarungen in Anlehnung an die für den Wassersektor geltende KAE als auch an die für die Strom- und Gasversorgung geltende KAV getroffen.

Auch in der Literatur herrscht – soweit Konzessionsabgaben als zulässig erachtet werden – keine Einigkeit darüber, ob für eine entsprechende Vereinbarung die Regelungen der KAE oder die der KAV herangezogen werden sollten. So wird vor allem wegen des vergleichbaren Verwendungszwecks der Wärmeversorgung und der zu Heizzwecken erfolgenden Gaslieferung die Ansicht vertreten, die für den Gassektor geltende KAV sei als Orientierung maßgebend.<sup>5</sup> Eine andere Ansicht befürwortet hingegen die Anwendung der für den Wassersektor maßgeblichen KAE.<sup>6</sup>

Auch wenn sich diesbezüglich noch keine einheitliche Linie durchgesetzt hat, scheint sich doch zumindest insgesamt eine steigende Tendenz an Abschlüssen von Konzessionsverträgen in der Wärmeversorgung abzuzeichnen.

Diese Entwicklung dürfte insbesondere unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten

auch angemessen sein. Noch zu Beginn der 1990-er Jahre spielte die Wärmeversorgung im System der leitungsgebundenen Energieversorgung nur eine untergeordnete Rolle.<sup>7</sup> Wegen des schwierigen Standes der Wärme im Substitutionswettbewerb – vor allem im Wettbewerb mit Heizgas – wurden Konzessionsabgaben in der Wärmeversorgung als unüblich und vernachlässigbar gering erachtet.<sup>8</sup> Diese Einschätzung dürfte heute jedoch, insbesondere unter Berücksichtigung spezieller regionaler Gegebenheiten, nur noch bedingt zutreffen. Zunehmend werden nicht mehr nur einzelne Objekte mit hohem Wärmebedarf, sondern auch gesamte kleinere Gemeindegebiete von Nahwärmenetzen versorgt. In vielen Fällen steht die über Biogasanlagen gewonnene Wärmeversorgung damit in direktem Wettbewerb zu Gaslieferungen, die zu Heizzwecken erfolgen. Für gasliefernde Energieversorgungsunternehmen, die im Gegensatz zu Biogasanlagenbetreibern mit Konzessionsabgaben belastet werden, könnte der Ausbau von Nahwärmenetzen damit unter Umständen zur wirtschaftlichen Unrentabilität ihrer Versorgungsleistungen führen.

Nicht auszuschließen ist, dass der Gesetzgeber die sektorenübergreifende, den Wettbewerb beeinflussende Wirkung der Konzessionsabgaben in diesem Bereich verkannt hat,<sup>9</sup> als er die Wärme – trotz entsprechender Überlegungen<sup>10</sup> – bei Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zuge der Liberalisierung des Strom- und Gasmarktes nicht in den energierechtlichen Rahmen einbezog.

7 Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1. Aufl. 1998, S. 27: Im Jahr 1992 waren in den alten Bundesländern neun Prozent und in den neuen Bundesländern 24 Prozent aller Wohnungen nah- oder fernwärmebeheizt; vgl. die Antwort der Bundesregierung in BT-Drs. 12/7113.

8 Feuerborn/Riechmann, KAV Kommentar, 1. Aufl. 1994, S. 17.

9 So auch Fricke, Gestattungsentgelte in der Fernwärmeversorgung, RdE 2009, 320 (333).

10 Vgl. Entwurf der SPD Bundestagsfraktion für ein neues Energiegesetz vom 6.11.1991, BT-DruckS 12/1490.

5 Fricke, Gestattungsentgelte in der Fernwärmeversorgung, RdE 2009, 320 (333).

6 Morell, Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 3. Aufl., Stand November 2006, S. 40.

Teilweise wird vor dem Hintergrund der ambitionierten klimapolitischen Zielsetzung und der allgemein anerkannten Bedeutung der Nahwärmeversorgung für eine sparsame und rationelle Energiegewinnung die Auffassung vertreten, die Gemeinden sollten schon zur Vermeidung betriebsfremder finanzieller Belastung generell auf die Forderung von Konzessionsabgaben im Bereich der Nahwärmeversorgung verzichten.<sup>11</sup> Die pauschale Gültigkeit dieses Ansatzes dürfte jedoch angesichts des nicht minder förderungswürdigen Ausbaus des aus erneuerbaren Energien gewonnenen so genannten Ökostroms, bei dem auch keine Privilegierung im Sinne einer Abkehr von Konzessionsabgaben gewährt wird, kritisch zu hinterfragen sein.

Vielmehr dürfte die Berücksichtigung des Gebots eines angemessenen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung für die Vereinbarung von Konzessionsabgaben mit Betreibern von Nahwärmenetzen sprechen.

Zum einen stellen die Gemeinden durch ihre infrastrukturelle Vorleistung dem Vertragspartner einen Absatzmarkt zur Verfügung und räumen ihm damit zugleich auch die entsprechende Gewinnaussicht ein.<sup>12</sup> Zum anderen besteht zugunsten des Vertragspartners in der Regel eine Verpflichtung der Gemeinden, Gestattungsverträge abzuschließen. Auch wenn das Energiewirtschaftsgesetz keine direkte Anwendung findet und somit der in § 46 Abs. 1 EnWG geregelte gesetzliche Kontrahierungszwang für Wegenutzungsverträge für Gemeinden nicht ausdrücklich besteht, sind die Gemeinden doch verpflichtet, ihr VerkehrswegeNetz diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen. Die Weigerung einer Gemeinde, die Leitungsverlegung in den öffentlichen Verkehrswegen zu gestatten, kann den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder eine unbillige Behin-

derung oder Diskriminierung nach § 20 GWB darstellen.<sup>13</sup> Darüber hinaus übt die Gemeinde bei Abschluss privatrechtlicher Geschäfte im Rahmen der Daseinsvorsorge öffentliche Verwaltung aus<sup>14</sup> und ist insofern an Grundrechte, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz, gebunden.<sup>15</sup> Ohne sachlich gerechtfertigten Grund darf daher die Nutzung, die anderen unter vergleichbaren Verhältnissen gewährt wird, nicht versagt werden. Ein sachlicher Grund, der tatsächlich die generelle Versagung der Nutzung rechtfertigt, wird aber nur in besonderen Ausnahmefällen vorliegen, so dass die genannten Erwägungen faktisch zu einem Kontrahierungszwang der Gemeinden führen.

Zwar lässt sich mangels eindeutiger gesetzlicher Regelung und einschlägiger gerichtlicher Entscheidungen keine mit letzter Sicherheit rechtsverbindliche Aussage über die angemessene Höhe und Bemessungsgrundlage von Gestattungsentgelten in der Nahwärmeversorgung treffen. Jedoch dürfte eine Anlehnung an die preisrechtlichen Vorschriften als durchaus gangbarer und praktikabler Weg zu betrachten sein, der die zurzeit bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich

der Ausgestaltung von Entgeltregelungen in diesem Bereich deutlich verringern könnte. Naheliegender scheint aufgrund der Vergleichbarkeit der Energieträger sowie der beschriebenen wettbewerbsrechtlichen Aspekte insbesondere die Orientierung an der für den Gassektor geltenden KAV.

#### Fazit

Abschließend lässt sich festhalten, dass in der kommunalen Praxis in der Regel Gestattungsverträge über die Verlegung von Nahwärmeleitungen abgeschlossen werden. Diese enthalten üblicherweise Entgeltregelungen, welche die Zahlung eines bestimmten Betrages pro laufenden Meter Leitungstrasse (bei einmaligen Zahlungen zwischen einem Euro und fünf Euro, bei jährlichen Zahlungen zwischen 0,15 Euro und 2,50 Euro) oder eines Festbetrages (500 Euro bis 4000 Euro) vorsehen.

Soweit die Verlegung und der Betrieb von Nahwärmeleitungen der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet dienen, dürfte auch die Vereinbarung von Konzessionsabgaben als Nutzungsentgelt angemessen sein. Als Bemessungsgrundlage kommt insofern die Anlehnung an die preisrechtlichen Vorschriften, besonders die Vereinbarung einer an der für den Gasbereich maßgeblichen KAV orientierten Entgeltregelung, in Betracht.

13 BGH, Urteil vom 11.11.2008 – KZR 43/07.

14 Kempfer in Kodal/Krämer, Straßenrecht, 5. Auflage, Kap. 27, Rn. 63.

15 Wendrich, Niedersächsisches Straßengesetz, 4. Auflage, § 23 Rn. 1.

## Landesgartenschau Bad Essen 2010 – Fit für die Zukunft!

Günter Harmeyer, Heinrich Sperling und Judith Dohmen-Mick

Bad Essen: eine kleine Gemeinde im Osnabrücker Land. Die Bilanz der vierten niedersächsischen Landesgartenschau kann sich sehen lassen! Eine Erfolgsgeschichte, die auch anderen Städten und Gemeinden Mut geben soll, sich auf das Abenteuer Landesgartenschau einzulassen.

Wer eine Vision hat, braucht Mitstreiter, gute Argumente und Ziele, von denen alle überzeugt sind. Bad Essen hatte sich schon 2006 für eine Gartenschau beworben und als dann 2008 Wiesmoor den Zuschlag zurückgab, hat die Gemeinde Bad Essen in Kooperation mit dem Land-

11 Cronaue, a.a.O., S. 39.

12 Conaue, a.a.O., S. 13.

**025. Biogas-, Windkraft- und Fotovoltaikanlagen; Wegebenutzungsverträge; Umfrageergebnis**

Mit Rundschreiben Nr.: 082/2010 hatte die Landesgeschäftsstelle für den interkommunalen Erfahrungsaustausch um Übersendung von „Wegebenutzungsverträgen“ für die Verlegung von Leitungen von Biogas-, Windkraft-, und Fotovoltaikanlagen gebeten. Ziel der Umfrage war es, zu ermitteln, ob sich im Hinblick auf die Gestaltung der vereinbarten Entgeltregelungen Regelmäßigkeiten erkennen lassen, die eine gewisse Marktübung begründen könnten.

Die Auswertung der Umfrage hat gezeigt, dass eine solche Feststellung nach den vorliegenden Ergebnissen nicht möglich ist.

Bereits eine im Jahr 2005 durchgeführte Mitgliederumfrage hatte erhebliche Unterschiede in der Ausgestaltung der Entgeltregelungen von Gestattungsverträgen ergeben. In den damals übersendeten 33 Verträgen wurden sowohl einmalige als auch jährliche Zahlungen, zu geringem Teil auch gar keine Entgelte vereinbart. Es überwogen Regelungen, in denen ein bestimmter Betrag pro lfd. Meter Leitungstrasse erhoben wurde (0,26 € bis 6,- €). Soweit Festbeträge vereinbart wurden, schwankten diese zwischen 50,- € und 3.000,- €.

Die Auswertung der aktuell durchgeführten Mitgliederumfrage ergab ein ähnliches Bild. Eine bestimmte Entgeltregelung hat sich – soweit aus den insgesamt 27 übersendeten Verträgen ersichtlich – bislang nicht durchgesetzt.

Sofern Entgelte vereinbart wurden, überwogen weiterhin Regelungen über die Zahlung eines bestimmten Betrages pro lfd. Meter Leitungstrasse. Hier bewegten sich die vereinbarten Beträge in den uns zur Verfügung gestellten Verträgen bei Einmalzahlungen zwischen 1,- € und 5,- €. Soweit jährliche Zahlungen vereinbart wurden, lagen die Beträge zwischen 0,15 € und 2,50 €. Festbeträge wurden innerhalb eines Rahmens von 500,- € bis 4.000,- € vereinbart.

Bei den genannten Entgelthöhen handelt es sich um die – nach unserem Kenntnisstand – in der kommunalen Praxis derzeit üblicherweise vereinbarten Zahlungen. Zu beachten ist, dass diese Beträge lediglich als Orientierung dienen können. Eine generelle Aussage über die Angemessenheit entsprechender Entgeltvereinbarungen kann auf Grundlage der Umfrage nicht getroffen werden. Diese ist stets unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.