

# Rechtliche Mitteilungen

Leitfaden

Öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme

11. Mai 2011

AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e.V.  
60596 Frankfurt am Main, Stresemannallee 28  
Telefon 069/6304-286 • Telefax 069/6304-458 • <http://www.agfw.de> • [info@agfw.de](mailto:info@agfw.de)

© AGFW | Der Energieeffizienzverband für Wärme, Kälte und KWK e.V.

---

## **Inhalt**

- I. Ausgangssituation**
- II. Rechtliche Rahmenbedingungen**
- III. Allgemeine Klimaschutzgesichtspunkte**
- IV. Kollision von öffentlichem Recht und Privatrecht – Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts**
- V. Lösungsansätze**
- VI. Vergaberechtliche Aspekte**

**Anhang 1: Muster-Vertrag**

**Anhang 2: Muster-Satzung**

## **I. Ausgangssituation**

Die Fernwärmeversorgung in Deutschland folgt marktwirtschaftlichen Prinzipien. Sie ist dem Wettbewerb von Heizöl, Gas, Kohle und Strom ausgesetzt. Auch das Energiewirtschaftsgesetz 2005 hat anders als für die Versorgung mit Strom und Gas (§ 2) keine Anschluss- und Versorgungspflicht für Fernwärme aufgenommen. Diese Umstände machen es den Versorgungsunternehmen vielfach schwer, eine kostendeckende und wirtschaftliche Versorgung zu betreiben, da eine ausreichende Anschlussdichte in den städtischen Versorgungsgebieten nur schwer zu erreichen ist. Daneben steht ein zunehmendes öffentliches Interesse an einer umweltschonenden Wärmeversorgung. Dies führte u. a. dazu, dass der Gesetzgeber auf Bundesebene in § 9 Abs. 1 Ziffer 23 Baugesetzbuch fest schrieb, das in Bebauungsplänen aus städtebaulichen Gründen Gebiete festgesetzt werden können, „in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen,“ (sog. Verbrennungsverbote). Darüber hinaus findet sich auch auf landesgesetzlicher Ebene ein Instrumentarium, das den Versorgungsunternehmen hilft, eine umweltschonende Wärmeversorgung im Wege eines öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs durchzusetzen.

## **II. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme kann in der Regel dann eingeführt werden, wenn in den Gemeindeordnungen/Kommunalverfassungsgesetzen der Bundesländer eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung enthalten ist. Die Ermächtigung räumt den Gemeinden das Recht ein, einen Anschluss- und Benutzungszwang für gemeindliche Einrichtungen einzuführen. Häufig wird diese Ermächtigung speziell auf Fernwärme bezogen und die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an Gründe des "Gemeinwohls" oder der "Volksgesundheit" bzw. der Luftreinhaltung gebunden. In der Praxis ist zu beobachten, dass die Anforderungen für die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs sich zunehmend gelockert haben und häufig nur noch an das Erfordernis des "Gemeinwohls" gebunden ist. Die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs wird in der Regel dann gebilligt, wenn das betreffende Gebiet entweder in einem Ballungsraum liegt, zu einer Großstadt gehört oder eine hohe Besiedlungsdichte aufweist.

Die Festsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs erfolgt im Wege des Erlasses einer Gemeindegatsung. Diese enthält dann die Verpflichtung innerhalb eines bestimmten Gemeindegebietes alle Grundstücke, für die eine Fernwärmeversorgung in Frage kommt, an die Fern-

wärmeversorgung anzuschließen und grundsätzlich den gesamten Heizwärmebedarf für Heizung und Warmwasserbereitung von den zuständigen Fernwärmeversorgungsunternehmen zu beziehen. Dabei können Ausnahmen, etwa für regenerative Energien zugelassen werden.

Mit der Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs schafft das Versorgungsunternehmen für das ausgewiesene Gebiet eine künstliche Monopolstellung. Daraus folgt, eine allgemeine Anschluss- und Versorgungspflicht für das Fernwärmeversorgungsunternehmen. Darüber hinaus wird in der Folge die Preisgestaltung des Versorgers von den Kartellämtern besonders beobachtet.

Ferner führt die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs zu erheblichen Eingriffen in die Eigentumsrechte der Grundstückseigentümer und Bewohner. Daher darf eine Gemeinde einen Anschluss- und Benutzungszwang nicht nach freiem Ermessen einführen, insbesondere muss der Aspekt der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. So ist es etwa nicht möglich, eine Satzung zum Anschluss- und Benutzungszwang, die auf die Reduzierung von Immissionen gerichtet ist, auch mit allgemeinen Klimaschutzabwägungen durchsetzen zu wollen. Mithin ist eine solche Maßnahme nur dann verhältnismäßig, wenn sie geeignet ist, den angestrebten Zweck zu fördern. Das sie irgendein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel fördert, genügt nicht (BVerwG Urteil vom 28.04.2004 – 8 C 13/03, NVwZ 2004, 1131 f).

Dieser Aspekt ist insbesondere deshalb von Bedeutung, da sich generell abzeichnet, dass die Gemeinden mit Erlass ihrer Satzungen zum Anschluss- und Benutzungszwang für die Fernwärmeversorgung nicht mehr nur eine örtliche Klimaverbesserung, sondern auch die Entwicklung und Förderung allgemeiner Klimaschutzaspekte anstreben.

### **III. Allgemeine Klimaschutzgesichtspunkte; § 16 EEWärmeG**

Das Bundesverwaltungsgericht hat nunmehr in zwei wegweisenden Grundsatzurteilen (Urteil vom 23. November 2005, Az.: 8 C 14.04, ZNER 2006, 63 ff.; Urteil vom 25. Januar 2006, Az.: 8 C 13.05) entschieden, dass ein Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme auch auf allgemeine Klimaschutzgesichtspunkte gestützt werden kann. Die Gemeinden haben die Befugnis ihre eigenen Belange zu ordnen und dabei an der Verwirklichung der Kyoto-Ziele und der Staatszielbestimmung Umweltschutz (Art. 20 a Grundgesetz [GG]) durch die Einführung von KWK und Fernwärme mitzuwirken. Gleichwohl gibt die jeweilige Gemeindeordnung den Gestaltungsrahmen für die Gemeinde vor.

Mit der 1994 erfolgten Verfassungsergänzung durch Art. 20 a GG wurde das Prinzip der „ökologischen Generationen-Gerechtigkeit“ verbindlich für den Gesetzgeber verankert. Bis dahin war das GG mit seinen Grundgedanken in erster Linie auf bereits Lebende bezogen. Nunmehr bestimmt Art. 20 a GG: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“ Aufgrund dieser Formulierung wird deutlich, dass die Staatszielbestimmung „Umweltschutz“ gem. Art. 20, 20 a, 28 GG ihre Wirkung zu aller erst als Gestaltungsauftrag für den Gesetzgeber entfaltet, dies aber auch für die Exekutive in der Anwendung und für die Gerichte in der Auslegung der Gesetze.

Da eine Gemeinde, wenn sie einen öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme im Wege einer Satzung erlässt, in Grundrechte ihrer Bürger eingreift, muss dies vom Gesetz gedeckt sein. Maßgebend ist hier nicht allein Art. 20 a GG, sondern auch der jeweilige landesrechtliche Gesetzesrahmen. Dies wird auch ganz klar vom Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 23. November 2005 (8 C 14.04, Rn 20) hervorgehoben. Das Gericht betont, dass durch die Einordnung der Staatszielbestimmung in die verfassungsmäßige Ordnung und den Vorbehalt von Gesetz und Recht klargestellt wird, dass der Umweltschutz keinen absoluten Vorrang genießt, sondern in Ausgleich mit anderen Verfassungsprinzipien und -rechtsgütern zu bringen ist. Art. 20 a GG bezieht explizit auch die Exekutive und die Rechtsprechung in den Schutzauftrag mit ein. Zwar hat die Gemeinde als untergesetzliche Normgeberin dem Schutzauftrag des Art. 20 a GG Rechnung zu tragen, gleichwohl ergeben sich aber aus den gleichrangigen Verfassungsprinzipien und aus Grundrechten Grenzen, die bei der Verwirklichung des Staatszieles zu beachten und abzuwägen sind (BVerwG, a. a. O. Rn 21). Die Gemeinde darf daher unter Berufung auf Art. 20 a GG weder Maßnahmen des Umweltschutzes losgelöst von ihrem Kompetenzbereich (Art. 28 Abs. 2 GG) an sich ziehen noch ihnen einen absoluten Vorrang einräumen mit der Konsequenz, dass Grundrechtseinschränkungen im Bereich des Umweltschutzes immer zu tolerieren wären.

Dies verdeutlicht, dass in besonderem Maße auf den in der Gemeindeordnung gesteckten Rahmen zu achten ist. Danach ist zu beurteilen, ob ein öffentliches Bedürfnis für einen Anschluss- und Benutzungszwang nur dann gegeben ist, wenn die lokale Umweltsituation verbessert wird, oder ob darüber hinaus auch eine globale Betrachtung des Klima- und Ressourcenschutzes möglich ist.

Betrachtet man die bestehenden Gemeindeordnungen und Kommunalverfassungsgesetze, so ist folgendes festzustellen:

Der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Januar 2006 lag eine Satzung auf der Grundlage der Gemeindeordnung Schleswig-Holstein zugrunde. Nach § 17 Abs. 2 der Gemeindeordnung kann die Gemeinde „bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluss an ... die Versorgung mit Fernwärme, ... und ähnliche der Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens dienende öffentliche Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen ... (Benutzungszwang) vorschreiben“. Der Landesgesetzgeber hat mit der Formulierung „Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens“, die in Artikel 20 a GG enthaltene Staatszielbestimmung „Umweltschutz“ aufgenommen. Daher war nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes auch den Gemeinden Raum gegeben, im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges auf allgemeine überörtliche Klimaschutzgesichtspunkte abzustellen.

Eine entsprechende Regelung, die sogar noch etwas weiter greift, findet sich in § 11 Abs. 1 der Gemeindeordnung des Landes Baden-Württemberg in der Fassung vom 28.7.2005. Danach kann die Gemeinde „bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluss an ... die Versorgung mit Nah- und Fernwärme und ähnliche der Volksgesundheit oder dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen ... (Benutzungszwang) vorschreiben.“ Da diese Formulierung sogar explizit den Klima- und Ressourcenschutz erwähnt, stellt diese Formulierung die deutlichste Grundlage für die Berücksichtigung allgemeiner Klimaschutzaspekte im Rahmen eines Anschluss- und Benutzungszwanges dar. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 23. November 2005 jedoch noch die alte Fassung der Gemeindeordnung aus dem Jahr 1983 zugrunde zu legen. Danach konnte die Gemeinde durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes „den Anschluss an eine Fernwärmeversorgung und deren Benutzung vorschreiben, wenn ein öffentliches Bedürfnis besteht“ (§ 11 Abs. 2 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (1993)). Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes räumt diese Formulierung den Gemeinden nicht die Möglichkeit ein, auch allgemeine Klimaziele im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges zu berücksichtigen. Vielmehr erlaubt hier der Landesgesetzgeber nur die Berücksichtigung örtlicher Gegebenheiten.

Der sächsische Gesetzgeber hat in der Gemeindeordnung in § 14 Abs. 1 geregelt: „Die Gemeinde kann bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes den

Anschluss an Anlagen zur ... Fernwärmeversorgung und ähnliche dem öffentlichen Wohl, insbesondere dem Umweltschutz dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen ... (Benutzungszwang) vorschreiben.“ In dieser Regelung wird insbesondere der Umweltschutz als besonderer Aspekt für einen Anschlusszwang an die Fernwärme hervorgerufen. Aufgrund dieser Formulierung kann man davon ausgehen, dass der Landesgesetzgeber seiner Verpflichtung, den Umweltschutz als fundamentale Staatsaufgabe zu betrachten, nachgekommen ist. Er hat den in Artikel 20 a GG enthaltenen Gestaltungsauftrag ausgeführt (BVerwG Urteil vom 25. Januar 2006, 8 C 13.05, Rn 19). Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen erscheint es zulässig, im Rahmen der städtischen Satzung nicht nur lokale Umweltschutzaspekte, sondern auch den globalen Klimaschutz zum Ziel eines Anschluss- und Benutzungszwanges zu machen.

In Bayern können die Gemeinden in Satzungen insbesondere „...3. für Grundstücke, die einer neuen Bebauung zugeführt werden, und in Sanierungsgebieten den Anschluss an Einrichtungen zur Versorgung mit Fernwärme und deren Benutzung zur Pflicht machen, sofern der Anschluss aus besonderen städtebaulichen Gründen oder zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes notwendig ist; ...“ (Artikel 24 Abs. 1 Ziffer 3 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern). Der Begriff der schädlichen Umwelteinwirkungen ist in § 3 Abs. 1 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes definiert. Darunter werden verstanden „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.“ Der Begriff Immissionen wiederum ist definiert in § 3 Abs. 2 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes „Immissionen im Sinne dieses Gesetzes sind auf Menschen, Tiere und Pflanzen, den Boden, das Wasser, die Atmosphäre sowie Kultur und sonstige Sachgüter einwirkende Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen, Licht, Wärme, Strahlen und ähnlich Umwelteinwirkungen.“ Da es hier um die Vermeidung von Nachteilen oder erheblichen Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft geht, dürften die Gemeinden in Bayern im Wege einer Satzung auch überörtliche Klimaschutzaspekte verfolgen dürfen. Der über die Gemeindeordnung gegebene Gesetzesrahmen erscheint ausreichend weit gefasst. Insbesondere, da § 3 Abs. 4 Bundes-Immissionsschutzgesetz auch eine Begriffsbestimmung für „Luftverunreinigungen“ enthält. Darunter fallen Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft, insbesondere durch Rauch, Russ, Staub, Gase, Erosole, Dämpfe oder Geruchsstoffe.

Die Gemeindeordnung für das Land Brandenburg enthält in § 15 eine Regelung zum Anschluss- und Nutzungszwang. Gemäß § 15 Abs. 1 kann die Gemeinde „aus Gründen des öf-

fentlichen Wohls durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebietes den Anschluss an ... ähnliche der Gesundheit dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen (Benutzungszwang) vorschreiben. Die Gemeinde ist verpflichtet, den Anschluss- und Benutzungszwang durchzusetzen, wenn es zur Einhaltung geltender Umweltschutzbestimmungen erforderlich ist ....“ Im Gegensatz zu der Altregelung in Baden-Württemberg, in der nur auf ein öffentliches Bedürfnis abgestellt wurde, wird hier vom öffentlichen Wohl gesprochen und ein Anschlusszwang für ähnliche der Gesundheit dienende Einrichtungen vorgesehen. Die Fernwärme ist in dieser Regelung nicht explizit genannt. Sie kann jedoch über den Aspekt der Luftreinhaltung unter diese Regelung subsumiert werden. Die Regelung dürfte auch für überörtliche Klimaschutzaspekte offen stehen, da die Gemeinden sogar verpflichtet sind, einen Anschluss- und Benutzungszwang durchzusetzen, wenn dies zur Einhaltung geltender Umweltschutzbestimmungen erforderlich ist. Artikel 20 a GG enthält die Verpflichtung zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen und stellt insoweit die allgemeinste Umweltschutzbestimmung dar, nämlich die Staatszielbestimmung „Umweltschutz“. Somit gibt auch im Land Brandenburg der landesgesetzliche Rahmen den Gemeinden die Möglichkeit, die Klimaschutzziele von Kyoto in ihrem Regelungsbereich zu unterstützen. Die Regelung in Thüringen sieht einen Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme aus „Gründen des öffentlichen Wohls“ vor. Es stellt sich somit die Frage der Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs „öffentliches Wohl“. Das Gesetz fordert hierzu keine zwingenden oder dringenden Gründe, sondern „einfache Gründe des öffentlichen Wohls bzw. Gemeinwohls“. Als solche Gründe des öffentlichen Wohls, die einen Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeversorgung rechtfertigen, können neben der Volksgesundheit auch andere dem Gemeinwohl dienende Gründe herangezogen werden (Kommunalrecht Thüringen „Carl-Link-Vorschriftensammlung“, bearbeitet von Uckel/Hauth/Hoffmann, 41. Lieferung, Stand: 15. Mai 2006, Erläuterung 5.1 zu § 20 Thür-KO). So sind alle in der Kommunalordnung genannten Bereiche für eine Satzung mit Anschluss- und Benutzungszwang von verschiedenen Gründen getragen. Etwa die Wasserversorgung neben den hygienischen Aspekten auch von Gründen der Versorgungssicherheit und des Feuerschutzes; die Regelung der Kanalisation ist neben hygienischen Gründen auch von dem Aspekt des Schutzes der Gewässer (einschl. des Grundwassers) gedeckt; bei der Müllabfuhr ist an den Boden-, Natur- und Landschaftsschutz gegenüber unsachgemäßer und ungeordneter Abfallbeseitigung zu denken und schließlich bei der Straßenreinigung auch an den Ortsbildschutz und die Verkehrssicherheit (Carl-Link-Vorschriftensammlung: a. a. O.). Bei den im Gesetz ausdrücklich genannten Anlagen u. a. zur Versorgung mit Fernwärme wird unterstellt, dass sie „dem Gemeinwohl“ dienen.



Generell ist weiterhin anerkannt, dass Gründe des öffentlichen Wohls, wenn auch nicht allein, auch fiskalische und wirtschaftliche Gründe sein können.

Unter Zugrundelegung dieser Überlegungen erscheint es sachgerecht, den Begriff des öffentlichen Wohls auch mit den in Art. 20 a GG festgehaltenen Gedanken des Umweltschutzes auszufüllen. Denn dem öffentlichen Wohl dient die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen. Sofern die Versorgung mit Fernwärme das Ziel unterstützt, ist es gerechtfertigt einen Anschluss- und Benutzungszwang für die Fernwärmeversorgung aus Gründen des öffentlichen Wohls anzuordnen. Diesem Ziel, die natürlichen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen zu erhalten, wird die Fernwärmeversorgung aber nicht nur gerecht wenn man örtliche Gegebenheiten berücksichtigt, sondern auch dann, wenn man eine globale Betrachtungsweise zugrunde legt. Somit dürfte es auch hier im Rahmen der Thüringischen Kommunalordnung gerechtfertigt sein, wenn die Stadt Gotha mit ihrer Satzung zum Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme an der Verwirklichung der Kyoto-Ziele und der Staatszielbestimmung „Umweltschutz“ des Art. 20 a GG mitzuwirken sucht.

In den übrigen Gemeindeordnungen Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen finden sich keine expliziten Bezüge auf Umweltschutzbestimmungen oder die natürlichen Lebensgrundlagen im Sinne des Artikel 20 a GG. Vielmehr wird in den dortigen Gemeindeordnungen in der Regel nur ein Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme bei einem bestehenden „öffentlichen Bedürfnis“ oder einem „dringenden öffentlichen Bedürfnis“ oder ähnlichen der „Volksgesundheit“ der „Gesundheit der Bevölkerung“, dem „Gemeinwohl“ oder dem „öffentlichen Wohl“ dienenden Einrichtungen eingeräumt. Auch die Verfassung der Stadt Bremerhaven gestattet einen Anschluss- und Benutzungszwang nur bei öffentlichem Bedürfnis. Einrichtungen der Fernwärme werden nicht explizit genannt. Als Ergänzung für die getroffene Auflistung wird auf ähnliche der Gesundheit dienende Einrichtungen verwiesen. Soweit in den landesgesetzlichen Regelungen auf die Gesundheit oder Volksgesundheit Bezug genommen wird, muss die Fernwärme auch der Gesundheit dienen, um durch einen Anschluss- und Benutzungszwang gesichert werden zu können. Im Übrigen stellt sich jedoch die Frage, wann ein öffentliches oder ein dringendes öffentliches Bedürfnis besteht. Ein solches öffentliches Bedürfnis ist dann zu bejahen, wenn vernünftige Gründe des Gemeinwohls der Einführung zugrunde liegen (Witzel/Topp: Allgemeine Versorgungsbedingungen für Fernwärme, 2. Auflage 1997, S. 68 f. mit weiteren Nachweisen). Das öffentliche Bedürfnis kann sich sowohl aus Gründen der Verringerung der Emissionsbelastung als auch aus energiewirtschaftlichen Gründen ergeben. So wird ein öffentliches Interesse immer dann zu bejahen sein, wenn die Fernwärmeversorgung zu einer Verringerung der Emis-

sionsbelastungen im Verhältnis zur Individualheizung führt. Gerade in Ballungsgebieten ist es erforderlich die Immissionsbelastung zu verringern. Darüber hinaus handelt es sich dabei aber auch um ein öffentliches Bedürfnis der Gemeinde, weil nur dann, wenn überall darauf hingewirkt wird, dass die Schadstoffemissionen verringert werden, tatsächlich eine effektive Verringerung zustande kommt. Dabei ist die Höhe der Schadstoffbelastung in dem für die Festsetzung eines Anschluss- und Benutzungszwanges vorgesehenen Gebietes unerheblich.

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Bedürfnis der Gemeinde an Energieeinsparung. Zwar handelt es sich dabei zunächst um ein globales politisches Ziel, jedoch kann auch dies nur dadurch realisiert werden, wenn sich alle, d. h. Bürger wie staatliche Einrichtungen und Körperschaften an seiner Realisierung beteiligen (Witzel/Topp: a. a. U.). Energieeinsparung kann insbesondere dadurch erreicht werden, wenn durch kombinierte Erzeugung von Strom- und Fernwärme eine höhere Ausnutzung der eingesetzten Primärenergie, wie es in Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen geschieht, möglich ist. Soweit ein generelles öffentliches Bedürfnis zur Energieeinsparung besteht, geht dies auch mit überörtlichen Klimaschutzaspekten einher. Folglich sollte auch bei diesen landesgesetzlichen Vorgaben der globale Klimaschutz als Ziel eines Anschluss- und Benutzungszwangs möglich sein.

Sofern Gemeinden eine Änderung ihrer landesrechtlichen Gesetzgebung anstreben, ist die in Baden-Württemberg getroffene Neuregelung am eindeutigsten. Denn wie dargestellt bezieht sie sich nicht nur auf den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, sondern nennt daneben auch explizit den Klima- und Ressourcenschutz. Sofern es zu einer Änderung durch den Landesgesetzgeber kommt, bedeutet dies jedoch nicht aus sich heraus, dass jede Satzung der Gemeinden nun rechtmäßig ist. Denn wie aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.11.2005 klar hervorgeht, muss eine Fernwärmesatzung, die erst aufgrund einer Rechtsänderung nach ihrem Erlass rechtmäßig hätte erlassen werden können, nach dieser Rechtsänderung neu erlassen werden. Sonst bleibt die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwanges unwirksam. Mit anderen Worten wird die Gemeindeordnung oder Kommunalverfassung neu gefasst, dann muss unter Umständen auch die Satzung für einen Anschluss- und Benutzungszwang neu erlassen werden.

Der Bundesgesetzgeber hat die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aufgenommen und in § 16 EEWärmeG angeordnet, dass die Gemeinde Anschluss- und Benutzungszwang auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes anordnen darf ([http://www.agfw.de/fileadmin/agfw/content/linkes\\_menu/recht/gesetzlicher\\_rahmen\\_und\\_rechtsprechung/Novelle\\_EEWaermeG2009\\_konsolidiert\\_endg.pdf](http://www.agfw.de/fileadmin/agfw/content/linkes_menu/recht/gesetzlicher_rahmen_und_rechtsprechung/Novelle_EEWaermeG2009_konsolidiert_endg.pdf)). Fernwärme schließt dabei im-

mer auch die sogenannte „Nahwärme“ ein. Der Anschluss- und Benutzungszwang gilt auch für die Fernkälteversorgung.

#### **IV. Kollision von öffentlichem Recht und Privatrecht – Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts**

Soweit die Möglichkeiten zur Einführung eines öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges bestehen, wird die Art der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert.

Der BGH und ein Teil der Rechtsprechung (BGH DVBl. 1992, 360 f.; BGH MDR 1984, 558; Sächs. OVG DVBl. 1997, 507 f.; Sächs. FG EFG 2001, 1577f.) sehen grundsätzlich keine Einschränkungen dahingehend, einen öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang mit einer privatrechtlichen Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zu verbinden. Dies wird damit begründet, dass die Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwang in erster Linie der Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit diene, weshalb das Zwangsverhältnis notwendigerweise öffentlich-rechtlicher Natur sein müsse. Hingegen sei Gegenstand der auf Grund des öffentlich-rechtlichen Zwangs begründeten Benutzungsverhältnisse der Austausch von Leistungen. Im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang zu entrichtenden Entgelte wird dahingehend argumentiert, dass diese ausschließlich fiskalischen Zwecken dienen und somit in keinem notwendigen tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang mit dem Anschluss- und Benutzungszwang stehen. Die Bezeichnung "Entgelt" sei als solche neutral. Folglich könne aus der Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs nicht die Unzulässigkeit einer privatrechtlichen Entgeltregelung hergeleitet werden.

Eine engere Beurteilung wurde vom OVG Schleswig-Holstein geprägt. Gerade in jüngster Vergangenheit hatte sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer Entscheidung des OVG Schleswig (CuR 2004, 60 ff.) auseinander zu setzen. Das Bundesverwaltungsgericht (ZNER 2005, 243 f.) hat zwar entschieden, dass die Anordnung eines kommunalrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs für die Fernwärmeversorgung es nicht ausschließt, dass das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestaltet ist. Das Gericht stellt jedoch fest, dass der Anschluss- und Benutzungszwang für eine öffentliche Einrichtung, die durch eine juristische Person des Privatrechts, an der die Kommune nicht beteiligt ist, betrieben wird, nur dann verhältnismäßig ist, wenn die Kommune über hinreichende Einflussmöglichkeiten verfügt, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.

Das Bundesverwaltungsgericht folgt in seiner Entscheidung nicht dem OVG Schleswig und hält an der "2-Stufen-Theorie" fest. Dies bedeutet, dass die erste Stufe – das "Ob" – öffentlich-rechtlichen Grundsätzen unterliegt, während die Gemeinde in der zweiten Stufe betreffend das "Wie" eine Wahlfreiheit hinsichtlich der Regelung des Benutzungsverhältnisses ihrer öffentlichen Einrichtungen hat. Soweit nicht durch kommunalrechtliche Vorschriften eine derartige Vorgehensweise ausdrücklich ausgeschlossen ist, kann die Gemeinde das Benutzungsverhältnis privatrechtlich ausgestalten. Dies beinhaltet auch eine privatrechtliche Entgeltregelung. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, dass dies auch für Einrichtungen gilt, für die ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht. Das Gericht fordert jedoch, dass die Versorgung, die der Bürger aus der öffentlichen Einrichtung beziehen muss, in gleichem Maße gesichert ist, als wenn sie durch die öffentliche Hand selbst erbracht würde. Insoweit folgt das Bundesverwaltungsgericht der Entscheidung des OVG Schleswig.

Das Bundesverwaltungsgericht ist der Auffassung, dass nur die öffentliche Hand die Gewähr dafür trägt, dass die Leistungen, die sich der Bürger nicht aufgrund eigener Entscheidung verschaffen darf, erbracht werden. Um dies sicherzustellen, muss sich die Gemeinde umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten auf das Benutzungsverhältnis sichern. Dies kann im Fall eines sogenannten Betreibermodells entweder über gesellschaftsrechtliche Regelungen oder über direkte vertragliche Vereinbarungen im Betreibervertrag geschehen. Das Bundesverwaltungsgericht führt eine Vielzahl von Möglichkeiten auf, wie z. B. Selbsteintritts-, Übernahme- oder Vetorechte der Gemeinde. Maßstab ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts für die Einwirkungsmöglichkeiten der Gemeinde die Versorgung, die sie bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses gewähren würde. Dieser Aspekt geht jedoch über die Abdeckung des Ausfallrisikos des Betreibers hinaus. So sollen auch Anpassungen an technische Verbesserungen zu Gunsten des angestrebten Emissionsschutzes im Hinblick auf den Satzungszweck möglich sein. Mithin muss die Gemeinde sich auch das Instrumentarium schaffen, den Betreiber zur Durchführung technischer Verbesserungen im Hinblick auf gesteigerte Umweltschutzelange zu verpflichten.

## **V. Lösungsansätze**

Soweit ein öffentlich-rechtlich ausgestalteter Anschluss- und Benutzungszwang für die Fernwärmeversorgung auch in Zukunft Bestand haben soll, müssen die Vorgaben aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes Berücksichtigung finden.

Zunächst müssen die Gemeinden einen Blick auf ihre landesrechtlichen Vorgaben werfen. Denn nicht in jedem Fall geben die Gemeindeordnungen den Kommunen eine Form-Wahlfreiheit hinsichtlich ihrer öffentlichen Einrichtungen. So ist etwa in Sachsen der Begriff der öffentlichen Einrichtung recht eng gefasst. „Eine öffentliche Einrichtung im Sinne von § 2 Abs. 1, § 10 Abs. 2 Sächsische Gemeindeordnung, für die gemäß § 14 Abs. 1 Sächsische Gemeindeordnung Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet werden kann, setzt voraus, dass die Verantwortung für den Einrichtungsbetrieb bei der Gemeinde liegt (Sächsisches OVG, Urteil vom 3. Juni 2003 – 4 D 373/99, NJ 2003, 613 (Leitsatz)).“ Nach den Vorgaben des Landesgesetzgebers, § 2 Abs. 1 Sächsische Gemeindeordnung, erfüllen die Gemeinden in ihrem Gebiet die im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung und schaffen die für das soziale, kulturelle und wirtschaftliche Wohl ihrer Einwohner erforderlichen öffentlichen Einrichtungen, soweit die Gesetze nichts anderes bestimmen. Dies bedeutet, dass die Gemeinde rechtlich in der Lage und tatsächlich bereits ein muss, die maßgeblichen betrieblichen Entscheidungen im Falle eines Anschluss- und Benutzungszwanges für die Fernwärmeversorgung eigenverantwortlich zu treffen. Dies führte dann im Weiteren auch zu der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 6. April 2005 – 8 CN 1.03, in der es unter anderem wegen dieser Umstände für nicht zulässig erachtet wurde, dass ein öffentlich-rechtlicher Anschluss- und Benutzungszwang privatrechtlich ausgestaltet wurde.

Anders verhält sich die Situation z. B. in Schleswig-Holstein. Diese landesgesetzlichen Regelungen waren Grundlage des Anschluss- und Benutzungszwanges der vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 6. April 2005 – 8 CN 1.04 zur Entscheidung anstand. Nach der Gemeindeordnung von Schleswig-Holstein kommt es für die Annahme einer öffentlichen Einrichtung hingegen nur auf die Allgemeinheit des Bereitstellungszweckes an (BVerwG, Urteil vom 6. April 2005, ZNER, 243 (244)). Somit ist in diesem Bundesland ein sehr weit gefasster Begriff der öffentlichen Einrichtung gegeben. Nach § 2 Abs. 1 der Schleswig-Holsteinischen Gemeindeordnung sind die Gemeinden „berechtigt und im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit verpflichtet, in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben in eigener Verantwortung zu erfüllen, soweit die Gesetze nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen. Die Gemeinden sind nicht verpflichtet, öffentliche Aufgaben selbst zu erfüllen, wenn diese ebenso gut auf andere Weise, insbesondere durch Private erfüllt werden; .... Bevor die Gemeinde eine öffentliche Aufgabe übernimmt, die zu erfüllen sie nicht gesetzlich verpflichtet ist, hat sie zu prüfen, ob die Aufgabe nicht ebenso gut auf andere Weise, insbesondere – durch Private erfüllt werden kann; ...“. Damit wird deutlich, dass es hier auch unerheblich ist, wer Eigentümer der Einrichtung ist. Die öffentliche Einrichtung muss nicht im Eigentum der Stadt stehen.

Da es bezüglich des Begriffes „öffentliche Einrichtungen“ für die einzelnen Bundesländer keine wesentliche Rechtsprechung gibt, empfiehlt es sich bei der jeweiligen Kommunalaufsicht anzufragen, welche besonderen Anforderungen an eine öffentliche Einrichtung im jeweiligen Bundesland gestellt werden. Danach entscheidet sich, ob es einer Gemeinde gestattet ist, bei Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwanges für die Fernwärme das Benutzungsverhältnis privatrechtlich auszugestalten oder ob sie verpflichtet ist, dies selbst mit öffentlich-rechtlichen Strukturen durchzuführen.

Sofern es nach den landesrechtlichen Vorgaben möglich ist, für die Fernwärmeversorgung einen Anschluss- und Benutzungszwang im Wege einer Satzung zu erlassen und die Durchführung privatrechtlich zu organisieren, sind weiterhin die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichtes zur Absicherung der Versorgung zu beachten.

Problemlos ist die Situation dann, wenn die Versorgung mit Fernwärme durch eine Eigengesellschaft der Gemeinde übernommen wird, da hier Kontroll- und Eingriffsmöglichkeiten der Gemeinde umfänglich bestehen. Zumindest muss die Gemeinde bei dem versorgenden Privatunternehmen eine Mehrheitsbeteiligung inne haben, dann sind in der Regel über die gesellschaftsrechtlichen Einbindungen Kontroll- und Mitspracherechte gesichert.

Ebenso unproblematisch ist die Einschaltung eines Privaten im Rahmen eines sogenannten Betriebsführungsmodells, bei dem das Benutzungsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Benutzer der Einrichtung besteht (BVerwG ZNER 2005, 243, 244).

Sofern diese Möglichkeiten nicht bestehen und die Gemeinde ein fremdes "Privatunternehmen" mit der Fernwärmeversorgung beauftragen möchte, muss sie einen Betreibervertrag abschließen, um die Dauerhaftigkeit des öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges sicherzustellen.

Zunächst muss die Gemeinde bei der Übertragung der Versorgung auf einen Dritten dessen Leistungsfähigkeit, seine Fachkunde sowie seine Zuverlässigkeit überprüfen. Dies gilt auch für seine Beauftragten.

Die Leistungsfähigkeit kann etwa durch Offenlegung der Geschäftsberichte und Bilanzen nachgewiesen werden. Zum Nachweis der Fachkunde eignet sich ein zertifiziertes (DIN ISO 14001) und validiertes (EMAS) Umweltmanagementsystem. Die Zuverlässigkeit des Betreibers ergibt sich unter Umständen aus bereits bestehenden Geschäftsbeziehungen des Betreibers.

Sofern der Gemeinde etwa weder das Fernwärmenetz noch die Versorgungsanlagen gehören, ist es denkbar, eine Sicherungsvereinbarung zu schließen.

## **VI. Vergaberechtliche Aspekte**

Im Zusammenhang mit der Beauftragung eines Betreibers stellt sich die Frage, ob die Gemeinde vergaberechtliche Aspekte berücksichtigen muss. Bei hundertprozentigen Eigengesellschaften der Gemeinde ist das Vergaberecht nicht einschlägig. Diese sog. In-House-Geschäfte müssen nicht ausgeschrieben werden. In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, um welche Art von Geschäft es sich hier handelt. In Betracht zu ziehen ist eine Dienstleistungskonzession. Dabei erhält der Betreiber das Entgelt für die von ihm erbrachte Dienstleistung von einem Dritten und nicht von der Gemeinde. Weiterhin trägt der Dienstleistungserbringer das Betriebsrisiko für die fraglichen Dienstleistungen. Derartige Dienstleistungskonzessionen sind vom Vergaberecht ausgeschlossen.

Vergabefreie In-House-Geschäfte haben durch die Rechtsprechung des EuGH jedoch weitreichende Einschränkungen erfahren. So hat der EuGH in der Teckal-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98, Rn 50, NZBau 2000, 90) entschieden, dass Voraussetzung für eine vergabefreie Beauftragung ist, dass „die Gebietskörperschaft über die fragliche Person eine Kontrolle ausübt, wie über ihre eigenen Dienststellen“ und dass „diese Person zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaft oder die Gebietskörperschaften verrichtet, die ihre Anteile innehaben“. Mithin sind bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um ein vergabefreies In-House-Geschäft handelt, alle einschlägigen Rechtsvorschriften und Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Sofern der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Auftraggebern, etwa den Gemeinden, das gesamte Kapital des beauftragten Unternehmens hält, so deutet dies darauf hin, dass der öffentliche Auftraggeber über dieses Unternehmen eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Ferner ist zu unterstellen, dass das Unternehmen dann seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber, der seine Anteile innehat, ausübt, wenn das beauftragte Unternehmen hauptsächlich für diesen Auftraggeber tätig wird und jede weitere Tätigkeit rein nebensächlich ist.

Eine weitere Einschränkung hat der EuGH jedoch mit seiner Entscheidung in der Rechtssache „Stadt Halle“ (EuGH, Urteil vom 11.1.2005 - C-26/03, NZBau 2005, 111) ausgesprochen. Denn nach Auffassung des EuGH schließt bereits die geringste Beteiligung eines privaten Dritten an dem Auftragnehmer aus, dass der öffentliche Auftraggeber über dieses Unternehmen eine Kontrolle ausüben kann, wie über seine eigenen Dienststellen. Der EuGH (Rn 50) begründet dies

damit, dass die Beziehungen zwischen einer öffentlichen Stelle, die ein öffentlicher Auftraggeber ist und ihren Dienststellen durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen. Die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen beruhe dagegen auf Überlegungen, die mit privaten Interessen zusammenhängen. Dies führe zur Verfolgung andersartiger Ziele. Folglich ist in derartigen Konstellationen eine Ausschreibung durchzuführen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 13. 10. 2005, Rechtssache C-458/03: Parking Brixen GmbH) muss die Gemeinde in manchen Fällen die Grundregeln des EGVertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung im Besonderen beachten. Dies bedeutet eine Verpflichtung zur Transparenz. Nach den Ausführungen des EuGH besteht die Transparenzpflicht darin, "das zugunsten der potentiellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der die Dienstleistungskonzession dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind" (Rn 49 der Entscheidung). Der der Entscheidung des EuGH zugrunde liegende Fall beinhaltete jedoch letztlich einige Besonderheiten, so dass als Fazit festgehalten werden kann, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz es einer öffentlichen Stelle verbieten, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne Ausschreibung an eine Aktiengesellschaft zu vergeben, die durch Umwandlung eines Sonderbetriebs dieser öffentlichen Stelle entstanden ist, deren Geschäftszweck auf bedeutende neue Bereiche ausgeweitet wurde, deren Kapital bald für Fremdkapital offen stehen muss, deren geographischer Tätigkeitsbereich auf das gesamte Land und das Ausland ausgedehnt wurde und deren Verwaltungsrat sehr weitgehende Vollmachten der Verwaltung inne hat, die er selbstständig ausüben kann.

Eine weitere wichtige Entscheidung hat der EuGH am 11. Mai 2006 in der Rechtssache „Carbothermo“ (C-340/04) erlassen. Die Entscheidung konkretisiert die frühere Rechtsprechung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Auftrag, den die öffentliche Hand an ein „eigenes“ Unternehmen vergibt, von der Ausschreibungspflicht befreit ist. In dem Rechtsstreit ging es um die Direktvergabe eines Lieferauftrages im Energiesektor an eine italienische Aktiengesellschaft (AGESP SpA) durch die Gemeinde Busto Arsizio. Die Auftragnehmerin wird zu 100 % von einer Muttergesellschaft (AGESP Holding) kontrolliert, deren Anteile wiederum zu 99,98 % dem Eigentum der auftraggebenden Gemeinde und zu 0,02 % im Besitz umliegender Gemeinden ist. Diese Direktvergabe wurde von zwei Konkurrenten der Auftragnehmerin beanstandet.

Der EuGH greift in seiner Entscheidung die bereits im Teckal-Urteil aufgestellten Kriterien „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ und „Tätigkeit des Auftragnehmers im Wesentlichen für



den/die Körperschaften, die die Anteile innehaben“ auf. Hinsichtlich des ersten Kriteriums führt der EuGH unter Bezugnahme auf sein Urteil in der Rechtssache Parking Brixen aus, dass bei der Beurteilung, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt, alle Rechtsvorschriften und maßgebenden Umstände zu berücksichtigen seien. Entscheidend sei, dass der Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die Entscheidungen des Auftragnehmers ausüben kann. Dies betrifft sowohl die strategischen Ziele als auch alle wichtigen Entscheidungen dieser Gesellschaft. Folglich umfasst die Prüfung dieses Kriteriums alle Rechtsvorschriften und maßgeblichen (vertraglichen) Umstände. Der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber allein oder zusammen mit anderen öffentlichen Stellen das gesamte Kapital einer auftragnehmenden Gesellschaft hält, sei zwar ein Indiz, aber nicht unbedingt entscheidend. Die Zwischenschaltung einer Holding kann, insbesondere, wenn den Verwaltungsräten uneingeschränkt umfassende Befugnis zur ordentlichen und außerordentlichen Leitung der Gesellschaft zukommen, die Kontrolle weiter schwächen, die der öffentliche Auftraggeber allein aufgrund seiner Kapitalbeteiligung an einer Aktiengesellschaft möglicherweise über diese ausübt.

In dem zur Entscheidung vorliegenden Fall hielt der EuGH den Einfluss der Auftraggeberin mangels entsprechender Kontrollbefugnisse und besonderer Stimmrechte der Auftraggeberin in der Aktiengesellschaft für nicht ausreichend. Mithin konnte die Kommune über die Auftragnehmerin keine Kontrolle wie über ihre eigene Dienststelle ausüben mit der Folge, dass eine Ausschreibungspflicht bestanden hätte.

Auch das weitere Kriterium aus dem Teckal-Urteil „Tätigkeit des Auftragnehmers im Wesentlichen für den/die Körperschaften, die die Anteile innehaben“ wurde vom EuGH weiter konkretisiert.

Das Gericht sieht das Kriterium dann als erfüllt an, wenn der Auftragnehmer hauptsächlich für die auftraggebende Körperschaft tätig wird und jede andere Tätigkeit rein nebensächlich sei. Zur Beurteilung müssen die Gerichte vor dem Hintergrund der Bewahrung des Wettbewerbs alle qualitativen wie quantitativen Umstände des Einzelfalls berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist im Wesentlichen auf den Umsatz, der aufgrund von Vergabeentscheidungen der Körperschaft/en erzielt werde, abzustellen. Unbeachtlich sei, ob die Tätigkeit vom Auftraggeber oder vom Nutzer vergütet werde. Ebenso sei es unerheblich, in welchem territorialen Gebiet diese Tätigkeit stattfinde. Bei einem Unternehmen, dessen Anteile von mehreren Körperschaften gehalten werde, sei auf die Tätigkeit abzustellen, die es für diese Körperschaften verrichte.

Insgesamt liefert diese erneute Entscheidung des EuGH weitere Anknüpfungspunkte für die Auslegung der Teckal-Kriterien, ohne jedoch Signale dafür zu geben, dass der EuGH von seiner restriktiven Rechtsprechung in seiner Entscheidung „Stadt Halle“ abweicht. Insgesamt zeichnet sich ab, dass die Annahme von vergaberechtsfreien In-House-Geschäften bei der Beauftragung einer Aktiengesellschaft zunehmend schwierig werden dürfte; in jedem Fall sind weitreichende Beherrschungsverträge abzuschließen. Auch bei einer Holding-Konstruktion muss sich die Gemeinde umfassende Kontrollrechte sichern.

## Anhang 1

### Mustervertrag

Vertrag zur Sicherstellung der Versorgung mit Fernwärme zwischen der Gemeinde

.....

und

dem Betreiber.....

des Heizwerks.....

gemäß dem von der Gemeinde.....per Satzung vom .....auf  
der Grundlage des § ..... Gemeindeordnung festgesetzten Anschluss- und Benutzungszwangs.

#### Präambel

Die Gemeinde ... hat durch Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang für die öffentliche Fernwärmeversorgung begründet. Nach der aktuellen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung folgt aus der Begründung eines solchen Anschluss- und Benutzungszwangs in dem Fall, dass die Gemeinde die Einrichtung nicht selbst betreibt, eine Einstandsverpflichtung gegenüber dem dem Anschluss- und Benutzungszwang Unterworfenen. Die Stadt muss Vorsorgemaßnahmen in der Gestalt treffen, dass sie die Anschluss- und Benutzungspflichtigen auf eine andere öffentliche Einrichtung verweisen oder den Betrieb kurzfristig in eigener Regie oder durch einen neuen Betreiber fortführen kann.

Vor diesem Hintergrund enthält der vorliegende Vertrag Regelungen als Vorsorgemaßnahme, um der Gemeinde erforderlichenfalls den eigenen Zugriff auf das Leitungsnetz und die Versorgungsanlage zu sichern, insbesondere 1. bei dauerhafter Schlechterfüllung der von dem Betreiber im nachstehendem Vertrag übernommenen Verpflichtungen, 2. bei Insolvenz des Betreibers.

#### § 1 Betreiber

1. Der Betreiber ..... versorgt die aus dem Anschluss und Benutzungszwang verpflichteten Kunden mit Fernwärme für Raumheizung und Warmwasserversorgung.

2. Hierzu wird die nachfolgend beschriebene Erzeugungsanlage eingesetzt:  
.....
3. Die Versorgung erstreckt sich auf das in der Satzung festgelegte Versorgungsgebiet.
4. Der Betreiber ist verpflichtet, im Rahmen der vertraglichen Gestaltung der Abnahmeverhältnisse die AVBFernwärmeV vom 20.6.1980 in der jeweils gültigen Fassung zuzugrunde zu legen.

## **§ 2 Sicherungsübereignung**

Der Betreiber übereignet hiermit das in dem Versorgungsgebiet der Gemeinde ... gemäß anliegender Gebietskarte (Anlage 1) verlegte und aus der beigefügten Anlagenauflistung (Anlage 2) ersichtliche Fernwärmeleitungsnetz sowie die Fernwärmeversorgungsanlage an die Gemeinde, und zwar zur Sicherung der in § 4 bezeichneten Ansprüche gegen den Betreiber.

## **§ 3 Besitzrechtsverhältnis**

1. Die Gemeinde stellt das nach § 2 übereignete Fernwärmeleitungsnetz und die Fernwärmeversorgungsanlage dem Betreiber insgesamt unentgeltlich im Wege der Leihe zur Verfügung. Der Betreiber ist unmittelbarer Besitzer des Fernwärmeleitungsnetzes und der Versorgungsanlage.
2. Die Parteien sind sich einig, dass entsprechend dem Zweck des vorliegenden Vertrages wirtschaftlich das Fernwärmeleitungsnetz dem Betreiber zugeordnet sein soll. Jegliche Mängelhaftung der Gemeinde ist ausgeschlossen. Jegliche Ansprüche des Betreibers gegen die Gemeinde auf Ersatz von Verwendungen sind ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist auch das Wegnahmerecht gemäß § 601 Abs. 2 Satz 2 BGB.

## **§ 4 Sicherungsabrede**

1. Die Sicherungsübereignung erfolgt zur Sicherung des hier zwischen der Gemeinde und dem Betreiber abgeschlossenen Betreibervertrages.
2. Gesichert sind insbesondere die vertraglichen Ansprüche, Rechte und Befugnisse der Gemeinde gegen den Betreiber darauf, die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherstel-

lung der Fernwärmeversorgung selbst oder durch Dritte ergreifen zu lassen, falls der Betreiber die tatsächliche Wärmeversorgung nach den satzungsmäßigen und sonstigen Regelungen der Gemeinde nicht gewährleistet. Die Gemeinde wird das Sicherungseigentum nur in Anspruch nehmen, falls mildere Mittel nicht ausreichen.

3. Gesichert ist auch die Befugnis der Gemeinde im Falle der außerordentlichen Kündigung des Betreibervertrages wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder eines vergleichbaren Verfahrens oder eines Antrags hieraus oder eines sonstigen dauerhaften Ausfalls des Betreibers bei der ordnungsgemäßen Betriebsführung diese Betriebsführung selbst zu übernehmen oder durch einen Dritten übernehmen zu lassen.
4. Das Sicherungseigentum wird durch unmittelbaren Zugriff der Gemeinde bzw. ihrer Beauftragten auf das Fernwärmeleitungsnetz und der Versorgungsanlagen zum Zwecke der Durchführung der Versorgung verwirklicht.

### **§ 5 Pflichten des Betreibers**

1. Der Betreiber muss seine Fachkunde im Bereich der Fernwärmeversorgung durch ein zertifiziertes und validiertes Vertragsmanagementsystem belegen und dies kontinuierlich überprüfen und dokumentieren.
2. Der Betreiber muss die Gemeinde über Auswahl und Einstellung von leitenden Angestellten informieren. Er muss die Gemeinde ebenso bei der Beauftragung von Erfüllungsgehilfen informieren.
3. Der Betreiber muss die von ihm zur Versorgung benötigten Anlagen gegen Brandschäden und unter Umständen gegen Hochwasserschäden versichern.
4. Der Betreiber muss der Gemeinde seine Jahresabschlüsse und Geschäftsberichte vorlegen.
5. Der Betreiber hat die übernommene Aufgabe der Versorgung der angeschlossenen Kunden selbst zu erfüllen. Eine Weiterübertragung der übernommenen Pflichten ist unzulässig.

6. Der Betreiber ist verpflichtet die Erzeugungsanlagen auf dem technisch neuesten Stand zu halten.
7. Im Falle der Kündigung nach § 10 ist der Betreiber verpflichtet, unterstützend tätig zu werden und der Gemeinde oder ihren Beauftragten Zugriff auf alle erforderlichen Betriebsmittel zu gewähren.

### **§ 6 Pflichten der Gemeinde**

1. Die Gemeinde hat den Betreiber frühzeitig darüber in Kenntnis zu setzen, wenn sie beabsichtigt, dass in der Satzung festgeschriebene Versorgungsgebiet für den Anschluss- und Benutzungszwang zu erweitern.
2. Die Gemeinde ist verpflichtet, den Betreiber über geplante Straßenbaumaßnahmen zu informieren.

### **§ 7 Kontroll- und Überwachungsrecht der Gemeinde**

1. Die Gemeinde hat das Recht der Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen des Betreibers.
2. Die Gemeinde hat das Recht die Personalakten der leitenden Angestellten einzusehen.
3. Die Gemeinde hat das Recht eingeschaltete Erfüllungsgehilfen stichprobenartig zu kontrollieren. Bei deren Beauftragung hat die Gemeinde ein Mitspracherecht.
4. Die Gemeinde hat ein Betretungsrecht für alle der Aufgabenerfüllung dienenden Anlagen und Grundstücke des Betreibers.

### **§ 8 Veräußerung von Grundstücken/Anlagen der Fernwärmeversorgung.**

Der Betreiber ist grundsätzlich nicht berechtigt Grundstücke und Anlagen, die der Fernwärmeversorgung dienen, während der Vertragslaufzeit zu veräußern. Sollten die Anlagen für die Wärmezeugung nicht mehr benötigt werden, so bedarf der Betreiber für den Verkauf der Zustimmung der Gemeinde. Dies gilt auch für Grundstücke des Betreibers. Bei Grundstücken ist der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht vorzubehalten.

## **§ 9 Vertragslaufzeit**

Der Vertrag hat eine Vertragslaufzeit von 20 Jahren ab dem Datum der Unterzeichnung.

## **§ 10 Kündigung**

Die Gemeinde kann den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn der Betreiber seinen Verpflichtungen aus diesem Vertrag nicht nachkommt oder die Gemeinde an der Ausübung ihrer Rechte hindert, wenn über das Vermögen des Betreibers das Insolvenzverfahren oder eine vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist.

## **§ 11 Folgen der Vertragsbeendigung**

Im Falle des Ablaufs der Vertragslaufzeit oder einer Kündigung gemäß § 10 ist der Betreiber verpflichtet, auf Anforderung der Gemeinde einstweilige Maßnahmen zur unterbrechungsfreien Aufrechterhaltung der Wärmeversorgung zu ergreifen, ohne dass dies eine Verlängerung der Vertragslaufzeit bedeuten würde. In gleicher Weise ist der Betreiber verpflichtet, einstweilige Maßnahmen der Stadt zu dem genannten Zweck zu dulden, insbesondere den Zugriff auf Betriebsmittel. Die Anforderungen und Maßnahmen der Stadt haben sich auf das zu dem genannten Zweck Erforderliche zu beschränken. Die Zeitdauer dieser Verpflichtung ist auf 6 Monate beschränkt; in diese Frist wird die Zeit eines Rechtsstreits über den Ablauf der Vertragslaufzeit oder über die Wirksamkeit einer Kündigung nicht eingerechnet.

## **§ 12 Benutzungsdienstbarkeit**

1. Zur Aufrechterhaltung der Wärmeversorgung in dem Gebiet, das dem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegt, wird zu Gunsten der Gemeinde eine Benutzungsdienstbarkeit an dem Grundstück bestellt, auf dem sich die von dem Betreiber betriebene Wärmeversorgungsanlage befindet. Das Grundstück steht im Eigentum des Betreibers.
2. Die Parteien vereinbaren hiermit, dass die Dienstbarkeit nur ausgeübt werden darf, wenn einer der in § 10 genannten Gründe vorliegt.

3. Für die Überlassung der Anlagen erhält der Betreiber eine angemessene Vergütung. Bei Übernahme des Eigentums durch die Gemeinde oder einen von ihnen benannten Dritten ist der Ertragswert anzusetzen.

### **§ 13 Vertragsanpassungen**

Vertragsanpassungen bedürfen der Schriftform.

.....

Ort, Datum

.....

Gemeinde Betreiber



## Anhang 2

### **Mustersatzung**

der Gemeinde ... über die Wärmeversorgung der Grundstücke und den Anschluss an die öffentliche Fernwärmeversorgungsanlage

#### **– Fernwärmesatzung –**

Aufgrund der §§ ... der Gemeindeordnung für ... vom ..., zuletzt geändert durch ..., hat die Stadtverordnetenversammlung der Gemeinde ... vom ... folgende Satzung beschlossen:

#### **§ 1 Allgemeines**

1. Die Gemeinde ... betreibt als öffentliche Einrichtung die Fernwärmeversorgung. Diese dient (hier ist einzusetzen je nach Landesrecht der Zweck der Satzung, z. B.: Diese dient dem Schutz der Luft und des Klimas als natürlichen Grundlagen des Lebens. Zu diesem Ziel soll die Fernwärmeversorgung dadurch einen Beitrag leisten, dass insbesondere durch den Einsatz der Kraft-Wärme-Kopplung und Erreichung eines möglichst hohen Versorgungsgrades bei globaler Betrachtung unter Einbeziehung ersparter Kraftwerksleistungen an anderer Stelle der Ausstoß von Schadstoffen einschließlich klimaschädlicher Kohlendioxid-Emissionen im Vergleich zu einer Wärmeversorgung mit Einzelfeuerungsanlagen verringert wird).
2. Die Gemeinde darf die Durchführung der Wärmeversorgung einem Wärmeversorgungsunternehmen übertragen. Die Verantwortung der Stadt als Trägerin der öffentlichen Einrichtung „Wärmeversorgung“ bleibt davon unberührt. (Diese Gestaltungsmöglichkeit ist abhängig von den Vorgaben des jeweiligen Bundeslandes wie eine „öffentliche Einrichtung“ zu gestalten ist.)
3. Art und Umfang der Nahwärmeversorgungsanlagen, den Zeitpunkt ihrer Herstellung, Erweiterung und Erneuerung sowie Art und Zustand des Wärmeträgers bestimmt die Stadt.

4. Die Wärmeverbrauchsanlagen auf den Grundstücken werden mit Wärme für Raumheizung, Warmwasserbereitung und allen sonstigen geeigneten Verwendungszwecken versorgt.
5. Wärmeträger für die Versorgungsanlagen ist Heißwasser.

## **§ 2 Versorgungsgebiet**

Das Versorgungsgebiet des Fernwärmenetzes liegt innerhalb der in der Anlage 1 textlich beschriebenen Grenzen. Seine Lage ergibt sich aus dem dieser Satzung als Anlage 2 beigefügten Übersichtsplan.

## **§ 3 Anschluss- und Benutzungsrecht**

1. Jeder Eigentümer eines im Versorgungsgebiet gelegenen bebauten oder bebaubaren Grundstücks ist, vorbehaltlich der Einschränkung in § 4 berechtigt zu verlangen, dass sein Grundstück an die Fernwärmeversorgung angeschlossen wird (Anschlussrecht). Das Anschlussrecht erstreckt sich nur auf solche Grundstücke, die an eine betriebsfertige öffentliche Fernwärmeleitung angeschlossen werden können. Dazu muss die öffentliche Fernwärmeleitung in unmittelbarer Nähe des Grundstücks oder auf dem Grundstück verlaufen.
2. Nach dem betriebsfertigen Anschluss des Grundstücks an die Fernwärmeversorgungsanlagen haben die Anschlussnehmer das Recht, die benötigten Wärmemengen aus den Fernwärmeversorgungsanlagen zu entnehmen (Benutzungsrecht).

## **§ 4 Begrenzung des Anschlussrechtes**

1. Ist der Anschluss wegen der besonderen Lage des Grundstücks oder aus sonstigen technischen oder wirtschaftlichen Gründen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden oder sind dafür besondere Maßnahmen und Aufwendungen erforderlich, kann der Anschluss versagt werden. Dies gilt nicht, wenn der Antragsteller sich bereit erklärt, neben dem Anschlusspreis auch die entstehenden Mehrkosten für den Bau und gegebenenfalls für den Betrieb zu tragen. In diesem Fall hat er auf Verlangen angemessene Sicherheit zu leisten.

2. Sind die Gründe, die zur Versagung des Anschlusses geführt haben, fortgefallen, ist nach den Vorschriften dieser Satzung zu verfahren.

### **§ 5 Anschlusszwang**

1. Jeder Eigentümer eines Grundstücks, das durch eine Straße (Weg, Platz) erschlossen ist (§ 3 Abs. 1), in der sich eine betriebsfertige Nahwärmeleitung befindet, ist verpflichtet, sein Grundstück an die Nahwärmeversorgung anzuschließen, sobald es mit einem Gebäude oder mit mehreren Gebäuden bebaut ist, oder mit einer Bebauung begonnen wird und auf ihn Wärmeverbrauchsanlagen betrieben werden sollen.
2. Die Stadt gibt öffentlich bekannt, welche Straßen mit betriebsfertigen Versorgungsleitungen versehen sind. Mit Ablauf eines Monats nach erfolgter öffentlicher Bekanntgabe ist der Anschlusszwang wirksam.
3. Werden an öffentlichen Straßen, die noch nicht mit Versorgungsleitungen ausgestattet sind, aber später damit versehen werden sollen, Neubauten errichtet, so sind auf Verlangen der Stadt alle Einrichtungen für einen späteren Anschluss vorzubereiten. Das Gleiche gilt, wenn bereits bestehende Bauten durch An- und Umbau wesentlich geändert werden sollen.

### **§ 6 Benutzungszwang**

1. Der gesamte Wärmebedarf im Sinne von § 1 Abs. 4 ist ausschließlich aus den Fernwärmeversorgungsanlagen zu entnehmen.
2. Die Errichtung und der Betrieb von Wärmeerzeugungsanlagen für den in § 1 Abs. 4 der Satzung genannten Verwendungszweck ist nicht gestattet.

### **§ 7 Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang**

1. Für Bauwerke, deren Warmwasser- oder Heizenergiebedarf oder beides durch solarthermische Anlagen teilweise oder ganz gedeckt werden sollen, wird Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang in dem Maße, als dieses durch solarthermische Versorgung ersetzt werden kann, erteilt. Für sogenannte „Nullenergie-Häuser“ wird eine Be-

freierung vom Anschluss- und Benutzungszwang erteilt. (Denkbar ist auch: Die Errichtung und den Betrieb von mit Holz befeuerten Kaminen zuzulassen.)

2. Die Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang ist innerhalb eines Monats nach schriftlicher Aufforderung zum Anschluss schriftlich bei der Gemeinde zu beantragen und unter Beifügung der erforderlichen Unterlagen zu begründen.
3. Die Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang wird widerruflich oder befristet erteilt.

### **§ 8 Kreis der Verpflichteten**

Die sich aus dieser Satzung für den Eigentümer ergebenden Rechte und Pflichten gelten entsprechend auch für die dinglich Nutzungsberechtigten. Mehrere Verpflichtete haften als Gesamtschuldner.

### **§ 9 Anschluss an Fernwärmeversorgungsanlagen**

1. Der Anschluss an die Fernwärmeversorgungsanlagen ist vom Verpflichteten bei der Stadt bzw. der von ihr eingesetzten Betreibergesellschaft zu beantragen. Bei Neubauten ist der Antrag gleichzeitig mit dem Antrag auf Baugenehmigung zu stellen.
2. Die Fernwärmeversorgung erfolgt auf privatrechtlicher Grundlage. Die Bedingungen des Versorgungsverhältnisses richten sich nach der Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) vom 20.6.1980 (BGBl I Seite 743) in der jeweils geltenden Fassung, den ergänzenden Bestimmungen für die Fernwärmeversorgung der Stadt bzw. des Betreibers bzw. nach den allgemeinen Wärmelieferungsverträgen für Industriekunden der Gemeinde und den technischen Anschlussbedingungen für den Anschluss an das Fernwärmenetz.

### **§ 10 Begriff des Grundstücks**

Grundstück im Sinne dieser Satzung ist unabhängig von der Eintragung im Liegenschaftskataster und im Grundbuch jeder zusammenhängende Grundbesitz, der eine selbstständige wirtschaftliche Einheit bildet, sofern auf dieser Wärme verbraucht wird.

## **§ 11 Inkrafttreten**

Diese Satzung tritt am Tage nach ihrer Bekanntmachung in Kraft.

Ort, Datum

Gemeinde

- der/die Bürgermeister/in -