

Lankau Weitz Gallina | Deutsche-Telekom-Allee 1 | 64295 Darmstadt

Frau
Katja Lindenau
[REDACTED]
65824 Schwalbach

Lankau Weitz Gallina
Rechtsanwälte & Notare PartGmbB
Deutsche-Telekom-Allee 1
64295 Darmstadt

Besucherparkplätze/Tiefgaragenzufahrt
über Ida-Rhodes-Str. 3, 64295 Darmstadt
(Premier Inn Hotel)

03.12.2025

[REDACTED]
(bitte stets angeben)

Dr. h.c. Ingo Endrick Lankau
Partner
Rechtsanwalt und Notar a.D.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Diplom-Mediator (FH)

Dr. Tobias Timo Weitz
Partner
Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Mediator

Marjan Susanne Gallina
Partnerin
Rechtsanwältin und Notarin
Fachanwältin für Sozialrecht

Anne-Kathrin Pantaleon genannt Stemberg
Partnerin
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Jan Lukas Möller
Partner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Thorsten Harnack, LL.M.
Partner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht

Susanne Voß
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Miet- und WEG-Recht
Mediatorin

Corinna Schmitt
Rechtsanwältin

Léon Karwanni
Rechtsanwalt

Lindenau, Beratung

Fernwärme: Kooperationsvereinbarung, Erbbaurecht, Satzung

Sehr geehrte Frau Lindenau,

wir nehmen Stellung zur Beschlussvorlage 19/M 0196 zum Abschluss eines Kooperationsvertrages zur Versorgung mit Fernwärme, sowie dem Abschluss eines Erbbaurechtsvertrages und einer zugehörigen Satzung.

Ergebnis:

1. Die Beschlussvorlage 19/M 0196 ist neu zu fassen, da sie nicht über finanzielle Auswirkung zulasten der Stadt Schwalbach in Bezug auf die Übernahme des Verteilnetzes aufklärt. Diese finanziellen Auswirkungen sind zuvor zu ermitteln.

2. Die Regelung zum Arbeitspreis in § 8 der Kooperationsvereinbarung kann schon deshalb nicht beschlossen werden, weil die in Bezug genommene Anlage 9 in aktueller Fassung nicht vorliegt. Sie könnte auch unwirksam sein, weil sie übergebührlich auf gewerbliche Beschaffung und Vorhaltung

abstellt und die Angemessenheit des Preises gegenüber dem Endverbraucher nicht ausreichend sicherstellt.

3. Subventionen für die Dekarbonisierung setzen ordnungsgemäße Angaben zum Stand der Dekarbonisierung voraus. Macht die Süwag Energie AG hierzu im Kooperationsvertrag unzutreffende oder widersprüchliche Angaben, dürfen diese weder direkt noch in Form von ausgebliebenen Subventionen Einfluss auf die Preisbildung beim Endverbraucher haben. Dieser Umstand ist im aktuellen Entwurf des Kooperationsvertrages unter § 6 Abs. 3 nicht ausreichend sichergestellt.
4. Der Vorgang kann gem. §§ 97, 102 Abs. 3 GWG iVm. den Vorgaben der SektVO Vergaberelevanz besitzen, was die Stadt Schwalbach in vorangegangenen Beschlüssen etwa vom 24.10.2024 auch anerkannt und ein Markterkundungsverfahren eingeleitet hat, um Mitbewerber zu finden, welche den Endkunden bessere Preis bieten können. Das Verfahren ist soweit bekannt trotz des Bekenntnisses nicht weitergeführt worden und Verhandlungen haben durchgängig nur mit der Süwag Energie AG stattgefunden. Die Stadt kann sich schadensersatzpflichtig machen.
5. Der aktuelle Entwurf der Satzung berücksichtigt die Befreiung nach §§ 35 Abs. 1, 3 AVBFernwärmeV nicht ausreichend, wonach die Endverbraucher eine anderweitige nachhaltige Versorgung einrichten können. Der Kooperationsvertrag verweist in § 4 auf diese Satzung und verpflichtet die Stadt, den Anschluss- und Benutzungzwang der Endverbraucher sicherzustellen. Die Stadt kann sich gegenüber der Süwag Energie AG schadensersatzpflichtig machen.

Aufgrund dessen kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für eine Abstimmung über den Beschluss der Magistratsvorlage 19/M 0196 derzeit nicht vorliegen, da die finanziellen Auswirkungen des Kooperationsvertrags auf die Stadt und die Endverbraucher nicht hinreichend dargelegt sind.

Gründe:

1. Finanzielle Auswirkungen aufgrund des Erbbaurechtsänderungsvertrags und Zuordnung des Eigentums an dem Leitungsnetz des Fernkraftwerks

Die Stadt Schwalbach hat die Ettrich Rechtsanwälte Notare PartG mit der gutachterlichen Prüfung und Stellungnahme zu der Fragestellung beauftragt, in wessen Eigentum das Leitungsnetz bzw. die Leitungen, die vom Fernheizwerk zu den einzelnen Abnehmern der Limesstadt verlaufen, und diese mit Wärme versorgen, stehen.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Stadt Schwalbach Eigentümerin des Leitungsnetzes ist und dies auch bleibt, wenn der bestehende Erbbaurechtsvertrag nicht verlängert wird.

Hinsichtlich dieser Frage hat die Süwag Energie AG ebenfalls eine gutachterliche Stellungnahme der Kanzlei Höch und Partner Rechtsanwälte eingeholt. Dieses kommt zu dem Ergebnis, dass die Süwag aktuell bereits Eigentümerin des Leitungsnetzes sei und dies auch bleibe, wenn der Erbbaurechtsvertrag nicht verlängert werden sollte.

Aufgrund der sich widersprechenden Ergebnisse ist eine Eigentümerstellung durch eine Feststellungsklage bei einem Zivilgericht festzustellen. Im Rahmen dieser Klage könnte ein Gericht die Eigentümerstellung an dem Leitungsnetz rechtssicher und verbindlich klären.

Der bereits bestehende Erbbaurechtsvertrag läuft bis zum 31.12.2027. Dieser soll mit dem Erbbaurechtsänderungsvertrag zwischen der Stadt Schwalbach und der Süwag ab dem 01.01.2028 gelten und bis zum 31.12.2047 erneuert werden.

Mit dem Entwurf des neuen Erbbaurechtsänderungsvertrag und dem Kooperationsvertrag zwischen der Stadt Schwalbach und der Süwag Energie AG wird eine Klärung der Eigentumsverhältnisse zum Nachteil der Stadt Schwalbach abschließend verhindert, da Regelungen getroffen werden, wonach bereits unterstellt wird, dass allein die Süwag Energie AG Eigentümerin des Leitungsnetzes ist und die Stadt Schwalbach der Süwag Energie AG bei Beendigung des Erbbaurechtsänderungsvertrag das gesamte Fernheizwerk inkl. Anlagen inklusive der Großwärmepumpen und ihres Zubehörs sowie des Wärmenetzes, von der Süwag Energie AG zu einem Ertragswert abzukaufen hat.

Der aktuelle Erbbaurechtsvertrag zwischen der Stadt Schwalbach und E.ON enthält in § 10 des Erbbauvertrages die Regelung, dass bei Zeitablauf eine Entschädigung in Höhe von 2/3 des Verkehrswertes des Bauwerks, und im Falle der Übertragung infolge des Heimfallanspruchs nur eine Entschädigung in Höhe von 1/3 des Verkehrswertes, zu zahlen ist. Verkehrswert meint den Preis, den eine Immobilie oder anderer Gegenstand auf dem offenen Markt erzielen würde. Die Festsetzung des Verkehrswertes erfolgt auf der Grundlage einer Wertermittlung eines Gremiums durch Sachverständige. Der Verkehrswert wurde im Jahr 2021 auf ca. 11 Mio. EUR geschätzt. Der aktuelle Wert dürfte ca. 8 Mio. EUR betragen.

Nach § 10 des neuen Erbbaurechtsvertrags soll die Süwag als Erbbauberechtigte bei Erlöschen des Erbbauvertrages durch Zeitablauf eine Entschädigung nach § 16 Abs. 2 des Kooperationsvertrages erhalten. Diese Änderung enthält nunmehr erheblich verschärfte finanzielle Risiken und Verpflichtungen auf Seiten der Stadt Schwalbach.

§ 16 Abs. 2 und 3 des Kooperationsvertrags verpflichtet die Stadt Schwalbach nach Ablauf der vollen Vertragszeit als auch bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages das gesamte Fernheizwerk [REDACTED] von der Süwag zu einem Ertragswert abzukaufen. Der Ertragswert soll abbilden, welche Erträge sich mit dem Investitionsprojekt in der Zukunft erwirtschaften lassen. Da ein Verkehrswert hier nicht zum Ansatz gebracht wird, ist der zu erwartender Ertragswert für die Stadt Schwalbach im Vorfeld schwierig zu prognostizieren.

Die Stadt Schwalbach geht danach bei Vertragsschluss eine Verbindlichkeit in Millionenhöhe ein, obwohl ein eingeholtes Gutachten zu dem Ergebnis kommt, dass das Wärmenetz im Eigentum der Stadt steht.

Daneben ist noch darauf hinzuweisen, dass der Zins für die Inanspruchnahme gemeindlichen Eigentums zur Versorgung der Endverbraucher mit Fernwärme jährlich um (nur) 1 % steigt, während die Süwag Energie AG im Verhältnis zum Endkunden die Preise an der Marktentwicklung und der Inflation ausrichtet.

2. Preisanpassungsklausel, Transparenz und Angemessenheit

Die Süwag Energie AG tritt als FernwärmeverSORGER im eigenen Versorgungsgebiet monopolistisch gegenüber dem Verbraucher auf. Aufgrund des Anschluss- und Benutzungzwangs kann der Endverbraucher nicht wechseln, sondern ist der Preisgestaltung des

Fernwärmeverversorgers ausgesetzt. Dies gilt insbesondere für die Preisermittlung, wie sie in § 8 Abs. 1 u. Abs. 2 des Kooperationsvertrages niedergelegt ist. Die Süwag Energie AG hat zwar grundsätzlich nicht nur das Recht, sondern sogar - bei entsprechendem Kundeninteresse - die Pflicht, seine Preise regelmäßig anzupassen. Die Vertragsklausel zur Preisanpassung ist an § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeverV zu messen. Danach sind sowohl die Kostenentwicklung der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme als auch die Verhältnisse auf dem Markt zu berücksichtigen. Um den gesetzlichen Anforderungen nach § 24 Abs. 4 S. 1 AVBFernwärmeverV zu genügen, müssen Preisanpassungsklauseln in Fernwärmelieferungsverträgen so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei der Erzeugung und Bereitstellung von Fernwärme durch das Unternehmen (Kostenelement) als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt (Marktelement) angemessen berücksichtigen. Hierdurch soll zum einen eine kostenorientierte Preisbemessung gewährleistet werden, zum anderen aber auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass sich die Gestaltung der Fernwärmepreise „nicht losgelöst von den Preisverhältnissen am Wärmemarkt vollziehen kann“ (BGH NJW 2022, 1944 Rn. 27, beck-online). Ob dies vorliegend der Fall ist, kann nicht abschließend bestimmt werden, denn die Anlage 9, auf welche in §§ 6, 7 und 8 verwiesen wird, liegt nicht in aktueller Fassung vor und soll auch nicht Gegenstand der Abstimmung der Stadtverordneten sein. Stadt und Unternehmen haben sich noch nicht auf eine Berechnung des Arbeitspreises geeinigt. In Ermangelung eines Wärmepreisindexes („Wärmepreis aus Strom“) kann der Arbeitspreis unter Beachtung der Beschaffung über Abfallprodukte von Datencentern nicht ordnungsgemäß abgebildet werden. Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang auch, dass beim Arbeitspreis neben dem konkreten Energieverbrauch und Marktentwicklungsindices gewerbliche Vorhalte- und Beschaffungskosten nach Marktentwicklung berücksichtigt werden. Hierdurch können die Berechnungsparameter, welche die Entwicklung am Wärmemarkt abbilden, nicht ausreichend gewichtet werden. Es bestehen daher Zweifel, ob mit dieser Klausel die Angemessenheit gegenüber dem Endkunden gewahrt werden kann. Gegen EON, mit welchem die Süwag Energie AG verbunden ist oder dies bis Ende 2024 war, laufen nach diesseitigem Kenntnisstand bezüglich dieser Preisgestaltung kartellrechtliche Klageverfahren (Stand 20.03.2025).

3. Zuschuss für das Erreichen der Dekarbonisierungsziele

Laut des Anlageplans der Süwag Energie AG beträgt der aktuelle Anteil von Biomethan im Rahmen des Energieträgers 8%. Die Süwag Energie AG hat bereits 2023 einen BEW-Förderantrag aus dem Klima- und Transformationsfond für einen Zuschuss in Höhe von ca. 15 Mio. EUR gestellt, um die klimafreundliche Herstellung und Versorgung von Fernwärme zu fördern und den Bau des Wärmenetzes zu finanzieren. Dies weicht aber von der Bildung des Arbeitspreises in § 8

Abs. 1 des Kooperationsvertrages, wonach bei der Berechnung eine rein auf Erdgas basierte Versorgung erst auf erneuerbare Energien einschließlich damit einhergehender Kosten umzustellen sei.

[REDACTED]

[REDACTED]

Die Bewilligung und Auszahlung der Fördergelder ist maßgeblich von dem Erreichen der Dekarbonisierungsziele abhängig.

Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen ist nunmehr zweifelhaft, ob die von der Süwag Energie AG angegeben Energieträger, insbesondere der Biomethan Anteil zutreffend angegeben wurde und die Voraussetzungen für den Förderantrag im Einzelnen überhaupt vorliegen. Denn die letzten Jahre hat sich der Biomethan Anteil in Schwalbach stetig verringert. In den Jahren 2013-2017 betrug der Anteil von Biomethan ca. 5%, im Jahr 2021 ca. 7,4%, und im Jahr 2023 mit 2,86 % angegeben.

Das bedeutet zusammengefasst, nach Angaben der Süwag Energie AG liegt der Anteil des Biomethans bei 8 %, bei der Berechnung des Preises für die Endverbraucher liegt er bei 0 % und nach öffentlich zugänglichen Angaben ist er stark sinkend bei knapp 3 %.

Hier besteht aufgrund der vorliegenden Informationen ein hohes Risiko, dass die Voraussetzungen für den staatlichen Zuschuss von Beginn an nicht vorlagen, da nicht die richtigen CO2 Werte angegeben wurden oder die Ziele nicht erreicht werden können, so dass es nicht zu einer Auszahlung der Zuschüsse kommt. Durch dieses Szenario besteht die Besorgnis, dass der Süwag Energie AG geplante finanzielle Mittel fehlen, und höhere Kosten auf den Endverbraucher umgelegt werden.

Um das finanzielle Risiko durch höhere Preise für den Endverbraucher auszuschließen, bedarf es weitere Auskünfte zu den angegebenen CO2 Werten und einer vertraglichen Vereinbarung im Kooperationsvertrag dahingehend, dass bei Nichterhalt oder Rückzahlungspflicht des staatlichen Zuschusses nur die Süwag Energie AG die wirtschaftlichen Folgen trägt und Kostenerhöhungen aufgrund des Fehlens von finanziellen Mitteln infolge der Versagung staatlicher Zuschüsse auf den Endverbraucher ausgeschlossen werden. Aktuell sieht § 6 Abs. 3 des Kooperationsvertrages die Anpassung des Grundpreises zu Lasten der Endverbraucher vor.

4. Prüfung einer vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht

Ungeklärt ist weiterhin, ob eine Ausschreibungspflicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens für die Fernwärmelieferung in der Stadt Schwalbach besteht. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Grundsätzlich werden Öffentliche Aufträge und Konzessionen gem. § 97 GWG im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Die Bereitstellung von Gas und Wärme oder das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme gelten als Sektorentätigkeit im Sinne von § 102 Abs. 3 GWG. Bereitstellung ist die Errichtung, Unterhaltung und Instandsetzung der Versorgungsnetze; unter den Begriff des Betreibens fällt die eigentliche Versorgungsleistung.

Wenn es sich im Bereich der Gas- und Wärmeversorgung um Netze handeln, die der Versorgung der Allgemeinheit dienen, so gilt, dass grundsätzlich ein Vergabeverfahren samt Ausschreibung und Wettbewerb durchzuführen ist. Die näheren Bestimmungen für das Vergabeverfahren sind in der SektVO geregelt. Dies ist hier zunächst der Fall, da ein Benutzungs- und Anschlusszwang für die Bewohner der Stadt Schwalbach beabsichtigt ist.

Gleichwohl weist das Fernheizwerk die Besonderheit auf, dass das Fernkraftwerk aktuell im Eigentum der Süwag Energie AG steht. Ein Vergabeverfahren für das Betreiben und Bereitstellen der Fernwärme durch ein anderes Unternehmen in einem Werk eines anderen Energieversorgers wirft vergaberechtlich schwierige Fragen auf, die bislang juristisch nicht geprüft wurden.

Herr Dr. Müller von der Rechtsanwaltskanzlei GÖRG hat im Rahmen seiner Stellungnahme nicht ausgeschlossen, dass eine Ausschreibungspflicht für die Lieferung von Fernwärme besteht. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Nach dieser Sitzung der Energiekommission ist eine nähere Auseinandersetzung mit einer eventuell bestehenden Ausschreibungspflicht trotz der juristischen Einschätzung von Herrn Dr. Müller nicht abschließend erfolgt. Parallel hat die Stadt Schwalbach aber bereits mit der Süwag Energie AG verhandelt.

Es besteht daher das Risiko, dass durch eine fehlende Prüfung vergaberechtlicher Fragen und den Verzicht einer Durchführung eines Vergabeverfahrens Schadensersatzansprüche gegen die Stadt Schwalbach durch Dritte als potentielle Bieter geltend gemacht werden können. Eine Auseinandersetzung mit diesem finanziellen Risiko fehlt. Zugleich sind die Auswirkungen auf die Bewohner und zu deren Lasten nicht untersucht worden.

5. Durchsetzung des Benutzungs- und Anschlusszwangs im Kooperationsvertrag

Die Satzung des Benutzungs- und Anschlusszwangs an das Fernheizwerk erweist sich in dem aktuellen Entwurf als nichtig. Nach § 4 Abs. 1 der Kooperationsvertrag ist die Satzung Grundlage für die Rechtsbeziehung aus dem Vertrag. Dies hätte die Folge, dass eine nichtige Satzung Grundlage des Kooperationsvertrags wird, obwohl diese aufgrund der Nichtigkeit keine Rechtswirkungen entfaltet und von Bürgern nicht befolgt werden muss. Es bedarf eines Neuerlasses.

Gemeinden und Gemeindeverbände werden gem. § 16 EEFernwärmeG ermächtigt, einen Anschluss- und Benutzungszwang zum Zweck des Klima- und Ressourcenschutzes festzusetzen. Landesrechtlich sind die Gemeinden in Hessen nach § 19 Abs. 2 HGO ermächtigt, einen Anschluss – und Benutzungszwang an ein Netz der öffentlichen FernwärmeverSORGUNG zu begründen. Einer Kommune ist die Festlegung von Ausnahmen und Befreiungen vom Anschluss- und Benutzungszwang in der Satzung nicht freigestellt, sondern aus Gründen der Verhältnismäßigkeit der Grundrechtseinschränkungen der Benutzer zwingend hierzu verpflichtet. Ausprägung dieses Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind die Vorschriften der §§ 35 Abs. 1, 3 S. 3 der AVBGFernwärmeV, die Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten regeln.

Eine Satzung über den Anschluss- und Benutzungszwang für eine NahwärmeverSORGUNGseinrichtung, die keine den §§ 35 Abs. 1, 3 AVBGFernwärmeV entsprechende Befreiungsregelung enthält, ist in aller Regel nach aktueller Rechtsprechung unwirksam.

Die derzeitige Regelung des § 2 Abs. 5 der Satzung enthält zwar eine Ausnahmeregelung. Diese ist aber tatbestandlich beschränkt auf Bestandsgebäude. Des Weiteren erweist sich diese als unbestimmt, da sie keine näheren Voraussetzungen aufstellt und nicht näher bestimmt, welche Gebäude in zeitlicher Hinsicht unter diesen Begriff fallen. Die aktuelle Regelung des Anschluss- und Benutzungszwang lässt zudem eine (Teil-) Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang für die Verwendung anderer erneuerbaren Energien sowie die Anpassungsmöglichkeiten oder

Kündigung der Wärmeleistung vermissen. Damit liegt ein Verstoß der Satzung gegen die AVBFernwärmeV vor.

Die Unwirksamkeit der Befreiungsregelungen hat die Unwirksamkeit der Regelung über den Benutzungzwang und somit der Fernwärmesatzung insgesamt zur Folge hat. Denn bei der Befreiungsregelung handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil der Satzung, ohne den diese nicht vollständig ist. Der Kooperationsvertrag regelt in § 5 Abs. 5 Anschluss, Wärmelieferungsverträge zur Einhaltung der AVBFernwärmeV. Der Kooperationsvertrag verpflichtet die Stadt Schwalbach in § 4 Abs. 3 zu der Einhaltung und Aufrechterhaltung der aktuellen Satzung. Die Verpflichtung beinhaltet die Einlegung aller Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen, die eine Satzungsanpassung erforderlich machen. Die daraus resultierenden finanziellen Prozesskosten aufgrund des Vorliegens der derzeit nichtigen Satzung werden ausschließlich der Stadt Schwalbach auferlegt.

Soweit unsere erste Einschätzung.

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

(Jan Lukas Möller)
Rechtsanwalt

(Gülistan Erdogan)
Rechtsanwältin