

Kommunale Wärmeplanung – rechtliche Weichen jetzt stellen!

Die Kommunale Wärmeplanung wird für jede Kommune im Bund zur Pflicht. Im jüngsten Entwurf des Wärmeplanungsgesetzes (WPG) des Bundes wurden die geplanten Fristen sogar noch einmal verkürzt.

Für kommunale Entscheiderinnen und Entscheider drängt die Zeit. Stellen Sie also schon jetzt die richtigen Weichen!

Wir beraten Sie dazu umfassend in den für Sie wichtigen Rechtsfragen, insbesondere zum Vergabe-, Fördermittel- und Kommunalrecht.

Im Folgenden beantworten wir für Sie einige der uns aktuell häufig gestellten Fragen zur kommunalen Wärmeplanung, um Ihnen den bestmöglichen Einstieg in die Umsetzung zu geben:

Frage 1:

„Ab wann sind die Kommunen denn nun gesetzlich verpflichtet, eine kommunale Wärmeplanung durchzuführen?“

Es kommt darauf an!

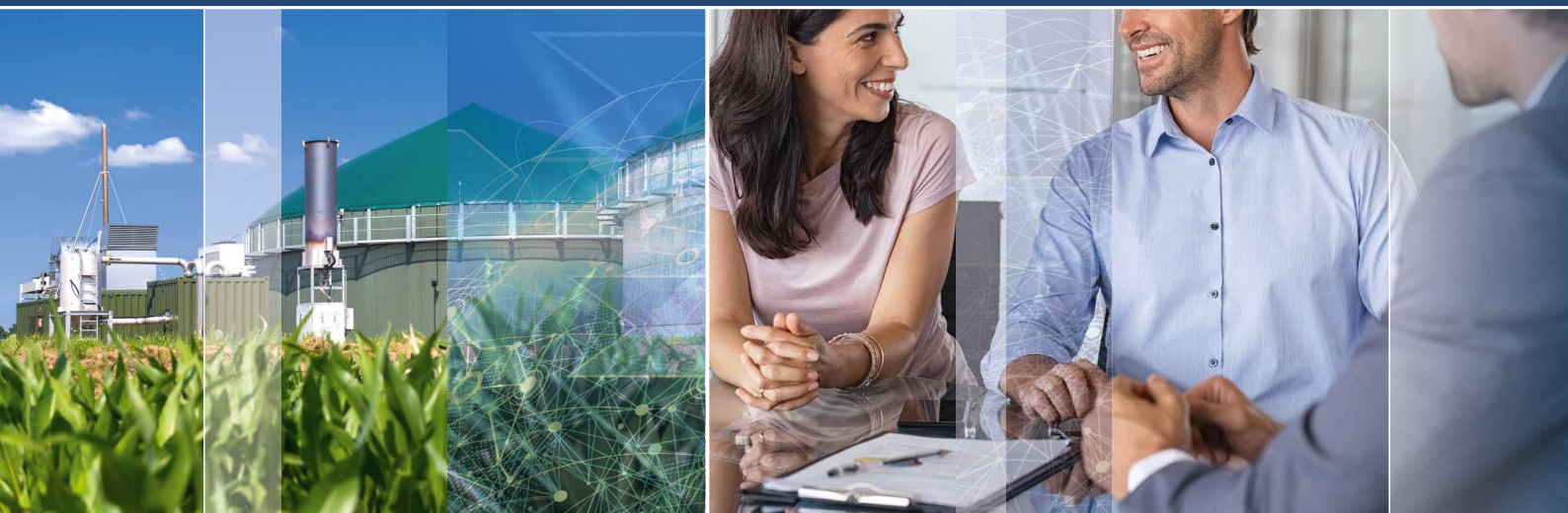
In manchen Bundesländern besteht bereits eine **landesgesetzliche** Pflicht zur kommunalen Wärmeplanung, in manchen Bundesländern steht sie in wenigen Monaten bevor (zum Beispiel in **Hessen**: Ab dem **29.11.2023** sind nach § 13 Abs. 1 des Hessischen Energiegesetzes (HEG) Gemeinden mit mehr als 20.000 Einwohnerinnen und Einwohnern verpflichtet, zur Erreichung der Energie- und Klimaziele eine kommunale Wärmeplanung zu entwickeln, fortlaufend zu aktualisieren und zu veröffentlichen.).

Klar ist aber: **Die Pflicht zur kommunalen Wärmeplanung wird aufgrund des vom Bund geplanten Wärmeplanungsgesetzes (WPG) kommen!**

War im Gesetzesentwurf vom 01.06.2023 noch vorgesehen, dass Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern bis Ende 2027 und Gemeinden mit 10.000 bis 100.000 Einwohnern bis Ende 2028 Wärmepläne erstellen müssen, heißt es im Gesetzesentwurf vom 16.08.2023 nun aber, dass dies **bis zum Ablauf des 30.06.2026 für Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern und bis zum Ablauf des 30.06.2028 für Gemeinden unter 100.000 Einwohner** zu erfolgen hat.

Damit wurden nicht nur die Fristen zur Erstellung der Wärmepläne erheblich verkürzt, sondern die Ausnahme aufgehoben, dass für Gemeinden unter 10.000 Einwohnern von der Wärmeplanung abgesehen werden kann. Damit haben nach dem aktuellen Entwurf des WPG grundsätzlich alle Gemeinden eine Wärmeplanung zu erstellen.

Geplant ist, dass das WPG Anfang 2024 in Kraft tritt. Jede Gemeinde sollte deshalb sehr zeitnah die Weichen für ihre kommunale Wärmeplanung stellen.



Frage 2:

„Wenn die Gemeinde schon eine kommunale Wärmeplanung gemäß ihrem Landesgesetz erstellt hat – war die Wärmeplanung nun umsonst bzw. muss diese an das bundesgesetzliche WPG angepasst werden?“

Grundsätzlich ist der kommunale Wärmeplan nicht umsonst erstellt worden. Denn nach § 5 des geplanten WPG soll die Wirksamkeit bestehender Wärmepläne unberührt bleiben.

Dies soll auch für freiwillig (also bei Fehlen einer landesgesetzlichen Pflicht) erstellte Wärmepläne gelten, sofern diese mit den Anforderungen des WPG „im Wesentlichen vergleichbar“ sind. So unklar letzteres auf den ersten Blick sein kann: Eine Vergleichbarkeit in diesem Sinne soll insbesondere dann gegeben sein, wenn die Erstellung des Wärmeplans mit Bundes- oder Landesmitteln gefördert wurde.

Ein nach der Kommunalrichtlinie (KRL) geförderter kommunaler Wärmeplan dürfte insofern prinzipiell Bestand haben!

Mit dieser Abgrenzungsregel sind aus unserer Sicht aber keineswegs alle Probleme gelöst. So wird etwa zu klären sein, welche landesgesetzlichen Regelungen mit Blick auf das Gebrauchsmachen des Bundes von seiner Gesetzgebungskompetenz überhaupt noch wirksam bestehen bleiben können.

Es bleibt daher abzuwarten, wie sich Bund und Länder in Abgrenzungsfragen verständigen und welche Lösungen sich in der Rechtspraxis entwickeln.

Für den Moment gilt es gleichwohl, die mit der kommunalen Wärmeplanung verfolgten Ziele im Blick zu behalten und auch bei rechtlichen Unsicherheiten mutige und flexible Entscheidungen zu treffen.

Frage 3:

„Bekommt die Gemeinde für die kommunale Wärmeplanung auch dann noch eine finanzielle Förderung für externe Dienstleister auf Grundlage der Kommunalrichtlinie, wenn die gesetzliche Pflicht zur kommunalen Wärmeplanung in Kraft tritt?“

Grundsätzlich nicht!

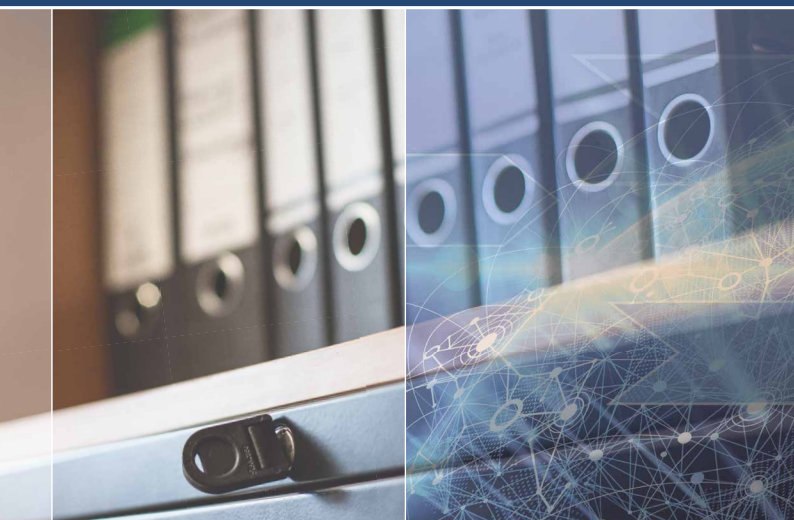
Nach Ziff. 2 der KRL sind gesetzlich verpflichtend durchzuführen Maßnahmen von der Förderung ausgeschlossen.

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn die gesetzliche Pflicht zur kommunalen Wärmeplanung innerhalb des sog. Bewilligungszeitraums eintritt.

Der Bewilligungszeitraum ist der Zeitraum, innerhalb dessen die geförderte Maßnahme – hier also die kommunale Wärmeplanung – abgeschlossen sein muss. Nach Ziff. 4.1.11 KRL beträgt der Bewilligungszeitraum für die Erstellung kommunaler Wärmepläne durch fachkundige externe Dienstleister in der Regel 12 Monate (und kann nur in Ausnahmefällen verlängert werden).

Würde z. B. eine hessische Gemeinde, die ab dem 29.11.2023 landesgesetzlich zur kommunalen Wärmeplanung verpflichtet ist, jetzt noch eine Förderung beantragen wollen, würde diese Pflicht grundsätzlich in den Bewilligungszeitraum fallen.

Ob es dennoch Fördermittel auf Grundlage der KRL gibt, ist derzeit unklar. Nach Angaben der Energieagentur Rheinland-Pfalz suchen Bund und Länder aktuell nach einer Lösung für diese Frage.



Frage 4:

„Muss der Auftrag für die Erstellung der kommunalen Wärmeplanung nach Vergaberecht ausgeschrieben werden?“

Wenn die Gemeinde die kommunale Wärmeplanung nicht mit eigenen Personal- und Sachmitteln in die Tat umsetzen kann oder will, sondern sich hierfür **externer Dienstleister** bedient (z. B. den Ingenieuren und technischen Planern des TÜV), muss **grundsätzlich das Vergaberecht beachtet werden**.

Als Auftragsart im Sinne des Vergaberechts dürfte bei einer Planungsleistung regelmäßig ein **Dienstleistungsauftrag** anzunehmen sein. Dieser ist im **oberschwelligen Bereich** (aktueller EU-Schwellenwert: 215.000,00 €) grundsätzlich nach den Regeln der Vergabeverordnung (VgV) unter europaweiter Ausschreibung zu vergeben.

Unterhalb des Schwellenwertes gilt grundsätzlich das – je nach Bundesland unterschiedliche – Landesvergabe- bzw. Haushaltsrecht mit den für Kommunen geltenden Besonderheiten. In Hessen beispielsweise gilt grundsätzlich die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in Verbindung mit dem Hessischen Vergabe- und Tarifreuegesetz.

Hat die Gemeinde eine Tochtergesellschaft (z. B. eine **Stadtwerke-GmbH**) oder ggf. eine Enkelgesellschaft, die in der Lage ist, die kommunale Wärmeplanung durchzuführen, so kann unter den Voraussetzungen der sog. **Inhouse-Vergabe** (§ 108 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) auf eine Ausschreibung nach den Regeln des Vergaberechts verzichtet werden.

Aber Achtung! Hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an, die – ggf. unter Einholung von Rechtsrat – stets genau zu prüfen sind. Denn gerade bei Stadtwerken und anderen kommunalen Eigengesellschaften kann es sein, dass diese nicht nur für die Gemeinde tätig sind, sondern in zu großem Umfang Dritumsätze mit Privat- und Gewerbekunden erwirtschaften. Dies kann schnell zum Ausschluss der Inhouse-Fähigkeit im Sinne des Vergaberechts führen.

Frage 5:

„Der kommunale Wärmeplan steht. Die Gemeinde will auf Grundlage dessen ein kommunales Fernwärmenetz errichten. Muss die Gemeinde dazu das Vergaberecht anwenden?“

Es kommt darauf an!

Ob und wenn ja welche vergaberechtlichen Regelungen bei der Errichtung eines Fernwärmenetzes zu beachten sind, ist stark von der Gestaltung des **Einzelfalls** abhängig. Zu beachten ist dabei auch, dass in der Praxis sowohl die technischen Begriffe unterschiedlich verwendet werden als auch die gelebten Umsetzungsmodelle in verschiedenen Varianten und Kombinationen zu beobachten sind.

Praktiziert werden etwa das sog. Vollversorgungsmodell (Netzerrichtung, Netzbetrieb, Versorgung/Lieferung von einem Unternehmen) und das Pachtmodell (Kommune errichtet Infrastruktur und verpachtet dann an einen Betreiber und Versorger). In diesen Fällen wird man regelmäßig einen Beschaffungsbezug und damit eine Bindung an das **Vergaberecht** zu bejahen haben, **wenn die Kommune die entsprechenden Unternehmen gegen Entgelt mit der Dienstleistung betraut**. Dabei kann es sich insbesondere um eine sog. **Dienstleistungskonzession** (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB) handeln.

Nicht ausgeschlossen sind allerdings auch hier Ausnahmen vom Vergaberecht, z. B. bei einer Inhouse-Vergabe an ein kommunales Tochterunternehmen.

Ein **Beschaffungsbezug kann aber auch verneint werden** – etwa, weil keine Lieferverpflichtung auferlegt werden soll bzw. die Verpflichtung nicht den Erwerb von Dienstleistungen durch den Konzessionsgeber für sich selbst oder für den Endnutzer vorsieht, sondern vielmehr bloße Wegerechte gewährt werden sollen, damit von dem Unternehmen eine Dienstleistung für die Allgemeinheit erbracht werden kann.

In diesem Fall ist förmliches Vergaberecht nach wohl überwiegender Auffassung nicht anzuwenden (vgl. BT Drs. 18/6281, S. 76; VG Berlin, Urteil vom 30.06.2017 – 4 K 16.15).

(weiter S. 4)

MUTH & PARTNER

Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · Rechtsanwälte mbB



(noch zu Frage 5)

Nicht anzuwenden ist ferner nach allgemeiner Auffassung § 46 Energiewirtschaftsgesetz, der ein Auswahlverfahren bei Wegerechten für Strom und Gas vorsieht. Umstritten ist allerdings, ob aus kartellrechtlichen Gründen die Ausschreibung von Wegerechten gleichwohl geboten ist (ablehnend OLG Stuttgart, Urteil vom 26.03.2020 – 2 U 82/19).

Denkbar sind auch sog. **Contracting-Modelle**, die tendenziell eher kleinere Netze oder die Versorgung einzelner Liegenschaften umfassen. Hier existiert etwa das Energiespar-Contracting (Planung und Umsetzung speziell liegenschaftsbezogener Energiesparmaßnahmen) oder das Energieliefer-Contracting (Planung und Bau spezifischer energietechnischer Anlagen in Verbindung mit der Energielieferung).

Welche vergaberechtlichen Regelungen hier zu beachten sind, hängt ebenso vom Einzelfall ab. Gerade die Bestimmung der richtigen Auftragsart kann hier nicht einfach sein, hat aber erhebliche Auswirkungen auf die Frage der Anwendung des europäischen Vergaberechts (aktueller Schwellenwert für Bauaufträge sowie Bau- und Dienstleistungskonzessionen: 5.382.000,00 € – aktueller Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge dagegen: 215.000,00 €).



Nach dem aktuellen Ranking der Wirtschaftswoche/HRI 2023 zählen die Kanzlei Muth & Partner und Dr. Matthias Freund als besonders empfehlenswerter Anwalt zu den renommiertesten Kanzleien und Anwälten für Vergaberecht.

Ihr Beratungsteam:



Dr. Matthias Freund
Rechtsanwalt · Partner
Fachanwalt für Vergaberecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



Levin Krüger
Rechtsanwalt



Stefan Schwenk
Rechtsanwalt
Bürgermeister a. D.
Richter a. D.



Julian Wehner
Rechtsanwalt



Nadja Jahn
Wirtschaftsjuristin, LL.B.

