

Würzburger Studien zum Umweltenergierecht

Wärmeplanung und Gaskon- zessionen

Eine Untersuchung der bestehenden kommunalen Spielräume in der Wärmeplanung unter besonderer Berücksichtigung von Wärmenetzen

27 | 30.03.2022

erstellt von
Julian Senders

II Wärmeplanung und Gaskonzessionen

Zitiervorschlag:

**Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen,
Würzburger Studien zum Umweltenergierecht
Nr. 27 vom 30.03.2022.**

Der Verfasser dankt Dr. Max Peters (Klimaschutz-
und Energieagentur Baden-Württemberg) für
wertvolle Hinweise und praktische Einblicke.

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:
**„Kommunale Wärmeleitplanung – Entwicklung
eines neuen Planungsinstruments für die
kommunale Wärmeleitplanung unter Verknüpfung
von planungsrechtlichen und förderrechtlichen**

Gefördert durch:



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
antoni@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Monika Böhm
Prof. Dr. Markus Ludwigs
Prof. Dr. Sabine Schlacke**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einführung	2
B. Das Instrument der Wärmeplanung	3
I. Überblick	3
II. Insbesondere: Wärmeplanung in Baden-Württemberg	4
1. Regelungsansatz	4
2. Bindungswirkungen und Rechtsschutz	5
III. Zielkonflikt: Gasnetz	5
C. Maßgebliche rechtliche Rahmenbedingungen für (Gas-) Konzessionsverträge	7
I. Ausgestaltung der Konzessionsverträge	8
1. Grundlegender Leistungsinhalt	8
2. Laufzeit	8
3. Konzessionsabgaben	9
II. Vergabeverfahren	9
1. Grundlagen	9
2. Nebenleistungsverbot	9
3. Auswahlkriterien	10
a) Umweltverträglichkeit	11
b) Zunehmende Versorgung mit erneuerbaren Energien	11
c) Preisgünstigkeit	12
d) Effizienz	12
e) Zwischenfazit	12
4. Landesrechtliche Vorgaben	13
a) Beispiel Baden-Württemberg: Verfahrensvorgaben	13
b) Beispiel Berlin: Inhaltliche und verfahrensmäßige Vorgaben	13
D. Kommunale Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Konzessionsrecht	14
I. Laufende Konzessionsverträge	14
II. Künftige Konzessionsvergaben	14
1. Handlungsspielräume bei der Laufzeit	15

IV Wärmeplanung und Gaskonzessionen

2. Staffelung der Konzessionsabgaben nach Klimaschutzbezogenen Kriterien?	15
3. Klimaschutz/Erneuerbare Energien als Auswahlkriterium	16
4. Vertrags- oder gesellschaftsrechtlich einzuräumender Einfluss der Gemeinde	17
5. Einstellung des Gasnetzbetriebs	17
a) Energierechtliche Vorgaben	18
aa) Netzanschluss- und -zugangsansprüche	18
bb) Pflicht zum Netzbetrieb und bedarfsgerechten Netzausbau	19
b) Vorgaben des höherrangigen Rechts	19
aa) Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung	19
bb) Grundrechtliche Komponente	21
c) Zwischenergebnis	21
6. Zwischenergebnis	21

E. Möglichkeiten zur Fortentwicklung des Rechtsrahmens für Konzessionsverträge 23

I. Landesrechtliche Optionen 23

1. Neue inhaltliche Vorgaben für Konzessionsverträge	23
a) Berliner Regelung als Vorbild	23
b) Fortentwicklung der Berliner Regelung	24
2. Pflicht zur Beachtung der kommunalen Wärmeplanung durch Gutachten- und Berichtspflichten	24

II. Bundesrechtliche Optionen 25

1. Ermöglichung der gemeindlichen Systementscheidung	25
2. Förderung einer sektorübergreifenden Netzbewirtschaftung	25
3. Ermöglichung der Entscheidung über die Energieträger	26
a) Grundsätzlich: Schaffung der Möglichkeit zur klimapolitisch motivierten Stilllegung	26
b) Gemeinde oder Netzbetreiber?	26

F. Fazit 27

I. Wesentliche Ergebnisse 27

II. Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten 27

Zusammenfassung

Zunehmend sehen sich die Gemeinden mit der Frage konfrontiert, wie sie ihren durch die Konzessionsvergabe vermittelten Einfluss auf die Energieversorgung und insbesondere den Netzbetrieb in ihrem Gebiet künftig ausüben sollen. Sie erkennen dabei zum einen die Herausforderung, die die Sektorenkopplung mit sich bringt. Zum anderen widmen sich aber auch die Landesklimaschutzgesetze zunehmend dem Thema der Fernwärmeversorgung und sehen zum Teil kommunale Wärmeplanungen oder jedenfalls kommunale Energiekonzepte vor. Eine solche kommunale Wärmeplanung ist etwa in Baden-Württemberg ab einer bestimmten Gemeindegröße verpflichtend vorgesehen. Die neue Bundesregierung will sich zudem nach dem Koalitionsvertrag 2021 – 2025 für eine flächendeckende kommunale Wärmeplanung einsetzen.

Zwischen kommunalen Wärmeplanungen und der bisherigen Praxis der Konzessionsvergabe für den Betrieb der Gasverteilernetze können sich in vielfältiger Weise Konflikte ergeben.

Der geltende, dem Bundesrecht zu entnehmende Rechtsrahmen für die Vergabe von Konzessionsverträgen engt die gemeindlichen Handlungsspielräume bislang stark ein. Eine eigenständige Ausrichtung der lokalen Energieversorgung an klimapolitischen Zielvorstellungen ist daher kaum möglich. Nur zum Teil sind landesrechtliche Regelungen getroffen worden, um die Übereinstimmung von Konzessionsvergabe und gemeindlichen Interessen zu fördern. Um die Umsetzbarkeit kommunaler Wärmeplanungen zu fördern, empfiehlt sich eine Fortentwicklung und weitergehende Implementierung dieser Regelungen sowie Anpassungen an mehreren Stellen des bundesweit geltenden Energierechtsrahmens.

So stehen etwa einer Forcierung von Anwendungen der Sektorenkopplung vor allem die nach Sektoren getrennte Vergabe der Konzessionen sowie die Vorgaben zur Entflechtung des Netzbetriebs entgegen. Ein gegebenenfalls anzugehender mittelfristiger Ausstieg aus der fossilen Gasversorgung sieht sich mit einer unklaren

Rechtslage im deutschen Energiewirtschaftsrecht konfrontiert. Aufgrund der aktuell überschießenden Umsetzung des europäischen Vergaberechts sind die Gemeinden ferner daran gehindert, die Aufgabe des Netzbetriebs selbst zu übernehmen: Sie müssen sich vielmehr im Ausschreibungswettbewerb gegen private Dritte durchsetzen. Bei der Steuerung des Verhaltens eines privaten Netzbetreibers sind die Kommunen an die strikten Vorgaben des Konzessionsabgabenrechts und insbesondere des sog. Nebenleistungsverbots gebunden.

Kernergebnisse

- ▶ Die kommunale Wärmeplanung könnte auf der Umsetzungsebene in einen Zielkonflikt mit den bestehenden Regeln zu den Gasnetzen geraten.
- ▶ Das geltende Recht der Konzessionsvergabe erlaubt den Kommunen nur sporadisch, diese mit einer kommunalen Wärmeplanung in Einklang zu bringen
- ▶ Für eine bessere Umsetzung der kommunalen Wärmeplanung sind Änderungen im Bundesrecht vonnöten; insbesondere sollte das Nebenleistungsverbot in der Konzessionsabgabenverordnung abgeschwächt, Stilllegungen von Gasnetzen geregelt sowie die gemeindliche Systemscheidung ermöglicht werden.
- ▶ Einer konzessionsvertraglich bewirkten Beendigung der Versorgung mit fossilem Erdgas stehen Verfassungs- und Europarecht grundsätzlich nicht entgegen.
- ▶ Auch sind – etwa in Fortentwicklung der bereits bestehenden Vorgaben für Konzessionsverträge im Land Berlin – landesrechtliche Vorgaben zu ergänzen, um den kommunalen Einfluss auf Konzessionsverträge zu fördern.

A. Einführung

Zum Ende dieses Jahrzehnts wird ein nicht unerheblicher Teil der derzeitigen Konzessionsverträge mit Netzbetreibern auslaufen. So wurde etwa in Baden-Württemberg ein erheblicher Teil der derzeit laufenden Konzessionsverträge in den Jahren 2008 bis 2012 abgeschlossen. Da die Gemeinden diese Verträge in der Regel für eine Laufzeit von 20 Jahren abschließen, werden diese Verträge ab 2028 in vermehrter Zahl auslaufen¹.

Daher sehen sich die Gemeinden zunehmend mit der Frage konfrontiert, wie sie ihren durch die Konzessionsvergabe vermittelten Einfluss auf die Energieversorgung und insbesondere den Netzbetrieb in ihrem Gebiet künftig ausüben sollen. Zudem erkennen sie die Herausforderung, die die Umsetzung von Anwendungen der Sektorenkopplung mit sich bringt. Nicht nur die Landesklimaschutzgesetze wenden sich zunehmend dem Thema der Fernwärmeversorgung zu und sehen zum Teil kommunale Wärmeplanungen oder jedenfalls kommunale Energiekonzepte vor. Auch die neue Bundesregierung will sich nach dem Koalitionsvertrag 2021 – 2025 für eine flächendeckende, verpflichtende kommunale Wärmeplanung einsetzen². Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz möchte, dem folgend, auch einen bundesrechtlichen „Orientierungsrahmen“ für die kommunale Wärmeplanung schaffen³.

Diese Studie widmet sich vor diesem Hintergrund dem Recht der kommunalen Wärmeplanung als Instrument eines wirksamen Klimaschutzes auf lokaler Ebene und den potenziellen Konflikten mit bestehenden Gasversorgungsinfrastrukturen. Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist dabei die Vergabe von Wegerechten für die Verlegung und den Betrieb von Gasverteilernetzen.

Hierfür wird zunächst das Instrument der Wärmeplanung skizziert (B.). Nach einem Überblick (I.) wird ausführlich auf die kommunale Wärmeplanung in Baden-Württemberg eingegangen (II.) und es werden die denkbaren Konfliktfelder mit der Konzessionspraxis im Bereich der Gasversorgung skizziert (III.).

Sodann werden die grundlegenden einfachrechtlichen Vorgaben für Konzessionsverträge dargestellt (C.), wobei die Vorgaben über die wichtigsten Inhalte von Konzessionsverträgen skizziert (I.) und sodann die Grundlagen der Konzessionsvergabe eingehender in den Blick genommen werden (II.).

Hiernach erfolgt die Untersuchung der bestehenden Handlungsspielräume der Kommunen bei der Vergabe von Gasnetz Konzessionen (D.), die zwischen laufenden (I.) und künftig abzuschließenden Konzessionsverträgen (II.) unterscheidet. Im Abschnitt zu künftigen Konzessionsvergaben werden Gestaltungsoptionen bei der Laufzeit, bei den Auswahlkriterien und bei den Konzessionsabgaben untersucht. Ein Schwerpunkt wird sodann auf die gemeindlichen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf den Netzbetrieb oder gar zum Zweck der Einstellung desselben beleuchtet.

Die Studie schließt mit einer Betrachtung möglicher Weiterentwicklungsoptionen (E.) Hierbei werden die notwendigen landesrechtlichen (I.) sowie bundesrechtlichen Vorgaben (II.) in den Blick genommen und untersucht, inwieweit Friktionen mit höherem Recht bestehen könnten.

¹ Vgl. *VKU Landesgruppe BW, Strom- und Gaskonzessionen in Baden-Württemberg*, 2017, S. 8.

² Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 58, <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/974430/1990812/a4ceb7591c8d9058b402f0a655f7305b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1>.

³ *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eröffnungsbilanz Klimaschutz*, Januar 2022, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/220111_eroeffnungsbilanz_klimaschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=22, S. 29.

B. Das Instrument der Wärmeplanung

Mehr als die Hälfte der gesamten Endenergie in Deutschland wird im Wärmesektor verbraucht, zugleich stammt die erzeugte Wärme nach wie vor weit überwiegend aus fossilen Energieträgern⁴. Der Wärmesektor wird deswegen im Hinblick auf sein Potenzial bei der Treibhausgaseinsparung als „schlafender Riese“ bezeichnet.⁵ Zur Treibhausgaseinsparung werden dabei mehrere übergreifende Strategien verfolgt – etwa die Erhöhung der Gebäudeenergieeffizienz, die durch das Gebäudeenergiegesetz⁶ zuletzt neu geordnet wurde, eine Erhöhung der Heizanlageneffizienz und eine Deckung des verbleibenden Wärmebedarfs aus erneuerbaren Energien.⁷ Dabei wird angenommen, dass ein hoher Anteil erneuerbarer Energien an der Wärmeversorgung vor allem durch eine vermehrt netzgebundene Wärmeversorgung sichergestellt werden kann. Hierfür bietet sich eine durch die Kommunen durchgeführte und verantwortete strategische Wärmeplanung an.⁸

I. Überblick

Eine solche Wärmeplanung ist kein Novum in der Geschichte der Energieversorgung. Vor allem in den 1950er bis 1980er-Jahren hat vornehmlich in der ehemaligen DDR ein Wärmenetzausbau stattgefunden, was durch die staatliche Eigentümerstellung bei gleichzeitiger staatlicher Planung erleichtert wurde. In den letzten Jahrzehnten – mit der Privatisierung und Liberalisierung der Energieversorgung und dem Auseinanderfallen von Versorgungsaufgabe und Netzverantwortung – sind

Wärmenetzplanung und -ausbau weitgehend zum Erliegen gekommen⁹.

Vor dem Hintergrund ambitionierter Klimaziele auf globaler und nationaler Ebene kann von einer geänderten Lage gesprochen werden, die Anlass dazu gibt, eine kommunale Wärmeplanung wieder zu forcieren.

Im internationalen Vergleich bestehen bereits Ansätze: Dänemark hat etwa frühzeitig mit dem *Varmeforsyningsloven* (Dänisches Wärmeversorgungsgesetz) eine für die Kommunen verpflichtende und für die Betroffenen verbindliche und umsetzungsorientierte Wärmeplanung geschaffen. Gemäß § 16 des Dänischen Wärmeversorgungsgesetzes stellt die Wärmeplanung sogar die Grundlage für umsetzungsnotwendige Enteignungen dar.

In der Schweiz ist die Energieplanung kantonal geregelt. Der planerische Ansatz genießt dort schon mit Blick auf die Stellung in den Gesetzen hohen Stellenwert¹⁰. Die Durchführung einer kommunalen Energieplanung wird z. T. sogar vorausgesetzt¹¹. Dabei haben vor allem Kantone mit größeren Städten die Energieplanung als erste eingeführt¹².

⁴ Däuper, Die Wärmewende findet auf lokaler Ebene statt – oder gar nicht, EnWZ 2019, S. 97.

⁵ Bundesverband der Deutschen Heizungsindustrie, Pressemitteilung vom 30.08.2017; Bundesverband Erneuerbare Energie e.V. (BEE), Erneuerbare Energien im Wärmesektor, <https://www.bee-ev.de/unsere-argumente/erneuerbare-energien-im-waermesektor>.

⁶ Gebäudeenergiegesetz vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728), in Kraft getreten am 1. November 2020.

⁷ Ohlhorst, in: Radtke/Canzler, Energiewende, 2019, S. 172.

⁸ Ohlhorst, in: Radtke/Canzler, Energiewende, 2019, S. 188 f.

⁹ Maaß, Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen Fachplanung, ZUR 2020, S. 22 (24 f.).

¹⁰ Vgl. §§ 4 ff. Energiegesetz Kanton Zürich (EnerG ZH); §§ 6 ff. Kantonales Energiegesetz Bern (KEnG BE); §§ 4 ff. Kantonales Energiegesetz Luzern (KEnG LU).

¹¹ Vgl. § 4 Abs. 3 EnerG ZH: „Sie [die Energieplanung] dient den Gemeinden als Grundlage für ihre Energieplanung.“

¹² Schubert, Räumliche Energieplanung in der Schweiz, in: Grotheer/Schwöbel/Stepper, Nimm's sportlich – Planung als Hindernislauf, 2014, S. 200.

II. Insbesondere: Wärmeplanung in Baden-Württemberg

1. Regelungsansatz

In Baden-Württemberg sieht das Klimaschutzgesetz (KSG BW¹³) seit Inkrafttreten der Novellierung am 24. Oktober 2020 eine Pflicht der Stadtkreise und Großen Kreisstädte zur Aufstellung und Fortschreibung von kommunalen Wärmeplänen vor. Die Pläne sind bis zum 31. Dezember 2023 zu erstellen und sodann, ab 2024, spätestens alle sieben Jahre fortzuschreiben (§ 7d Abs. 1 Sätze 1 u. 2 KSG BW). Dem liegt das Ziel zugrunde, eine klimaneutrale Wärmeversorgung zu erreichen. Gesamtziel ist dabei der klimaneutrale Gebäudebestand bis zum Jahr 2040 (§ 7c Abs. 1 KSG BW).

Inhaltliche Vorgaben zu diesen kommunalen Wärmeplänen trifft § 7c Abs. 2 KSG BW. Das Vorgehen bei der Planung ist gestuft: Zunächst ist eine Bestandsanalyse (§ 7c Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KSG BW) durchzuführen. Mit ihr ist der aktuelle Wärmebedarf und -verbrauch, die vorhandenen Gebäudetypen und Baualtersklassen sowie die Versorgungs- und Beheizungsstruktur systematisch zu ermitteln¹⁴. Dabei kann auf vorhandenes Datenmaterial wie Anlagenlisten oder Karten zurückgegriffen werden, es können aber auch eigene Erhebungen erfolgen¹⁵. Dem folgt eine Potenzialanalyse (§ 7c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KSG BW) nach, bei der Energieeinsparungspotenziale für Raumwärme, Warmwasser und Prozesswärme in den Sektoren Haushalte, Gewerbe/Dienstleistungen, Industrie und öffentlichen Liegenschaften inklusive der lokal verfügbaren Potenziale erneuerbarer Energien und von Abwärme ermittelt werden¹⁶. Herzstück ist die Darstellung eines klimaneutralen Szenarios für 2040 mit Zwischenzielen für 2030, flächendeckend darzustellen ist

daneben die zur klimaneutralen Bedarfsdeckung geplante Versorgungsstruktur (§ 7c Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KSG BW). Diese Darstellung hat nach Aussage des zuständigen Ministeriums räumlich aufgelöst zu erfolgen und Eignungsgebiete für Wärmenetze und Einzelversorgung zu ermitteln¹⁷.

Hieran schließt sich eine Maßnahmenplanung an: Es sind „Handlungsstrategien und Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz und damit einhergehend zur Reduzierung und klimaneutralen Deckung des Wärmeenergiebedarfs“ zu entwickeln (§ 7c Abs. 2 S. 2 KSG BW). Zudem sind fünf Maßnahmen zu benennen, mit deren Umsetzung innerhalb der kommenden fünf Jahre begonnen werden soll (§ 7c Abs. 2 S. 3 KSG BW).

Zum Teil wurde behauptet, die Wärmeplanung würde den Ausbau von Wärmenetzen bevorzugen, was von der Landesregierung unter Berufung auf die Technologieoffenheit der Regelung, zugleich aber nicht ohne Bekenntnis zur Wichtigkeit des Wärmenetzausbaus im Ergebnis zurückgewiesen wurde¹⁸. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Landesregierung dem Wärmenetzausbau eine herausgehobene Rolle zuschreibt: Zwar werden als „Dreiklang der Wärmeplanung“ auf einer Ebene mit dem Wärmenetzausbau die Wichtigkeit der Steigerung der nachfrageseitigen Effizienz und die Wärmeversorgung mit Einzelheizungen benannt¹⁹. Allerdings ist letztere Maßnahme nach Ansicht der Landesregierung vor allem für diejenigen Fälle anzudenken, in denen keine Wärmenetze bestehen und eine Versorgung über Netze auch in Zukunft nicht wirtschaftlich sein wird²⁰. Aus der steigenden Bedeutung des Ausbaus von Wärmenetzen könnte sich ein Konflikt zur aktuell gasbasierten Versorgung und dem hierfür betriebenen Gasnetz ergeben.

¹³ Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg vom 23. Juli 2013 (GBl. S. 229) in der Fassung des Gesetzes vom 12. Oktober 2021 (GBl. S. 837).

¹⁴ *Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg (MUKE BW)*, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 10.

¹⁵ LT BW-Drs. 16/8570, S. 76.

¹⁶ *MUKE BW*, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 10.

¹⁷ *MUKE BW*, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 21.

¹⁸ LT BW-Drs. 16/8570, S. 46.

¹⁹ *MUKE BW*, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 16.

²⁰ *MUKE BW*, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 18.

2. Bindungswirkungen und Rechtsschutz

Zunächst ist die Frage zu untersuchen, welche Rechtsbindungen eine solche kommunale Wärmeplanung nach sich zieht. Hierfür wiederum ist eine kurze umweltrechtsdogmatische Einordnung des Instruments hilfreich.

Die kommunale Wärmeplanung, wie sie in Baden-Württemberg ausgestaltet ist, weist zwar durchaus Elemente einer Umweltfachplanung als Form einer raumbedeutsamen Fachplanung – wie etwa auch der Landschaftsplanung – auf. Sie ist aber primär als bedarfsorientierte Analyse und eine hieran anknüpfende Maßnahmenplanung konzipiert. Zu beachten ist, dass – generell – eine Umsetzungsverpflichtung nicht zwingend Bestandteil einer kommunalen Wärmeplanung sein muss. Insoweit ist die kommunale Wärmeplanung primär mit einer informellen Planungsgrundlage vergleichbar, welche die Klimaziele aus § 4 KSG BW – die ihrerseits auf nationale Zielvorgaben (§§ 3, 4 i. V. m. Anlage 1 Bundesklimaschutzgesetz²¹) zurückgehen – einer lokalen Umsetzung zuführt.

Allerdings kann, wo allgemeine Berücksichtigungspflichten geregelt sind – etwa in § 11 Abs. 3 KSG BW – eine bestehende kommunale Wärmeplanung auf das Ermessen der Gemeinden in bestimmten Situationen in ihrem nachfolgenden Handeln einwirken, sodass die Gemeinde sich nicht ohne Weiteres in Widerspruch zu ihrer kommunalen Wärmeplanung und den dort vorgesehenen Maßnahmen setzen kann. Direkte aus dem Wärmeplan abgeleitete Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter sind aber nicht gegeben. Allenfalls kann eine inzidente Prüfung erfolgen, soweit aufgrund des kommunalen Wärmeplans konkrete, in individuelle Rechtspositionen eingreifende Maßnahmen vorgesehen sind.

III. Zielkonflikt: Gasnetz

Die kommunale Wärmeplanung, die stark mit Treibhausgasemissions-

Einsparungszielen verknüpft ist, kann bei ihrer Umsetzung mit der heutzutage vor allem auf fossilem Erdgas basierenden Wärmeversorgung faktisch in Konflikt geraten.

Werden neue Fernwärmenetze gebaut oder ist deren Ausbau geplant, können diese zu bestehenden Gasnetzen in Konkurrenz treten. Die parallele Verlegung von Gas- und Wärmeverteilernetzen wird als langfristig nicht sinnvoll angesehen und entsprechend ein „Rückzug von Gasverteilernetzen“ für ein mögliches Szenario gehalten²². Demnach seien der Ausbau von Wärmenetzen und der Rückzug der Gasverteilernetze strategisch zu planen und Aussagen zur Entwicklung auch mit Bezug auf die Planungssicherheit der Bürgerinnen und Bürger sowie von Betrieben vorzuhalten²³. Gasnetzbetreiber seien im Rahmen der Umsetzung der Pläne zu beteiligen²⁴. Eine entsprechende Pflicht zur Beteiligung der Gasnetzbetreiber bzw. anderer Netzbetreiber und Akteure im Rahmen der Erstellung der Wärmepläne findet sich im Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg oder in den entsprechenden Gesetzen anderer Bundesländer allerdings nicht.

Bei der Umsetzung einer solchen kommunalen Wärmeplanung, die einen (Teil-) Rückzug von der Gasversorgung vorsieht, könnte das Recht der Konzessionsvergabe aber ein Hindernis darstellen. Insbesondere könnten laufende, aber auch die Regeln für künftig abzuschließende Konzessionsverträge ein Rechtshemmnis darstellen. Daher ist das Recht der Konzessionsverträge einschließlich der Vergabe der Konzessionsverträge eingehend auf solche konfliktträchtigen Vorgaben zu untersuchen.

Von Interesse erscheinen dabei mehrere denkbare Konstellationen. Zum einen ist an die Situation zu denken, dass in einem kommunalen Wärmeplan die Anpassung laufender Verträge beabsichtigt wird. Zum anderen wird sich die Gemeinde die Frage stellen, welche Möglichkeiten sie hat, künftige Konzessionsverträge so auszugestalten, dass sie einer möglichst klima- und umweltverträglichen Wärmeversorgung förderlich sind und im Einklang mit der

²¹ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

²² MUKE BW, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 17 f.

²³ MUKE BW, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 76.

²⁴ MUKE BW, Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 99.

6 Wärmeplanung und Gaskonzessionen

kommunalen Wärmeplanung stehen. Denkbar ist auch, dass die Gemeinde durch ihre Wärmeplanung ein gesteigertes Interesse an Anwendungen der Sektorenkopplung zwischen Wärmeversorgung und dem Gasnetz entwickeln könnte.

C. Maßgebliche rechtliche Rahmenbedingungen für (Gas-) Konzessionsverträge

Für die kommunale Gestaltungsmacht bei der Steuerung des Umbaus der Wärmeversorgung ist vor allem das Konzessionsvergaberecht zentral, welches hier deshalb grundrissartig skizziert werden soll. Dafür wird – nach einer kurzen Einordnung der Konzessionsverträge – im Folgenden dargestellt, welche rechtlichen Rahmenbedingungen bei der Ausgestaltung der Verträge zu beachten sind (I.) und wie die Vorgaben zum Vergabeverfahren aussehen (II.).

Das Recht der Konzessionsvergabe ist §§ 46 ff. Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)²⁵ sowie der Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas (Konzessionsabgabenverordnung – KAV)²⁶ zu entnehmen. Nach allgemeiner Auffassung differenziert § 46 EnWG zwischen einfachen Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 1 EnWG und qualifizierten Wegenutzungsverträgen nach § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG²⁷. Erstere, einfache Wegenutzungsverträge, betreffen solche Leitungen, die nicht einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zuzurechnen sind, sondern in sonstiger Weise zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern bestimmt sind. Für die Leitungen des Netzes der allgemeinen Versorgung (§ 3 Nr. 17 EnWG) gelten dagegen die Vorschriften über qualifizierte Wegenutzungsverträge. Allein diese

werden als Konzessionsverträge bezeichnet²⁸. Sie werden nachfolgend behandelt.

Konzessionsverträge erlauben einem Unternehmen, öffentliche Wege und Plätze für die Verlegung und den Betrieb von Energieversorgungsleitungen in Anspruch zu nehmen. Sie sind deswegen Grundvoraussetzung dafür, in diesem Geschäftsfeld überhaupt tätig werden zu können²⁹.

Diese Verträge sind zugleich auch die maßgeblichen Instrumente der Gemeinden bei der Realisierung der ihnen zukommenden Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Versorgung mit Wasser, Strom und Gas³⁰. Sie besitzen einen Doppelcharakter: zum einen werden durch sie Wegenutzungsrechte eingeräumt, zum anderen ist die – in § 36 EnWG vorgeschriebene – Grundversorgung eines Gebiets nach den vorgegebenen gemeinwohlorientierten Zielen sicherzustellen³¹.

Ihre rechtliche Einordnung ist umstritten. Zwar geht die überwiegende Auffassung von einer privatrechtlichen, im Grundeigentum der Gemeinden wurzelnden Rechtsposition und damit auch von einer privatrechtlichen Natur des Konzessionsvertrags aus³². Allerdings wird einer rein privatrechtlichen Konzeption z. T. entgegengetreten³³. Argumentiert wird etwa mit der Grundrechtsbindung der Gemeinden auch im Rahmen einer privatrechtlichen

²⁵ Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 84 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

²⁶ Konzessionsabgabenverordnung vom 9. Januar 1992 (BGBl. I S. 12, 407), die zuletzt durch Artikel 3 Absatz 4 der Verordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477) geändert worden ist.

²⁷ Der Wortlaut des § 46 EnWG kennt die Unterscheidung in einfache und qualifizierte Wegenutzungsverträge dagegen nicht, was an der Rechtspraxis nichts ändert, vgl. *Kermel*, in: *Kermel*, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 2.

²⁸ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 2; Überblick bei

Hellermann, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 46 Rn. 2 ff.

²⁹ *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 1.

³⁰ *Katz*, Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, *KommJur* 2018, S. 1.

³¹ *Katz*, Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, *KommJur* 2018, S. 1 (2).

³² BGHZ 138, 266 (274); *Theobald*, in: *Theobald/Kühling*, EnWG, § 46 Rn. 25.

³³ *So Hellermann*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 46 Rn. 59; *Wieland*, die Konzessionsabgaben, 1991, S. 384; *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 15.

Betätigung, sowie mit dem Zuordnungsobjekt – jedenfalls – des § 46 Abs. 2 EnWG, nämlich der im Rahmen der Erledigung einer öffentlichen Aufgabe handelnden Gemeinde³⁴. Für die nachfolgende Betrachtung bedarf dieser grundsätzliche Streit allerdings keiner Entscheidung, da er für die hier zu behandelnden rechtlichen Fragen nicht relevant wird.

I. Ausgestaltung der Konzessionsverträge

1. Grundlegender Leistungsinhalt

Gegenstand von Konzessionsverträgen ist stets die Vereinbarung über die Einräumung eines Wegerechts zur Nutzung gemeindlicher Verkehrsflächen für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung (§ 3 Nr. 17 EnWG) gehören, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet. Sie wird zwischen Gemeinde und Energieversorgungsunternehmen (EVU – § 3 Nr. 18 EnWG) getroffen³⁵. Vertragspartner der Gemeinde bei einem Konzessionsvertrag kann (nur) ein Netzbetreiber oder ein Netzeigentümer sein³⁶. Im Gegenzug für die Einräumung des Wegenutzungsrechts zahlt das Energieversorgungsunternehmen nach § 48 EnWG Konzessionsabgaben. Zudem ist es zur Errichtung bzw. zum Betrieb des Energieversorgungsnetzes verpflichtet, nicht aber zur

Energieversorgung selbst (anders: Wasser, Fernwärme)³⁷.

Zentraler Regelungsinhalt des Konzessionsvertrags ist damit die gemeindliche Entscheidung darüber, welches Unternehmen während der Vertragslaufzeit das Netz der allgemeinen Versorgung betreiben soll³⁸.

Die Verträge enthalten zudem regelmäßig über die gesetzliche Regelung hinausgehende Bestimmungen über Betriebs-, Ausbau- und Instandhaltungspflichten des Netzbetreibers³⁹ sowie detaillierte Regelungen über Baumaßnahmen (Pflichten zur Rücksichtnahme oder zur Konsultation und ggf. zum Rückbau einzelner Leitungen) sowie Haftungsregeln, ggf. Kündigungsrechte (insb. sog. „Change-of-Control“-Klauseln) sowie Endschaftsbestimmungen⁴⁰, die vor allem das zivilrechtliche Regime der §§ 1004, 823 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)⁴¹ ausschließen, sodass keine – widersinnig erscheinende – Pflicht des Konzessionärs zum Rückbau der gesamten Versorgungsanlagen nach Auslaufen des Konzessionsvertrags eintritt⁴².

2. Laufzeit

§ 46 Abs. 2 S. 1 EnWG sieht für die Konzessionsverträge eine maximale Laufzeit von 20 Jahren vor. Im geltenden, liberalisierten Energiewirtschaftsrecht wird dies für unnötig gehalten⁴³. Kürzere Vertragslaufzeiten als 20 Jahre sind hingegen rechtlich zulässig. Sie sind allerdings nicht üblich: Gemeinden verlangen i. d. R. die Höchstsätze nach der Konzessionsabgabenverordnung unter Einschluss eines sog. Gemeinderbatts; die Unternehmen erwarten im

³⁴ Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 14 f.

³⁵ Kermel, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 14.

³⁶ Kermel, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 2 Rn. 35. Beim einfachen Wegenutzungsvertrag kann auch der Letztversorger selbst Vertragspartner sein.

³⁷ Rossi/Pfahl, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, 2016, S. 19 (30).

³⁸ Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 65.

³⁹ Theobald, in: Kment, Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht, 2016, S. 36.

⁴⁰ Dies sind Bestimmungen, die Regelungen für den Zeitpunkt nach Auslaufen des Konzessionsvertrags

festlegen. Diese sehen oftmals einen (zeitweisen) eigentumsrechtlichen Übertragungsanspruch der Gemeinde vor, weil vor der Novelle des EnWG im Jahr 2011 unklar war, ob die Vorschrift in § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG eine Überlassung oder eine Übereignung des Netzes forderte, vgl. hierzu Wegner, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG Rn. 73.

⁴¹ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3515) geändert worden ist.

⁴² Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2012, S. 16 ff.

⁴³ Kermel, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, S. 53 f.

Gegensatz hierfür die Ausreizung der Maximalaufzeit⁴⁴.

3. Konzessionsabgaben

§ 48 EnWG regelt die Zahlung von Konzessionsabgaben durch den Netzbetreiber (von dem diese über den Versorger an die Kunden weitergegeben werden) an die Gemeinde. Diese sind die Hauptgegenleistung für die Gewährung des Wegenutzungsrechts. Für die Konzessionsabgaben trifft die Konzessionsabgabenverordnung die maßgeblichen Regelungen. Insbesondere sind Höchstsätze festgelegt (§ 2 Abs. 2, 3 KAV), die zwischen Tarifkunden und Sondervertragskunden (§ 1 Abs. 3, 4 KAV) differenzieren. § 48 EnWG stellt dabei nicht den Rechtsgrund für die Zahlung von Konzessionsabgaben dar, die Zahlungspflicht folgt vielmehr aus dem Konzessionsvertrag und muss somit zwingend vertraglich vereinbart werden.

II. Vergabeverfahren

1. Grundlagen

Die in der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nach Art. 28 Abs. 2 GG verankerte⁴⁵ Entscheidungshoheit der Gemeinden über die Auswahl des Nutzungsberechtigten setzt nach allgemeiner Auffassung und trotz fehlender ausdrücklicher Bestimmung ein formalisiertes Vergabeverfahren im Wege der Ausschreibung voraus⁴⁶.

Regelungen über die Vergabe der Wege-rechte durch die Gemeinden sowie die zulässigen Gegenleistungen der Netzbetreiber finden sich in §§ 46 Abs. 3 bis 6, 46a f. EnWG sowie in der Konzessionsabgabenverordnung.

Auf das Vergabeverfahren sind ferner die allgemeinen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁴⁷ anwendbar. Insbesondere sind daher das Verbot des Behinderungsmissbrauchs (§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1 GWB) sowie das Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 1 GWB) anwendbar⁴⁸. Hieraus folgt die Pflicht zu einem wettbewerblich ausgestalteten, diskriminierungsfreien Auswahlverfahren, bei dem die Entscheidung auf Grundlage sachgerechter und objektiver Auswahlkriterien zu erfolgen hat⁴⁹.

2. Nebenleistungsverbot

In Konzessionsverträgen können – abgesehen von den Konzessionsabgaben – zwischen Kommune und EVU auch weitere Leistungen vereinbart oder gewährt werden (sog. Nebenleistungen)⁵⁰. § 3 Abs. 1 KAV zählt die erlaubten Leistungen abschließend⁵¹ auf; § 3 Abs. 2 KAV nennt hingegen beispielhaft⁵² solche Leistungen, deren Vereinbarung verboten ist.

Ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot führt nach teilweise vertretener Auffassung nicht nur dazu, dass die jeweilige Nebenleistungsvereinbarung unwirksam wird, sondern zur Gesamtnichtigkeit des

⁴⁴ *Templin*, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 153.

⁴⁵ *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 80; *Albrecht*, in: Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert – Rahmenbedingungen, Strategien und Umsetzungen, 2006, S. 75.

⁴⁶ *Knauff*, Ausschreibungen im Energierecht – Problemlösungsinstrument oder bürokratischer Irrweg, NVwZ 2017, S. 1591 (1592); *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 100; *Meyer-Hetling/Probst/Wolkenhauer*, Verfahrensmängel im Konzessionierungsverfahren und etwaige Rechtsfolgen, ER 2012, S. 22 (23).

⁴⁷ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist.

⁴⁸ *Möllnitz*, Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen

Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge; *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 87.

⁴⁹ *BNetzA/BKartA*, Gemeinsamer Leitfaden Konzessionsrecht, Dez. 2010, S. 3 ff.; *Albrecht*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 88

⁵⁰ *Theobald/Templin*, in: Theobald/Kühling, EnergieR, 72. EL Okt. 2011, § 3 KAV, Rn. 1.

⁵¹ BGH, NVwZ 2014, S. 807 (811, Rn. 45); *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 168. Hierzu zählen etwa Preisnachlässe für den Eigenverbrauch der Gemeinde und Kostenerstattungen der Gemeinde, wenn diese Leistungen für das Versorgungsunternehmen erbringen.

⁵² *Probst*, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 169.

Konzessionsvertrags nach § 134 BGB⁵³. Der BGH hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen, aber eine differenzierende Sichtweise entwickelt: zu einer Gesamtnichtigkeit komme es immer (nur) dann, wenn die unzulässige Leistung kausal für die Auswahlentscheidung gewesen ist, was wiederum eine Tatfrage sei⁵⁴. Für die Praxis werden zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten salvatorische Klauseln empfohlen⁵⁵.

§ 3 Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 KAV nimmt vom Nebenleistungsverbot allerdings von vornherein die Leistungen des Versorgers bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen aus, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen. Diese Leistungen dürfen allerdings „nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“.

Die Rechtsprechung interpretiert das Nebenleistungsverbot z. T. sehr weit⁵⁶ und bezieht sich hierzu auf dessen Zwecke, Wettbewerbsverzerrungen auf dem Markt der Nebenleistungen⁵⁷ sowie eine Aushöhlung der Höchstsätze für Konzessionsabgaben zu verhindern⁵⁸. Das OLG München etwa hat einen Vertrag für nichtig erklärt, der u. a. enthielt, dass der Netzbetreiber der Gemeinde die für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzeptes erforderlichen Daten zur Verfügung stellt, die Gemeinde bei der Eigenerzeugung von Strom unterstützt sowie den Klimaschutz vor Ort fördert⁵⁹. Der BGH hat im Rahmen der Revision gegen dieses Urteil die Frage der

Unzulässigkeit der genannten Nebenleistungen dagegen ausdrücklich offengelassen⁶⁰. Die Rechtslage hinsichtlich der Erstellung von Energiekonzepten und Transformationsstrategien im weitesten Sinne als mögliche Forderung der vergebenden Gemeinde an den Konzessionsnehmer ist damit jedenfalls unklar geblieben.

3. Auswahlkriterien

Zur Ausgestaltung eines fairen Vergabeverfahrens bedarf es vorab einer Fest- und Offenlegung von Auswahlkriterien. Grundsätzlich haben die Gemeinden – vom Gesetzgeber intendiert⁶¹ – eine gewisse Freiheit bei der Festlegung. Allerdings muss es sich dabei um sachgerechte, objektive und auf den Netzbetrieb bezogene⁶², nicht dagegen versorgungsbezogene⁶³ Kriterien⁶⁴ handeln. Dabei besteht ein Ermessen der Gemeinde hinsichtlich der Auswahl sowohl der Kriterien als auch der Gewichtung derselben⁶⁵.

Daneben können sich die Kriterien auf die konzessionsabgaberechtlich zulässigen Nebenleistungen beziehen⁶⁶. Nicht statthaft sind dagegen – soweit nicht durch Netzbetriebsaspekte gerechtfertigt – strategische Kriterien wie etwa der Einfluss der Gemeinde auf die Netzgesellschaft oder energiepolitische und allgemeine kommunalwirtschaftliche Interessen⁶⁷. Unzulässige Auswahlkriterien führen nach h. M. zur

⁵³ OLG München, Urt. v. 26.9.2013 – U 3587/12 Kart, BeckRS 2014, 23171; a. A. Wolf/Dörfler, Das Nebenleistungsverbot bei der Konzessionsvergabe Strom und Gas, VW 2015, S. 40; zur a. A. tendierend Theobald/Templin, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 112. EL Juni 2021, § 3 KAV, Rn. 207 f.

⁵⁴ BGH, NZBau 2015, S. 115 (119).

⁵⁵ Theobald/Templin, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 112. EL Juni 2021, § 3 KAV, Rn. 209.

⁵⁶ OLG München, Urt. v. 26.9.2013 – U 3587/12 Kart, BeckRS 2014, 23171.

⁵⁷ Templin, Das Recht auf Vereinbarung von Nebenleistungen im Rahmen gemeindlicher Konzessionsvergaben, ZNER 2012, S. 570 (571).

⁵⁸ BGH, NJW 1996, S. 3409 (3410).

⁵⁹ OLG München, Urt. v. 26.9.2013 – U 3587/12 (Kart).

⁶⁰ BGH, KommJur 2015, S. 62 (63 f.).

⁶¹ BT-Drs. 13/7274, 21.

⁶² BGH, NVwZ 2014, S. 807 (810 ff.); OLG Celle, Urt. v. 26.1.2017 – 13 U 9/16 (Kart), juris Rn. 34.

⁶³ Schwensfeier, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, S. 226 f.

⁶⁴ Die Unterscheidung zwischen Netz- und Versorgungsbezug folgt aus der Grundsatzentscheidung des europäischen und nationalen Gesetzgebers für eine Entflechtung des Netzbetriebs in vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen.

⁶⁵ Schau, Die wettbewerbliche Vergabe von Konzessionen nach § 46 EnWG – Verfahren ohne Regeln und Schiedsrichter?, RdE 2011, S. 1 (3); Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 92.

⁶⁶ Huber, in: Kment, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 78.

⁶⁷ Huber, in: Kment, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 78.

Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrags nach § 134 BGB⁶⁸.

Ferner schreibt das Gesetz obligatorische⁶⁹ Kriterien vor: Nach § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG sind die Gemeinden bei der Auswahl an die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG gebunden. Hierdurch werden die Sicherheit der Versorgung, ihre Preisgünstigkeit und Effizienz sowie Verbraucherfreundlichkeit ebenso zu Auswahlkriterien erhoben wie ihre Umweltverträglichkeit sowie der erhöhte Einsatz erneuerbarer Energien.

Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Vergabekriterien wird maßgeblich auch durch das bereits erörterte Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 KAV bestimmt. Da dieses die Inhalte der Verträge regelt, wird hierauf auch für die Frage der richtigen Auswahlkriterien zurückgegriffen.

Nachstehend werden diejenigen Auswahlkriterien vorgestellt, die im Hinblick auf eine bessere Berücksichtigung einer kommunalen Wärmeplanung im Rahmen der Gaskonzessionsvergabe relevant werden könnten:

a) Umweltverträglichkeit

Die Gemeinden müssen prüfen und bewerten, wie umweltverträglich der Konzessionär das Netz und den Netzbetrieb ausgestalten wird⁷⁰.

Dabei kann die Gemeinde auch unter dem Stichwort „Kommunales Energiekonzept“ eine Unterstützung beim Aufbau einer Strategie zur Steigerung des effizienten Umgangs mit Energie in der Gemeinde zum Auswahlkriterium machen, soweit sich

solche Konzepte auf die Versorgungslage vor Ort beschränken⁷¹. In Teilen der Rechtsprechung wurde dies zwar für generell unzulässig gehalten, da eine solche Vereinbarung nicht im Einklang mit dem Nebenleistungsverbot stehe (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV)⁷². Diese Entscheidungen wiederum sind allerdings auf Widerspruch in der Literatur gestoßen⁷³. Der BGH hat die Frage im Revisionsverfahren offengelassen⁷⁴, sodass die Rechtslage – auch wenn hier der Literatur gefolgt wird – an dieser Stelle ebenfalls als unklar bezeichnet werden muss.

In Anlehnung an § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV kann aber jedenfalls die Ergreifung von Maßnahmen zum rationellen, sparsamen und ressourcenschonenden Umgang mit Energie zum Kriterium erhoben werden⁷⁵. Ferner wird davon ausgegangen, dass Rückbauverpflichtungen hinsichtlich stillgelegter Anlagen⁷⁶ sowie ein „Grünes Wirtschaften“ im Sinne eines an ökologischen Maßstäben ausgerichteten Handelns zu Kriterien gemacht werden können⁷⁷.

b) Zunehmende Versorgung mit erneuerbaren Energien

Zudem haben die Gemeinden zu prüfen, wie sich ihre Auswahlentscheidung auf den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien in ihrem Gemeindegebiet zur Erfüllung des Zwecks des Energiewirtschaftsgesetzes nach § 1 Abs. 1 EnWG auswirken wird⁷⁸. Die Ansicht, die den Zweck einer zunehmenden Energieversorgung auf Basis erneuerbarer Energien in § 1 Abs. 1 EnWG lediglich für die gesetzliche Bedarfsplanung nach den §§ 12a ff. EnWG relevant

⁶⁸ BGH, NZBau 2014, 303 (309); OLG Dresden, Urt. v. 29.11.2016 – U 1/16 (Kart) – juris, Rn. 19; OLG Schleswig, Urt. v. 22.11.2012 – 16 U (Kart) 22/12; *Huber*, in: *Kment, EnWG*, 2. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 79; a. A. *LG Mannheim, ZNER* 2013, S. 413 (414 ff.).

⁶⁹ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 90.

⁷⁰ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 90.

⁷¹ *Theobald/Templin*, in: *Theobald/Kühling, Energierecht*, 72. EL Okt. 2011, § 3 KAV, Rn. 187; *Probst*, *Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2016, S. 234 f.; *Tettinger*, *NWVB*. 1989, S. 1 (4); offenlassend *Kermel*, in: *Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht*, 4. Aufl. 2018, § 3 KAV, Rn. 42 ff.

⁷² *LG München I, WRP* 2012, 1472 (Ls.); Urt. v. 1.8.2021, Az. 37 O 19383/10; Urt. v. 1.8.2012, Az. 37 O 23668/10; *OLG München, Urt. v. 26.9.2013 – U 3587/12 Kart, juris* Rn. 244.

⁷³ Vgl. etwa *Probst*, *Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2016, S. 170 ff.

⁷⁴ BGH, *KommJur* 2015, 62 (Rn. 18, 36).

⁷⁵ *Probst*, *Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2016, S. 236.

⁷⁶ *Probst*, *Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2016, S. 236; *MUKE BW, Musterkriterienkatalog Konzessionsvergabe*, Stand 5.3.2015, S. 8.

⁷⁷ *Probst*, *Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen*, 2016, S. 236 ff.

⁷⁸ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 90.

hält⁷⁹, erscheint dabei nicht zwingend. Vertreten wird zwar ferner, dass durch die Aufnahme der erneuerbaren Energien gar keine Erweiterung des Zielkatalogs erfolgt sei, weil der Zusatz als Halbsatz nach den vorherigen Zielbestimmungen aufgenommen wurde, nicht aber in die Aufzählung selbst und zudem das Ziel Energiewende im Begriff der Umweltverträglichkeit aufgehe⁸⁰. Der BGH behandelt die zunehmende Versorgung aus erneuerbaren Energien dagegen ohne weitere Ausführungen als eigenständiges Ziel, ohne dass diese Einordnung oder das Kriterium als solches im entschiedenen Fall Relevanz erlangt hat⁸¹.

Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, dass es sich um ein zulässiges Kriterium handelt. Als Unterkriterien werden in der Gesetzesbegründung etwa die Integration dezentraler Erzeugungsanlagen und Speicher- sowie Lasten- und Einspeisemanagement-Konzepte genannt⁸². Bewertungsrelevant können dabei allerdings nur Zusagen sein, die über die Erfüllung bereits bestehender gesetzlicher Verpflichtungen (z.B. nach § 8 EEG, § 4 KWKG, § 17 EnWG) hinausgehen⁸³. Der Musterkriterienkatalog der Energiekartellbehörde Baden-Württemberg (der dieses Kriterium mit dem Kriterium der Umweltverträglichkeit zusammenlegt) macht daher vor allem zum Kriterium, wie gut und schnell in der Praxis die Umsetzung der gesetzlichen Anschlusspflichten – etwa bei PV-Anlagen – gelingt⁸⁴.

c) Preisgünstigkeit

Ein wichtiges Kriterium stellt die in § 1 EnWG genannte Preisgünstigkeit des Netzbetriebs dar. Damit ist vor allem die Höhe der nicht rabattierten Netzentgelte gemeint⁸⁵. Ein gültiges Unterkriterium stellt dabei der Effizienzwert des sich

bewerbenden Netzbetreibers dar⁸⁶. Sektorübergreifende Synergien können nur dann berücksichtigt werden, wenn alle Bewerber Zugang zu diesen Synergien haben⁸⁷.

d) Effizienz

Der Begriff der Effizienz ist mehrdeutig: In der Literatur wird – mit Verweis auf das eigenständig und gleichrangig bestehende Ziel der Preisgünstigkeit – der Begriff als Energieeffizienz i. S. d. § 3 Nr. 15b EnWG (Energieeffizienzmaßnahmen) verstanden⁸⁸. Nach der Auffassung der Gesetzesbegründung ist damit aber vor allem die Kosteneffizienz hinsichtlich der Energieversorgungsnetze gemeint⁸⁹. Nach einer anderen Ansicht sind beide Verständnisse subsumentierbar, sodass ggf. auftretende Zielkonflikte zwischen Energie- und Kosteneffizienz innerhalb dieses Ziels auszutragen seien bzw. das Effizienzkriterium lediglich den zwischen Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit bestehenden Konflikt zum Ausdruck bringt⁹⁰. Dies impliziert, dass sich Energieeffizienz unter das Ziel der Umweltverträglichkeit fassen lässt.

e) Zwischenfazit

Mithin bestehen im Grundsatz mehrere Kriterien, die für die Kommunen im Zuge der Konzessionsvergabe und im Zusammenhang mit einer besseren inhaltlichen Verschränkung des Gasnetzbetriebs mit den kommunalen Wärmeplanungen relevant werden könnten. An dieser Stelle kann aber noch keine Bewertung erfolgen, inwieweit die einzelnen Kriterien hierzu operationalisierbar sind, da die vorgestellten Kriterien in verschiedenen Kontexten relevant werden. Dies wird daher erst nachfolgend untersucht⁹¹.

⁷⁹ So *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 22e.

⁸⁰ *Theobald*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 96. EL Jan. 2018, § 1 EnWG, Rn. 5.

⁸¹ BGH, NVwZ 2014, S. 807 (810).

⁸² BT-Drs. 18/8184, S. 14.

⁸³ *Wegner*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 117.

⁸⁴ *MUKE BW*, Musterkriterienkatalog, 06.09.2013, S. 5.

⁸⁵ BGH, NVwZ 2014, S. 807 (815).

⁸⁶ *Wegner*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 111 f.

⁸⁷ *Wegner*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 46 EnWG, Rn. 111 f.

⁸⁸ *Säcker*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 1 EnWG, Rn. 31; wohl auch *Theobald*, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 96. EL Januar 2018, § 1 EnWG, Rn. 29.

⁸⁹ BT-Drs. 15/5268, S. 116.

⁹⁰ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, § 1 Rn. 37; offenlassend auch *Kment*, in: *Kment*, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 1 EnWG, Rn. 8.

⁹¹ Vgl. unten D. II. 2 und 3.

4. Landesrechtliche Vorgaben

Ferner sehen landesrechtliche Vorschriften z. T. weitere Vorgaben für den Abschluss von Konzessionsverträgen vor, die an dieser Stelle nur beispielhaft genannt werden sollen.

a) Beispiel Baden-Württemberg: Verfahrensvorgaben

Gemäß § 107 Abs. 1 S. 1 der Baden-Württembergischen Gemeindeordnung (BWGemO)⁹² darf die Gemeinde einen Gas-konzessionsvertrag nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Zu den zu erfüllenden Aufgaben gehören die der kommunalen Daseinsvorsorge, darunter auch die Wasser- und Energieversorgung. Allerdings kann dies aufgrund der Normenhierarchie schwerlich die bundesrechtlichen Normen modifizieren und nur insoweit eigenständig Geltung beanspruchen, wie ein mit § 46 EnWG vereinbares Auswahlverfahren durchgeführt wird und insbesondere die Gewichtung der Auswahlkriterien ordnungsgemäß erfolgt ist, der in Rede stehende Vertrag aber dennoch die Aufgabenerfüllung der Gemeinde oder ihre wirtschaftlichen Interessen bzw. entsprechende Interessen ihrer Einwohner gefährden würde.

Verfahrensmäßig ist vor allem der Konnex mit 107 Abs. 1 S. 2 BWGemO von Interesse: dem Gemeinderat soll vor der Beschlussfassung ein Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden, welches die Erfüllung der genannten Anforderungen des § 107 Abs. 1 S. 1 BWGemO untersucht. Die Vorschrift sieht allerdings nicht vor, dass der Gemeinderat nur bei einem bestimmten Gutachtenergebnis einen positiven Beschluss fassen darf. Insofern ist dem Gutachten vor allem ein informativ-scher Wert beizumessen; die Entscheidungsträger sollen – sie müssen nicht – sich selbst vergewissern.

b) Beispiel Berlin: Inhaltliche und verfahrensmäßige Vorgaben

Im Land Berlin bildet das Energiewendegesetz Berlin (EWG Bln)⁹³ das Pendant zum Klimaschutzgesetz Baden-Württembergs. § 20 EWG Bln sieht – soweit ersichtlich als einzige landesklimaschutzrechtliche Vorschrift bundesweit – Vorschriften über den Abschluss von Konzessionsverträgen vor.

Demnach sollen vom Land Berlin geschlossene Konzessionsverträge vorsehen, dass die Vertragspartner verpflichtet sind, das Land Berlin bei der Verwirklichung der Ziele und Grundsätze dieses Gesetzes zu unterstützen (§ 20 Abs. 1 EWG Bln). Ganz konkret sollen Konzessionsverträge eine Klausel für den Fall vorsehen, dass eine Anpassung im öffentlichen Interesse zur Verwirklichung einer den Zielen und Grundsätzen des Energiewendegesetzes Berlin entsprechenden Energienutzung erforderlich ist (§ 20 Abs. 2 EWG Bln). Die Konzessionsverträge bedürfen zudem der Zustimmung des Parlaments (§ 20 Abs. 3 S. 1 EWG Bln).

Da die Vorschrift ihre entsprechende Anwendbarkeit sogar auf diejenigen Fälle ausweitet, in denen Leitungsrechte anders als durch Konzessionsvertrag gewährt werden (§ 20 Abs. 3 S. 2 EWG Bln), ist davon auszugehen, dass jedenfalls Strom-, Gas- (§ 46 Abs. 2 EnWG) sowie Wärme- und auch Wasserkonzessionen hierunter fallen sollen. Die Vorschrift beinhaltet allerdings keine Verpflichtung, bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossene Konzessionsverträge gleichsam rückwirkend neu zu verhandeln⁹⁴.

Diese Vorgaben des Energiewendegesetzes Berlin könnten für eine ggf. notwendige Weiterentwicklung des landes- und bundesrechtlichen Rechtsrahmens vorbildhaft wirken, weshalb sie nachfolgend nochmals aufgegriffen werden.

⁹² Gemeindeordnung für Baden-Württemberg in der Fassung vom 24. Juli 2000 (GBl. 2000, 581, ber. S. 698, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 2. Dezember 2020 (GBl. S. 1095, 1098).

⁹³ Gesetz zur Umsetzung der Energiewende und zur Förderung des Klimaschutzes in Berlin vom 22. März

2016 (GVBl. S. 122), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27.08.2021 (GVBl. S. 989).

⁹⁴ Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 17/2339, S. 44.

D. Kommunale Handlungsmöglichkeiten nach geltendem Konzessionsrecht

Nachdem vorstehend die relevanten rechtlichen Vorgaben für die Gaskonzessionsvergabe skizziert worden sind, stellt sich nachfolgend die Frage, welche Möglichkeiten aus kommunaler Sicht bestehen, Konzessionsverträge so auszugestalten, dass sie ihren kommunalen Wärmeplanungen gerecht werden. Dabei ist grundlegend zwischen bereits laufenden (I.) und künftig abzuschließenden (II.) Verträgen zu unterscheiden.

I. Laufende Konzessionsverträge

Für bereits laufende Konzessionsverträge sieht der geltende Energierechtsrahmen in §§ 46 ff. EnWG keine Anpassungsmöglichkeiten bzw. Änderungsklauseln vor. Ferner wird angenommen, dass eine allgemeine Änderungsklausel kein Bestandteil gewöhnlicher Konzessionsverträge ist. Mithin bleibt allein der Rückgriff auf die – hier ohne weiteres anwendbaren – Vorschriften des allgemeinen Vertragsrechts, insbesondere der §§ 313 f. BGB.

Gemäß § 313 Abs. 1 BGB kann bei einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage, bei deren Voraussehbarkeit die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten („Störung der Geschäftsgrundlage“), Anpassung verlangt werden. Allerdings stellt sich die Frage, ob der Erlass eines entsprechenden Wärmeplans durch die Gemeinde, der Maßnahmen enthält, die zu einem bestehenden Konzessionsvertrag in Konflikt stehen, eine solche wesentliche Änderung darstellen kann. Dies wird schon daran scheitern, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine wesentliche Änderung ein Anpassungsverlangen dann nicht zu begründen vermag, wenn sich ein Risiko verwirklicht hat, welches einer Seite des Vertrags zugeordnet

werden kann⁹⁵. Dies leuchtet abstrakt auch ein: Ansonsten könnten Gemeinden generell ihnen unliebsame Vertragsklauseln durch nachträgliche öffentlich-rechtliche Akte beseitigen.

Ein Verweis darauf, dass die betreffende Gemeinde etwa durch § 7c KSG BW zur Erstellung eines Wärmeplans verpflichtet ist, würde auch kaum zu einem anderen Ergebnis führen. Die Gemeinde ist nach den geltenden Vorgaben jedenfalls nicht zur Festschreibung einer Maßnahme verpflichtet, die zwangsläufig zur Anpassung laufender Verträge führen muss.

Mit ähnlichen Erwägungen dürfte auch die Möglichkeit einer Kündigung des Konzessionsvertrags aus wichtigem Grund nach § 314 BGB ausscheiden. Die Kündigung nach dieser Vorschrift ist in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn die Gründe, auf die sie gestützt wird, sich dem Einfluss des Kündigungsgegners entziehen⁹⁶.

Damit ergibt sich kein Spielraum für die Kommunen, aufgrund erlassener Wärmepläne nach §§ 7c f. KSG BW einseitig in laufende (Gas-)Konzessionsverträge einzugreifen. Eine Fortentwicklung des Rechtsrahmens erscheint daher dahingehend denkbar, dass – auf künftig abzuschließende Verträge anwendbar – Anpassungen innerhalb laufender Verträge zur Umsetzung von Maßnahmen in einem kommunalen Wärmeplan möglich sein müssen.

II. Künftige Konzessionsvergaben

Anders könnte jedoch die geltende Rechtslage für noch nicht laufende, sondern künftig neu abzuschließende Konzessionsverträge zu beurteilen sein. Dabei werden zunächst die Spielräume bei der Laufzeit (I.) sowie die Möglichkeit der Gemeinde

⁹⁵ BGH NJW 1992, S. 2690 (2691); *de Wyl*, in: *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 9. Aufl. 2021, § 12, Rn. 410.

⁹⁶ BGHZ 136, 161 (164); BGH, NJW 2013, S. 2021 (2022); *Gaier*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 8. Aufl.

2019, § 314 Rn. 17; *Martens*, in: *BeckOGK*, Stand 01.10.2021, § 314 BGB, Rn. 28.

untersucht, die Konzessionsabgaben nach Klimaschutzbezogenen Kriterien zu staffeln (2.). Sodann wird untersucht, inwieweit die Gemeinde durch die Wahl der Vergabekriterien die Umsetzung der kommunalen Wärmeplanung fördern kann (3.). Zuletzt wird untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde den Netzbetrieb übernehmen (4.) und mittelfristig aus der netzgebundenen Versorgung mit fossilem Erdgas aussteigen kann (5.).

1. Handlungsspielräume bei der Laufzeit

Die Gemeinde hat bei der Festlegung der Vertragslaufzeit Handlungsspielräume. § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG enthält nur eine Laufzeitbegrenzung nach oben, statuiert aber keine Mindestlaufzeit.

Damit besteht für die Gemeinden die zumindest aus rechtlicher Sicht die Möglichkeit, mit Blick auf das transformative Potenzial und die Dynamiken im Feld der Energieversorgung einen Netzbetrieb, der mit einer fossilen Gasversorgung einhergeht, ggf. mit verhältnismäßig kurzen Laufzeiten zu Gunsten des Einsatzes regenerativer Energieträger zu vergeben. Die faktische Verhandlungssituation könnte es zwar erfordern im Gegenzug niedrigere Konzessionsabgabensätze zu verlangen. Dies schließt jedoch die rechtliche Möglichkeit, kürzere Laufzeiten zu vereinbaren, keineswegs aus. Um die rechtlichen Möglichkeiten auch tatsächlich nutzbar zu machen, könnte der Gesetzgeber die in § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG festgelegte maximale Laufzeit auch verkürzen.

Laufende Verträge sind für Gemeinden, wie bereits dargestellt, dagegen im Grundsatz über die gesamte vereinbarte Laufzeit bindend.

2. Staffelung der Konzessionsabgaben nach Klimaschutzbezogenen Kriterien?

Es stellt sich auch die Frage, ob über eine Staffelung der Höhe der Konzessionsabgaben abhängig von der Umwelt-/Klimaverträglichkeit der Gasversorgung das Ziel der Wärmeplanung gefördert werden kann. So könnten die Konzessionsabgaben reduziert werden, wenn sich das EVU zu einer Gasversorgung auf Basis erneuerbarer Energien (Biogas, synthetische Gase, etc.) vertraglich verpflichtet. Dies wird für den Fall der je nach Anteil erneuerbarer Energien gestaffelten Sondernutzungsgebühren für Fernwärmeversorgungsleitungen grundsätzlich für rechtlich zulässig gehalten⁹⁷. Diese stellen zwar keine Konzessionsabgaben i. S. v. § 46 EnWG dar, weisen aber Parallelen auf. Die Freie und Hansestadt Hamburg setzt eine solche Staffelung im Sondernutzungsgebührenrecht, namentlich in Anlage 2a zur Wege- und Grünanlagen-Gebührenordnung (WegeBenGebO HA 1994)⁹⁸, bereits jetzt um.

Im Rahmen der Konzessionsabgabenverordnung stellt sich allerdings das Problem, dass dort Höchstsätze vorgeschrieben sind, die zudem auch von den Gemeinden üblicherweise in den Verträgen ausgeschöpft werden⁹⁹. Es erscheint zwar auf Grundlage der Konzessionsabgabenverordnung grundsätzlich möglich, unterhalb dieser Höchstsätze eine Staffelung vorzunehmen. Zudem wird allein aufgrund des Bestehens dieser Höchstsätze eine erneuerbare Energien fördernde Wirkung der Gebührenbestimmung – anders als im Bereich Fernwärme angedacht worden ist¹⁰⁰ – nur schwer möglich sein.

Eine Staffelung ist jedoch auch aus den folgenden weiteren Gründen kritisch zu sehen:

Zu beachten ist, dass vor dem Hintergrund der Entflechtung von Versorgung und Netzbetrieb auch unterhalb der Höchstsätze der Konzessionsabgabenverordnung

⁹⁷ Vgl. *Legler/Verheyen*, Gutachten über rechtliche Möglichkeiten zu verpflichtender CO₂-Reduzierung im Berliner Fernwärmenetz, 06.09.2019, https://www.kohleausstieg-berlin.de/images/Gutachten_ber_rechtliche_Moeglichkeiten_zu_CO2-Reduzierung_im_Berliner_Fernwrmnetz.pdf.

⁹⁸ Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen vom 6. Dezember 1994 (HmbGVBl. 1994, 385).

⁹⁹ *Albrecht*, in: *Schneider/Theobald*, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 195.

¹⁰⁰ *Legler/Verheyen*, Gutachten über rechtliche Möglichkeiten zu verpflichtender CO₂-Reduzierung im Berliner Fernwärmenetz, 06.09.2019, S. 12.

die Staffelung der Gebühren je nach Klimaschutztauglichkeit des Energieträgers eine Anknüpfung an nicht netzbezogenen Sachverhalten darstellen könnte, da die Klimafreundlichkeit in den Bereich der Erzeugung bzw. Versorgung, aber regelmäßig¹⁰¹ nicht in den Bereich des Netzbetriebs fällt. Eine Vergabe unter solchen Bedingungen könnte daher wiederum ein unzulässiges Ausschreibungs- bzw. Vergabekriterium darstellen, was (nach der h. M.) zur Nichtigkeit eines so zustande kommenden Vertrags führen würde. Dieses Problem stellt sich im Fallbeispiel des Hamburger Fernwärmenetzes nicht, da für Fernwärmenetze das Energiewirtschaftsgesetz und dessen Entflechtungsvorgaben nicht anwendbar sind, sodass durchaus beim Netz anfallende Kosten an Versorgungsaspekte geknüpft werden können.

Zugleich erscheint ein Ansetzen bei den auf öffentlich-rechtlicher Grundlage zu erhebenden Sondernutzungsgebühren im Gasbereich nicht möglich. Allein die Verlegung der Leitungen, nicht aber ihr Betrieb beeinträchtigen den Gemeingebrauch an der öffentlichen Straße¹⁰². Es liegt in der Verlegung daher keine Sondernutzung vor, sondern eine sog. sonstige Nutzung (definiert in § 8 Abs. 10 Fernstraßengesetz (FStrG)¹⁰³ sowie nahezu allen¹⁰⁴ Landesstraßengesetzen), deren Regelung im bürgerlichen Recht zu verorten ist und damit keine öffentlich-rechtliche Genehmigung mit (Sondernutzungs-)Gebühren nach sich zieht¹⁰⁵.

Dass in Hamburg im Falle der Fernwärmeversorgung das Sondernutzungsgebühren-Regime zur Anwendung kommt, liegt vor allem darin begründet, dass das Hamburger Landesstraßengesetz – ebenso wie das Straßengesetz Berlin – die Kategorie der sonstigen Nutzung nicht kennt und daher doch eine Sondernutzung anzunehmen ist. In anderen Bundesländern – etwa Baden-Württemberg – wird eine Sondernutzung nicht anzunehmen und daher das

Sondernutzungsgebührenrecht auch nicht anwendbar sein.

Die Einführung einer entsprechenden Staffelung im Bereich der Konzessionsabgaben im Gasnetzbetrieb würde mithin eine Flexibilisierung der bislang starr vorgeschriebenen Höchstsätze ebenso notwendig machen, wie Anpassungen im eigentlichen Konzessionsvergaberecht dergestalt, dass das Anknüpfen an klimaschutzrelevante, nicht unbedingt unmittelbar netzbezogene Kriterien ermöglicht wird.

3. Klimaschutz/Erneuerbare Energien als Auswahlkriterium

Schon aus § 46 Abs. 4 S. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 EnWG ergeben sich Umweltverträglichkeit sowie Ausbau und Nutzung erneuerbarer Energien als grundsätzlich zulässige Ausschreibungskriterien für eine künftige Vergabe von Wegerechten. Allerdings wird ein Auswahlkriterium, welches explizit die Abkehr von konventioneller Stromerzeugung (und damit wohl auch analog für die Gaserzeugung) zum Gegenstand macht, für einen Verstoß gegen die strengen Entflechtungsvorgaben in §§ 6 ff. EnWG zwischen Erzeugung und Netzbetrieb und schon deswegen für unzulässig gehalten: Der Netzbetreiber habe keinen Einfluss auf den Energielieferanten und hat – im Grundsatz – sein Netz zur Durchleitung diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen¹⁰⁶. Es bedürfe zumindest eines Netzbezuges des klimaschutzmotivierten Anknüpfens an die Art der Energieerzeugung¹⁰⁷.

Ferner müssen diese Kriterien einen Bezug zum örtlichen Verteilernetzbetrieb aufweisen, sie dürfen sich auch dann nicht auf die vorgelagerten Netzebenen beziehen, wenn diese Teil des Konzernverbundes eines

¹⁰¹ Eine Ausnahme stellt die umweltpolitisch motivierte Privilegierung von Biogas dar, die auch auf Netzebene verankert ist, vgl. die Ansprüche auf vorrangigen Netzanschluss und -zugang in §§ 33 f. GasNZV.

¹⁰² Albrecht/Pöhl, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 11.

¹⁰³ Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juni 2007 (BGBl. I S. 1206), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 4147) geändert worden ist.

¹⁰⁴ Berlin und Hamburg kennen dagegen keine solche Kategorie.

¹⁰⁵ BGHZ 37, 353 (354 f.).

¹⁰⁶ Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 239 f.

¹⁰⁷ Schwensfeier, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2016, S. 220 (247); Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2012, S. 240.

Bewerbers sind¹⁰⁸. Ebenso sind Kriterien, die einen bestimmten Energiemix fordern oder favorisieren unzulässig¹⁰⁹. Erst recht gilt dies für eine Bevorzugung von Leistungen zur Errichtung von EE- oder KWK-Anlagen¹¹⁰. Ferner werden sich die Kriterien nur sehr beschränkt auf die Abstimmung mit dem Betrieb anderer Netze erweitern lassen. Dies ergibt sich aus der grundsätzlich nach Sektoren getrennten Vergabe und einer strikt netzbezogenen Betrachtungsweise. Eine verstärkte Förderung und Ermöglichung von Anwendungen der Sektorenkopplung dürfte aus diesen Gründen ausscheiden.

Dagegen können sich Kriterien auf den Anschluss solcher EE- oder KWK-Erzeugungsanlagen im (Gas-)Verteilernetz beziehen¹¹¹. So wird die „zeitnahe Einbindung von Erneuerbare-Energien-Anlagen“ – zu bewerten etwa anhand dessen, wie gut die Umsetzung der gesetzlichen Anschlusspflichten bei PV-Anlagen gelingt – als taugliches Kriterium angesehen¹¹².

4. Vertrags- oder gesellschaftsrechtlich einzuräumender Einfluss der Gemeinde

Es kann auch gefragt werden, ob und inwieweit sich die Gemeinde konzessionsvertraglich (weitgehende) Einflussmöglichkeiten auf den Netzbetrieb einräumen lassen kann, um etwaige Koordinationen zwischen einzelnen lokalen Akteuren und ihren Anlagen im Sinne der Sektorenkopplung zu fördern. Vom BGH wird die vertragliche Einräumung von Einflussmöglichkeiten zwar grundsätzlich für möglich gehalten: Nach dieser Rechtsprechung gilt aber, dass nur solche – im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens angebotsweise aufzustellende – Klauseln statthaft sein können, die der Gemeinde diejenigen Einflussnahmemöglichkeiten verleihen, die zur Erfüllung der

Gewährleistungsverantwortung als Ausfluss der an private Dritte delegierten Daseinsvorsorge unerlässlich sind. Dabei handelt es sich etwa um Informationspflichten und – in geringerem Maße und nach Einzelfallprüfung – auch Mitwirkungs- und Konsultationsrechte¹¹³. Trotz einer engen Formulierung könnte hier im Einzelfall Spielraum bestehen. Der gemeindliche Betrieb darf allerdings auch an dieser Stelle im Verfahren ohne sachlich gerechtfertigten Grund weder benachteiligt noch bevorzugt werden¹¹⁴. Zum Teil wird das so durch den BGH gebilligte „Mitspracherecht der Kommune“ zudem für zu weitgehend gehalten, da der Netzbetrieb bereits in ausreichendem Maße der staatlichen Aufsicht unterstehe¹¹⁵.

Für Kriterien, die eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Gemeinde am Netzbetreiber vorsehen, gelten demgemäß noch striktere Beschränkungen. Das Ausschreibungskriterium der „Gewährung einer (wesentlichen) gemeindlichen Beteiligung“ dürfte zunächst eine kartellrechtlich grundsätzlich verbotene Form der Diskriminierung darstellen¹¹⁶, die allein dann gerechtfertigt werden kann, wenn die Erfüllung der Versorgungsaufgabe anhand der Ziele des § 1 EnWG andernfalls gefährdet ist und dem nicht anders, etwa durch vertragliche Regelungen, angemessen Rechnung getragen werden kann¹¹⁷. Dies wiederum dürfte in den seltensten Fällen der Fall sein.

5. Einstellung des Gasnetzbetriebs

Ferner ist von Interesse, inwieweit die Gemeinde darin frei ist, im Zeitpunkt des Auslaufens des bislang bestehenden Konzessionsvertrags eine Neuausschreibung zu unterlassen und somit aus der netzgebundenen Versorgung mit (fossilem) Erdgas auszusteigen. Dies erscheint – solange ein solches Netz besteht – mit Blick auf § 46

¹⁰⁸ Schwensfeier, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, S. 247.

¹⁰⁹ Ebd.

¹¹⁰ BKartA, Beschl. v. 21.11.2011 – B10-17/11, Rn. 24.

¹¹¹ Schwensfeier, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und der Konzessionsabgaben, 2012, S. 247.

¹¹² MUKE BW, Musterkriterienkatalog Konzessionsvergabe, Stand 05.03.2015, S. 5.

¹¹³ BGHZ 199, 289 (305, Rn. 52) – Stromnetz Berkenthin; Möllnitz, Die Vergabe von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG im Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und kommunaler Daseinsvorsorge, 2016, S. 122.

¹¹⁴ BGH, N&R 2014, S. 157 (160); BGH, ZfBR 2017, S. 389 (393).

¹¹⁵ Groneberg, Konzessionsvergaberecht im Lichte der aktuellen BGH-Rechtsprechung, ER 2014, S. 91 (96).

¹¹⁶ Koppe, (Re-)Kommunalisierung des Strom- und Gasversorgungsnetzbetriebes, 2017, S. 123.

¹¹⁷ BGH, NVwZ 2014, S. 807 (812, Rn. 53)

Abs. 1 EnWG, wonach die Gemeinde ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen grundsätzlich zur Verfügung zu stellen hat, zweifelhaft.

Es stellt sich also die Frage, ob perspektivisch durch die Gemeinde eine Einstellung des Gasnetzbetriebs – etwa mit dem Ziel oder im Zuge eines (im Leitfaden der KEA BW angesprochenen¹¹⁸) Rückbaus der Gasnetze – erfolgen kann.

a) Energierrechtliche Vorgaben

Ständige Netzbetreiber kann die Entscheidung über den Weiterbetrieb der Netze treffen. Da die kommunale Wärmeplanung keine direkte Bindungswirkung gegenüber Dritten entfaltet und die Gemeinde in der Regel keine Möglichkeit gegenüber dem Netzbetreiber haben wird¹¹⁹ eine Einstellung des Gasnetzbetriebs durchzusetzen, ist zunächst danach zu fragen, ob der Netzbetreiber überhaupt zu einer solchen Einstellung berechtigt wäre.

Dem könnten § 36 EnWG i. V. m. der Gasgrundversorgungsverordnung (GasGVV)¹²⁰ entgegenstehen. Diese sehen eine Pflicht bestimmter – im Grundsatz nach den tatsächlichen Marktverhältnissen ermittelter¹²¹ – Energieversorgungsunternehmen zur sog. Grundversorgung mit Gas vor und betreffen damit die zweite Funktion der Konzessionsvergabe. Im Umkehrschluss sichert § 36 EnWG damit jedem Haushaltskunden¹²² die Belieferung mit Strom und Gas zu¹²³. In der grundsätzlich entflochtenen Energiewirtschaft ist, da es um die Stilllegung von Netzen geht, aber vor allem auf die netzbezogenen Vorschriften abzustellen. Diese sind vor allem die Ansprüche auf Anschluss und Netzzugang (§§ 17 f., 20 EnWG) sowie die Pflicht der

Gasversorgungsnetzbetreiber zum bedarfsgerechten Netzausbau und -betrieb (§ 11 EnWG).

aa) Netzanschluss- und -zugangsansprüche

Nach § 17 Abs. 1 S. 1 EnWG haben Betreiber von Gasversorgungsnetzen Letztverbraucher sowie weitere Netze/Leitungen, Verbrauchs-, Erzeugungs- und Speicheranlagen zu angemessenen und diskriminierungsfreien wirtschaftlichen und technischen Bedingungen an ihr Netz anzuschließen¹²⁴. Sie können den Netzanschluss nach § 17 Abs. 2 EnWG verweigern, wenn ihnen dieser aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen unter Berücksichtigung des § 1 EnWG nicht möglich oder nicht zumutbar ist. § 18 EnWG stellt eine Spezialnorm des Zugangsanspruch für Letztverbraucher im Niederdruckbereich bei Netzen der allgemeinen Versorgung dar. Zudem ist § 18 EnWG auf Gemeindegebiete beschränkt. Damit korrespondiert jeweils ein Anspruch auf Netzzugang (§ 20 EnWG).

Die Vorschriften dürften einer Stilllegung des Netzes in Teilen des Gemeindegebiets oder im gesamten Gemeindegebiet im Ergebnis nicht entgegenstehen: Anders als die Stromversorgung erfolgt die Gasversorgung in Deutschland schon zum jetzigen Zeitpunkt keineswegs flächendeckend¹²⁵. Dieser faktisch hingenommene Zustand lässt sich rechtlich dadurch begründen, dass das Unionsrecht – anders als beim Strombereich – kein ausdrückliches Recht auf Grundversorgung vorsieht¹²⁶.

Wurde ein Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung in einem Gebiet durch den Netzbetreiber aber stillgelegt, so kann kein Anspruch auf Anschluss zu diesem Netz geltend gemacht werden, da es dann

¹¹⁸ KEA BW Ltf., S. 76.

¹¹⁹ Es sei denn über Mehrheitsverhältnisse als Gesellschafterin o. ä. des Netzbetreibers.

¹²⁰ Gasgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391, 2396), die zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 29. August 2016 (BGBl. I S. 2034) geändert worden ist.

¹²¹ Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 1.

¹²² Nach § 3 Nr. 22 EnWG sind dies „Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden

Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen“.

¹²³ Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 1.

¹²⁴ Von dieser Pflicht müssten die Gasnetzbetreiber befreit werden, um einen Ausstieg aus der Erdgasnutzung zu ermöglichen, vgl. Däuper/Nguyen/Böck/Straber, Fehlinvestitionen in Gasnetze vermeiden – ein Vorschlag für einen neuen Regulierungsrahmen, EnWZ 2022, S. 57 (62).

¹²⁵ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 18 Rn. 9.

¹²⁶ Vgl. dazu unter D. II. 5. b).

schon an einem Anspruchsverpflichteten, nämlich dem Betreiber eines Energieversorgungsnetzes (§§ 17, 20 EnWG) bzw. dem Betreiber eines Energieversorgungsnetzes der allgemeinen Versorgung in einem Gemeindegebiet (§ 18 EnWG) fehlt.

Es bleibt allerdings fraglich, ob ein Letztverbraucher nicht Zugang/Anschluss zu einem anderen Netz begehren könnte, solange er die Anschlusskosten selbst übernimmt.

§ 17 EnWG sieht insoweit keine längerenmäßige Beschränkung des Begriffs des Anschlusses vor. Ist diese Konstellation auch aus wirtschaftlichen Gründen aufseiten des Anschlusspetenten als unrealistisch anzusehen, liegt aus rechtlicher Sicht insoweit jedenfalls eine Unklarheit im Rechtsrahmen vor.

bb) Pflicht zum Netzbetrieb und bedarfsgerechten Netzausbau

§ 11 Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet die Betreiber von Energieversorgungsnetzen, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Netz „bedarfsgerecht“ zu betreiben, zu warten, zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist¹²⁷. In der Literatur wird z. T. bei Vorliegen einer – grundsätzlich nicht von individuellen Anschlussbegehren abhängigen – negativen Bedarfsfeststellung davon ausgegangen, dass eine Stilllegung erfolgen kann oder – mit Blick auf die Pflicht zur Netzoptimierung – sogar muss. Dennoch stellt sich aufgrund von Unklarheiten bei der Netzentgeltmittlung (Effizienzvergleich und insbesondere die Anwendung von § 15 Abs. 1 ARegV durch die BNetzA) nach Stilllegung die Frage, ob dies für den Netzbetreiber auch wirtschaftlich sein wird¹²⁸.

Nicht von der aktuellen Rechtslage umfasst ist allerdings der Fall, dass der

Netzbetreiber keinen fortgefallenen und damit negativen Bedarf feststellen kann, sondern gerade trotz bestehenden Bedarfs eine Stilllegung erfolgen soll, die sich als Folge einer politischen Entscheidung der Gemeinde – etwa einer kommunalen Wärmeplanung – darstellt. Der kommunale Einfluss auf den Netzbetrieb – unabhängig von dessen Ausgestaltung – wird an dieser Stelle vorausgesetzt. Unbeschadet dessen dürfte der Netzbetreiber, würde er unter diesen Umständen das Gasversorgungsnetz stilllegen, seiner Pflicht aus § 11 EnWG zuwiderhandeln.

b) Vorgaben des höherrangigen Rechts

Die diskutierten Vorschriften des einfachen Rechts knüpfen wiederum an verfassungs- und europarechtliche Grundentscheidungen an, sodass auch die dahingehenden Implikationen zu untersuchen sind.

aa) Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung

Die Grundversorgungspflicht erklärt sich ebenso wie die Pflicht der Netzbetreiber zum bedarfsgerechten Netzausbau daraus, dass, jedenfalls aus einer historischen Perspektive¹²⁹, die Versorgung mit Energie (und damit mit Strom und Gas) in Deutschland gemeinhin als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge angesehen wird¹³⁰, d. h. eine Letztverantwortung¹³¹ oder Gewährleistungsverantwortung¹³² des Staates besteht. Mittlerweile wird dies aber auch anders gesehen, die Netzbetreiber handeln nach dieser Auffassung in eigener Verantwortung¹³³. Das BVerfG bezeichnet die Energieversorgung insgesamt als „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“¹³⁴. Sie weist auch Bezüge

¹²⁷ Zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 EnWG vgl. *Sailer*, RdE 2016, S. 444 ff.; zur Bedarfsplanung der Netze vgl. *Senders/Wegner*, EnWZ 2021, S. 243 ff.

¹²⁸ *Rauch*, Stilllegung von netzseitigen Betriebsmitteln, RdE 2011, S. 287 (290 f.).

¹²⁹ *Sailer*, Die allgemeine Netzausbaupflicht aus § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG, RdE 2016, 444 (446).

¹³⁰ *Ehring*, in: *Elspas/Graßmann/Rasbach*, EnWG, § 36 Rn. 2; *Rasbach*, in: *Kment*, EnWG, 2. Aufl. 2019, § 36 Rn. 6; BVerfG, NJW 1984, 1872 (1873); für Strom auch LG Baden-Baden, RdE 2006, S. 126 (127). Grundlegend *Forsthoff*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, 1958, S. 14 ff.

¹³¹ *Schmidt-Preuß*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Aufl. 2014, § 93 Rn. 48; *ders.*, in: *Säcker*, *BerlKommEnR*, 4. Aufl. 2019, Kap. 1 Abschnitt C., Rn. 18, 114.

¹³² *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 152 ff., 323 ff.; *König*, in: *Säcker*, *BerlKommEnR*, 4. Aufl. 2019, § 11 EnWG, Rn. 67.

¹³³ *Salje*, EnWG, 2006, § 12 Rn. 10; *Lecheler*, Planungsbeschleunigung bei verstärkter Öffentlichkeitsbeteiligung und Ausweitung des Rechtsschutzes?, DVBl. 2007, 713 (718); *Steger/Büdenbender/Feess/Nelles*, Die Regulierung elektrischer Netze, 2008, S. 130.

¹³⁴ BVerfGE 66, 248 (258). Vorhergehend schon in Ansätzen BVerfGE 38, 258 (270 f.); VG Berlin, RdE 1995, S. 158 (159).

zum Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit auf. Der Anspruch auf eine Versorgung mit Strom und auch mit Gas könnte somit eine verfassungsrechtliche Grundlegung aufweisen, die weder durch kommunales noch durch landesgesetzgeberisches Handeln überwunden werden könnte.

Eine „ersatzlose“ Einstellung der Gasversorgung mit der Folge, dass wesentliche Anwendungen des täglichen privaten oder wirtschaftlichen Lebens nicht durchführbar wären, wäre unter diesen Umständen nicht mit der Verfassung vereinbar. Fraglich ist dagegen, ob eine staatliche Abwendung von (fossilem) Gas als Energiequelle auch dann problematisch wäre, wenn anstelle von Erdgas eine andere Ressource zur Verfügung stünde, die eine preisgünstige, leistungsgebundene, sichere (und erst recht umweltverträgliche) Energieversorgung für die haushaltsseitig notwendigen Anwendungen – insb. Beheizung und Warmwasserbereitung – sicherstellen würde. Es scheint jedenfalls nicht von vornherein festzustehen, dass der Begriff der Energieversorgung, wie ihn das BVerfG benutzt, zwingend mit dem enumerativ auf Strom, Gas (und seit neuestem auch Wasserstoff) abstellenden und insoweit zugleich beschränkten Energiebegriff (§ 3 Nr. 14 EnWG) zusammenfällt. Dass das BVerfG in seiner Entscheidung aus 1984 diese Begriffe verwandte, muss nicht bedeuten, dass die durch die (Pflicht zur) Daseinsvorsorge geschützte Energieversorgung sich hierauf bezieht. Vielmehr ist mangels anderer Energieträger im Jahr 1984 davon auszugehen, dass diese beiden Energieträger lediglich als Anschauungsbeispiele für „Energie“ benutzt wurden. Dafür spricht, dass das BVerfG in seiner Garzweiler-Entscheidung betonte, es sei primär eine politische Entscheidung von Bund und Ländern, mit welchen Energieträgern und in welcher Kombination verfügbarer Energieträger sie eine

zuverlässige Energieversorgung sicherstellen wollen. Ihnen stehe ein weiter Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum zur Verfügung, der einer verfassungsrechtlichen Kontrolle nur sehr begrenzt zugänglich sei – solange die Energieversorgung als überragender Gemeinwohlbelang gesichert sei¹³⁵. Zu beachten ist ferner, dass das BVerfG in seinem Beschluss vom 24.3.2021 die staatliche Pflicht zum Klimaschutz aus Art. 20a GG¹³⁶ auch dahingehend verstanden hat, dass Klimaneutralität „nach 2030 alsbald“¹³⁷ herzustellen sei¹³⁸.

Nimmt man eine ergebnisbezogene Betrachtung zum Maßstab, erscheint es eher naheliegend, dass es im Rahmen der Daseinsvorsorge nicht um ein Recht auf Gasversorgung, sondern – energieträgerunabhängig – um die Versorgung mit derjenigen Energie geht, welche für die haushaltskundentypischen bzw. alltäglichen Abläufe notwendig sind.

Dieser Befund wird durch die Betrachtung der unionsrechtlichen Lage bestätigt: Für den Strombereich statuiert Art. 27 der Richtlinie 2019/944/EU (Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie – EltRL)¹³⁹ klar die Gewährleistung der Bereitstellung der Grundversorgung. Auch in ihrer derzeitigen Fassung fordert die Richtlinie 2009/72/EG (Erdgasbinnenmarktrichtlinie, GasRL)¹⁴⁰ in Art. 3 Abs. 3 bereits, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz der Endkunden treffen und insbesondere für schutzbedürftige Kunden. Diese Formulierung ist weniger verbindlich und bezieht die Gewährleistung allein auf den Verbraucherschutz¹⁴¹. Im Rahmen der Reform der Gasbinnenmarktrichtlinie hat die EU-Kommission für die Gasversorgung eine ähnliche Bestimmung vorgeschlagen. Mitgliedstaaten sind demnach allgemein verpflichtet Endkunden zu schützen, sollen aber vornehmlich für – noch näher zu definierende – vulnerable Haushaltskunden angemessene Maßnahmen treffen¹⁴². Eine

¹³⁵ BVerfG, NVwZ 2014, S. 211 (228).

¹³⁶ BVerfGE 118, 79 (110 f.); 137, 350 (368 f., 378); 155, 238 (278).

¹³⁷ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 234.

¹³⁸ BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, Rn. 198 f.

¹³⁹ Richtlinie 2019/944/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie

2012/27/EU (ABl. L 158/125).

¹⁴⁰ Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211/94).

¹⁴¹ Fleckenstein, in: Kermel, Praxishandbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben, 2012, Kap. 6 Rn. 220.

¹⁴² Vgl. Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlament und des Rates mit

Grundversorgung im Sinne des „Versorger letzter Instanz“ wird nach Art. 25 Abs. 2 des Gas-Wasserstoff-Richtlinien-Vorschlags zwar nicht explizit gefordert wurde jedoch als Möglichkeit für die Mitgliedstaaten ausdrücklich im Vorschlag aufgenommen, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Aus der Begründung der EU-Kommission ergibt sich ferner, dass die Verbraucherrechte und -Schutzbestimmungen weitestgehend parallel zu denen im Strombereich zu verstehen sind¹⁴³.

Ferner kann davon ausgegangen werden, dass diejenigen unionsrechtlichen Vorschriften, die den Anspruch auf Netzzugang und -anschluss angehen, zu keinem anderen Ergebnis führen können. Im Gegensatz zum deutschen Recht werden die jeweiligen Ansprüche nicht ausformuliert, sondern eher vorausgesetzt. Dies bedeutet noch nicht, dass Netzzugang und -anschluss unionsrechtlich schwächer ausgestaltet sind. Vielmehr spricht diese Rechtslage dafür, dass im Unionsrecht von vornherein nicht beabsichtigt wurde, die netzgebundene (Grund-)Versorgung mit Gas an jedem Ort zu gewährleisten, sondern allein die natürliche Monopolstellung des Netzbetreibers wettbewerbsverträglich einzuhegen. Hierfür sprechen auch die Erwägungsgründe der Erdgasbinnenmarkttrichtlinie, die „gerechtem Wettbewerb“ (Erwägungsgrund 16 GasRL), „mehr Wettbewerb“ (Erwägungsgrund 17 GasRL)¹⁴⁴ als Ziele sowie an mehreren Stellen „Diskriminierung“ als Problem ansehen¹⁴⁵, wohingegen von einer flächendeckenden Versorgung oder ähnlichen Begriffen nicht die Rede ist¹⁴⁶.

bb) Grundrechtliche Komponente

Zu denken ist allerdings auch an die grundrechtliche, v. a. eigentumsrechtliche Komponente, die eine solche Einstellung der Gasversorgung in einer Gemeinde/einem Gemeindegebiet zur Folge hätte: Ähnlich wie dies im Falle von antriebsabhängigen Verkehrsverboten in Innenstädten aus Gründen der Luftreinhaltung bei Diesel-Kfz

der Fall ist, werden auch im Falle einer Einstellung der Versorgung mit Gas solche haustechnischen, privat angeschafften Anlagen entwertet, welche durch Gas Wärme erzeugen.

Dies stellt einen Eingriff in Art. 14 GG im Wege der Inhalts- und Schrankenbestimmung, jedenfalls aber einen Eingriff in das weit zu verstehende Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) dar. Ein solcher Eingriff kann aber gerechtfertigt, insbesondere verhältnismäßig im engeren Sinne sein, wenn etwa durch die entsprechende Wärmeplanung ausreichende Übergangsfristen unter Berücksichtigung der Entwicklung des Wertverlusts dieser Anlagen gewährt werden. Auch insoweit kann auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu Verkehrsverboten und die dort dargestellten Übergangsregeln¹⁴⁷ zurückgegriffen werden.

c) Zwischenergebnis

Ein „Ausstieg“ aus kommunalen Gasversorgungsinfrastrukturen erscheint grundsätzlich mit höherrangigem Recht vereinbar. Die BVerfG-Rechtsprechung suggeriert aber zugleich, dass dies nicht Sache der Kommunen, sondern des Landes- oder Bundesgesetzgebers ist. Dagegen verhält sich das nationale Energierecht zu einem solchen Ausstieg derzeit nicht. Die Pflicht zum Betrieb und Ausbau des Netzes steht z. T. einem Ausstieg aus klimapolitischen Gründen derzeit sogar eher entgegen. Hier wäre der Gesetzgeber gefragt, diese Regelungslücke zu schließen, um den „Ausstieg“ aus der kommunalen Gasversorgung zu ermöglichen.

6. Zwischenergebnis

Den Gemeinden stehen nach dem Ablauf der bestehenden Gaskonzessionsverträge einige Handlungsoptionen offen, wenngleich diese durch den geltenden Rechtsrahmen stark beschränkt sind. So können

gemeinsamen Vorschriften für die gemeinsamen Märkte für erneuerbare und natürliche Gase und Wasserstoff vom. 15.12.2021, COM(2021) 803 final 2021/0425 (COD).

¹⁴³ Gas-Wasserstoff-Richtlinien-Vorschlag, S. 11.

¹⁴⁴ Der Begriff des Wettbewerbs ist – in verschiedenen Spielarten – ferner angesprochen in den Erwägungsgründen 1, 22, 23, 25, 33, 35, 44 GasRL.

¹⁴⁵ Erwägungsgründe 4, 6, 25. GasRL.

¹⁴⁶ Wettbewerb bleibt auch im Rahmen der Reformvorschläge der EU-Kommission ein wichtiges Thema. Immerhin soll damit die Finalisierung des Gasbinnenmarkts vorangetrieben werden. Diskriminierungsverbote werden demnach insbesondere mit Hinblick auf Erneuerbare Gase nochmals betont und ausgeweitet.

¹⁴⁷ BVerwG, NVwZ 2018, S. 883 (887).

sie Verträge mit kürzeren Laufzeiten vereinbaren und dadurch dem transformativen Charakter der kommunalen Wärmeplanung Rechnung tragen. Ferner können sie die Kriterien der Umweltverträglichkeit bzw. der zunehmenden Versorgung aus erneuerbaren Energien möglichst hoch bewerten und hier sachdienliche, netzbezogene Unterkriterien entwickeln. Zudem kann sie sich in den beschriebenen Grenzen vertraglichen Einfluss einräumen lassen.

Insbesondere könnte sich für die Gemeinde die Frage stellen, inwieweit sie den Gasnetzbetrieb einstellen kann. Das einfache Recht steht dem derzeit eher entgegen, aus Sicht des höherrangigen Rechts bestehen dagegen keine durchgreifenden Bedenken. Der Bundesgesetzgeber hat demnach die Möglichkeit, die Regelungen entsprechend anzupassen. Nicht möglich erscheint dagegen eine Staffelung von Konzessionsabgaben je nach Klimafreundlichkeit, da dieses Kriterium versorgungsabhängig und kaum netzbetriebsbezogen sein kann und daher eine Nichtigkeit eines solchen Vertrags droht.

E. Möglichkeiten zur Fortentwicklung des Rechtsrahmens für Konzessionsverträge

Da sich die derzeitigen Handlungsmöglichkeiten der Kommunen als sehr eingeschränkt erweisen, ist an dieser Stelle zu eruieren, ob und in welchem Umfang landes- oder bundesrechtlich implementierbare Weiterentwicklungsoptionen und Regelungsvorbilder vorhanden sind.

Anpassungsbedarf besteht an mehreren Stellen: So können durch die Wärmeplanung notwendig werdende Anpassungen laufender, regelmäßig 20 Jahre dauernder Konzessionsverträge mangels privatrechtlicher Anspruchsgrundlage grundsätzlich nicht stattfinden (B. I. 1.). Diese lange Laufzeit ist zwar nicht vorgeschrieben, die Gemeinde müsste aber im Gegenzug für eine geringere Laufzeit de facto Einbußen bei den Konzessionsabgaben hinnehmen (B. I. 2. a)).

Doch auch bei künftigen Konzessionsvergaben verfügen die Gemeinden über wenig Flexibilität: Die Einbindung von Klimaschutzbelangen und die Forcierung der Nutzung erneuerbarer Energien in der Wärmeversorgung ist ihr über das Konzessionsvergaberecht nur sehr eingeschränkt möglich; aufgrund der nach Sektoren getrennten und allein auf den Netzbetrieb abstellenden Vergabe kann sie keine Belange anderer Planungen zum Gegenstand der Gasnetz Konzessionsvergabe machen (B. I. 2. b)). Ferner kann als Problem die fehlende Möglichkeit der Gemeinden zur freien Systementscheidung ausgemacht werden (B. I. 2. c) aa)).

Zuletzt fehlt eine rechtssichere Grundlage für eine freie Entscheidung über die künftige Versorgungssituation im Gemeindegebiet – wenn auch die Rechtslage einem mittelfristigen kommunalen Ausstieg aus dem Betrieb fossiler Erdgasnetze im Ergebnis nicht entgegensteht (B. I. 2. d)).

I. Landesrechtliche Optionen

Zunächst soll untersucht werden, welche landesrechtlichen Optionen zur Verfügung stehen könnten. Dies dient zugleich dazu, im Vorgriff auf die Potenziale im Bundesrecht die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten auf Landesebene aufzuzeigen.

1. Neue inhaltliche Vorgaben für Konzessionsverträge

a) Berliner Regelung als Vorbild

Die bereits vorgestellte Regelung¹⁴⁸ im Land Berlin sieht vor, dass zu schließende Konzessionsverträge eine Anpassungsklausel für den Fall vorsehen sollen, dass dies im öffentlichen Interesse zur Verwirklichung einer den Zielen und Grundsätzen des Energiewendegesetzes Berlin entsprechenden Energienutzung erforderlich ist (§ 20 Abs. 2 EWG Bln). Diese Vorgabe ist dabei nicht erst mit Erlass des Energiewendegesetzes Berlin eingeführt worden, sondern fand sich in sehr ähnlicher Form schon in § 19 Berliner Energiespargesetz¹⁴⁹ von 1990. Eine ähnliche Regelung wie in Berlin könnte auch in anderen Landesgesetzen verankert werden.

Sie hat gleichwohl die besondere Situation im Land Berlin zum Hintergrund, wo staatliche und gemeindliche Aktivität explizit nicht getrennt werden (§ 1 AZG Bln). Die Einheit – auch in der Rechtsträgerschaft – zwischen Landesgesetzgebung und gemeindlicher Betätigung führt auch zu der Situation, dass die Interessen der Gemeinde¹⁵⁰ und des Landes nicht kollidieren können.

In Flächenstaaten wie Baden-Württemberg ist dies durchaus anders; es gibt eine

¹⁴⁸ Vgl. o. C. II. 4. b).

¹⁴⁹ Gesetz zur Förderung der sparsamen sowie umwelt- und sozialverträglichen Energieversorgung und Energienutzung im Land Berlin vom 2. Oktober 1990 (GVBl. vom 13.10.1990 S. 2144).

¹⁵⁰ Die Bezirke stellen folglich keine Gemeinden dar (Prinzip der Einheitsgemeinde), wenn sie auch typisch gemeindliche Aufgaben übernehmen.

Vielzahl an Städten und Gemeinden. Denkbar sind daher rechtliche Fragen nach der Vereinbarkeit einer Regelung nach dem Berliner Vorbild oder gar detaillierteren Vorgaben mit dem höherrangigen Recht, insbesondere der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG).

Zu berücksichtigen ist im Rahmen eines Eingriffs in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie insbesondere der Grundsatz, dass das Land den Kommunen die Mehrkosten erstatten muss, die durch die Zuweisung von Aufgaben entstehen (sog. Konnexitätsregelung)¹⁵¹. Auf Ebene der Landesverfassungen wurde dieses „Konnexitätsprinzip“ auch explizit geregelt, z. B. in Art. 71 Abs. 3 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg¹⁵².

b) Fortentwicklung der Berliner Regelung

Darüber hinaus wünschenswert und praktikabel erscheint aber vor allem eine weitergehende landesrechtliche Regelung, die die Kommunen beim Abschluss künftiger Konzessionsverträge darauf verpflichtet, in solchen einen Konnex zu weiteren gemeindlichen Netzen und Netzplanungen vorzusehen.

Dabei würde es sich in der Sache um eine Fortentwicklung der vorgestellten Berliner Regelungen, insbesondere § 20 Abs. 2 EWG Bln, handeln: Eine zukünftige Regelung sollte sich nicht nur auf eine Anpassungsklausel beschränken. Vielmehr sollte zur Förderung der Sektorenkopplung eine Abstimmung des (Gas-)Netzbetriebs mit dem Betrieb aller übrigen in der Kommune bestehenden Netze sowie eine Berücksichtigung bestehender kommunaler Energieplanungen für künftige zu schließende Konzessionsverträge verpflichtend werden.

Dem steht derzeit allerdings das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 KAV entgegen. Dessen Abschaffung bzw. Abschwächung wird schon seit längerer Zeit und gerade mit Blick auf dessen behindernde Stellung bei der Sektorenkopplung gefordert¹⁵³. Dies

würde den Gemeinden auch dadurch entgegenkommen, dass sie ohne ein solches, streng verstandenes Nebenleistungsverbot auch die Erstellung von Transformationsstrategien durch den Gasnetzbetreiber zum Gegenstand des Konzessionsvertrags machen könnten.

Ferner müsste gesetzlich verankert werden, dass auch die Planungen und der Betrieb anderer Netze sowie ggf. möglicher Synergieeffekte im Rahmen der Konzessionsvergabe bzw. bei der Aufstellung der Vergabekriterien berücksichtigt werden dürfen.

Diese Anpassungen und insbesondere der Fortfall des Nebenleistungsverbots könnte zwar angesichts der unionsrechtlich vorgegebenen Entflechtung von Netzbetrieb und Versorgung nicht dazu führen, dass auch versorgungsbezogene, nicht netzbezogene Aspekte zum Gegenstand des Konzessionsvertrags bzw. der Ausschreibung gemacht werden könnten. Dennoch würde damit ein erheblicher Zuwachs an Freiheit bei der kommunalen Betätigung einhergehen und eine Kopplung von Gasnetzbetrieb und Wärme(netz)planung erleichtern¹⁵⁴.

2. Pflicht zur Beachtung der kommunalen Wärmeplanung durch Gutachten- und Berichtspflichten

Angedacht werden kann ebenfalls eine weitere Verankerung der kommunalen Wärmeplanung dadurch, dass die Beachtung der Wärmeplanung innerhalb der Konzessionsvergabe für Gasversorgungsnetze zum Gegenstand der nach den Gemeindeordnungen einiger Bundesländer notwendigen Gutachten gemacht wird.

Dies allerdings setzt voraus, dass die Gemeinde bei ihrer Auswahlentscheidung überhaupt Aspekte anderer Energieplanungen beachten kann. Insoweit kann wiederum auf die hemmende Wirkung des Nebenleistungsverbots verwiesen werden.

¹⁵¹ Vgl. dazu *Ernst*, in: von Münch/Kunig, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 196.

¹⁵² Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11. November 1953 (GBl. S. 173).

¹⁵³ *Theobald*, Das neue Konzessionsrecht: Ausweg aus der Komplexitätsfalle?, EnWZ 2017, S. 1 (2).

¹⁵⁴ Für eine Verknüpfung von künftiger Wärmeversorgung mit einem rechtsverbindlichen kommunalen

Wärme(leit)plan ohne Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot sind auch *Däuper/Nguyen/Böck/Straßer*, Fehlinvestitionen in Gasnetze vermeiden – ein Vorschlag für einen neuen Regulierungsrahmen, EnWZ 2022, S. 57 (63).

II. Bundesrechtliche Optionen

Ferner sind neue bundesrechtliche Optionen denkbar.

1. Ermöglichung der gemeindlichen Systementscheidung

Die energierechtlichen Vorgaben in § 46 EnWG sind bislang – auch im Vergleich zu den Vergaberegeln in anderen Sektoren – in besonderem Maße wettbewerblich ausgestaltet; der Zugriff der öffentlichen Hand wird vollständig dem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren unterworfen¹⁵⁵. Die Berücksichtigung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft stellt sich innerhalb der Kriterien als „Leerformel“ dar¹⁵⁶, was auch auf die weitgehenden Verbote aus § 3 Abs. 2 KAV zurückgeführt werden muss.

Doch auch im Hinblick auf die – hier vor allem interessierende – Erreichung der mit der kommunalen Wärmeplanung verbundenen Ziele ist es problematisch, dass der Gasnetzbetrieb nicht ohne die Hürde einer wettbewerblichen Ausschreibung in gemeindlicher Hand erhalten werden kann. Wenn auch aufgrund der entflechtungsrechtlichen Vorschriften oberhalb der Schwelle von 100.000 Anschlusskunden eine rechtliche und operationelle Zusammenfassung nicht möglich ist und unter dieser Schwelle jedenfalls eine informationelle Entflechtung und eine Quersubventionierung verboten bleibt, so wird durch die gemeindliche Kontrolle jedenfalls die Möglichkeit eröffnet, den Gasnetzbetrieb stärker zu Belangen des Gemeinwohls hin auszurichten, zumal die ökonomischen Zwänge durch die notwendige Befriedigung privater Profitinteressen im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb entfielen. Denkbar wäre es auch, den bundesrechtlichen Rechtsrahmen dergestalt anzupassen, dass Gemeinden eine Inhouse-Vergabe des örtlichen Gasnetzbetriebs grundsätzlich ermöglicht wird. Wie bereits dargelegt

worden ist, steht jedenfalls das Unionsrecht einer solchen Inhouse-Vergabe nicht entgegen.

Primär wäre hierfür § 46 Abs. 6 EnWG umzugestalten, so könnte darin etwa das Ausschreibungsverfahren insgesamt unter den Vorbehalt gestellt werden, dass die Gemeinde nicht vom ggf. bestehenden Inhouse-Privileg Gebrauch macht.

2. Förderung einer sektorübergreifenden Netzbewirtschaftung

Die nach Sektoren getrennte Vergabe ermöglicht es nicht, die möglichen Synergieeffekte einer übergreifenden Netzbewirtschaftung zu nutzen, die unter dem Stichwort „Sektorenkopplung“ schon lange in der Debatte sind. Denkbar wäre künftig zunächst eine gemeinsame, d. h. integrierte Vergabe der Konzessionen für Strom und Gas sowie auch Fernwärme¹⁵⁷. Diese Option sieht sich allerdings nach dem geltenden Rechtsrahmen schon aufgrund der verschiedenen Laufzeiten voneinander unabhängiger Strom- und Gaskonzessionsverträge und der fehlenden Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung derselben vor praktische Schwierigkeiten gestellt. Für den Bundesgesetzgeber wäre es als Handlungsoption jedoch denkbar, Regelungen zu schaffen, wonach die Vergabe einer Konzession nur bis zum Auslaufen der nächsten erlaubt ist, um eine gemeinsame Ausschreibung zu ermöglichen.

Es wäre daher zumindest zu erwägen, die Vorschriften über die Konzessionsvergabe insoweit anzupassen, dass Netzbetreiber stärker in die Pflicht genommen werden dürfen, sich mit den Netzbetreibern anderer gemeindlicher Energienetze sowie mit etwaigen bestehenden kommunalen Wärmeplanungen abzustimmen. Ferner könnte eine Berichtspflicht der Netzbetreiber über die Berücksichtigung einer ggf. bestehenden kommunalen Wärmeplanung angedacht werden. Soweit einschlägig, gilt das

¹⁵⁵ Eisenraut, Vergabe an die öffentliche Hand, 2021, S. 351 f.

¹⁵⁶ Eisenraut, Vergabe an die öffentliche Hand, 2021, S. 374.

¹⁵⁷ Im Sinne einer Erweiterung des Regelungsgegenstandes des Konzessionsvertrags auf die gemeindliche

Wärmeversorgung allgemein so auch Däuper/Nguyen/Böck/Straßer, Fehlinvestitionen in Gasnetze vermeiden – ein Vorschlag für einen neuen Regulierungsrahmen, EnWZ 2022, S. 57 (63).

soeben Gesagte auch zum Nebenleistungsverbot in § 3 Abs. 2 KAV¹⁵⁸.

3. Ermöglichung der Entscheidung über die Energieträger

a) Grundsätzlich: Schaffung der Möglichkeit zur klimapolitisch motivierten Stilllegung

Der aktuelle Rechtsrahmen des Energiewirtschaftsgesetzes verhält sich nicht dazu, ob und wie ein Ausstieg aus der Versorgung mit einem Energieträger erfolgen kann. Der übrige Rechtsrahmen betrifft vor allem die Einstellung der Gewinnung und Nutzung bestimmter Primärenergieträger zur Erzeugung von Strom (Atomausstieg, Kohleausstieg). Rechtsvorschriften über den Ausstieg aus fossilem Erdgas bestehen dagegen nur so weit, wie es um eine Umrüstung von Gasnetzinfrastrukturen zu Wasserstoffnetzinfrastrukturen geht (§§ 43f Abs. 4, 113a f., ggf. i. V. m. § 28j Abs. 1 S. 1 EnWG).

Einem „Ausstiegsrecht“ stehen weder das Verfassungsrecht noch das Unionsrecht grundsätzlich entgegen. Eine andere Betrachtung erscheint angezeigt, wenn es darum gehen soll, durch Gemeindebeschluss Teile des Gasnetzgebietes auszuweisen, in denen Anschluss- und Zugangsanspruch nicht mehr gelten sollen (Teilnetze). An dieser Stelle könnte das geltende Unionsrecht, welches dort, wo ein Netz existiert, auch Anspruch auf Netzanschluss voraussetzt, eine kaum zu überwindende Hürde darstellen und bedürfte einer Anpassung.

Es bedarf jedoch vor allem mit Blick auf das nationale Recht, welches einen bedarfsgerechten Netzbetrieb und -ausbau fordert, einer Regelung zur Herstellung von Rechts- und auch Finanzierungssicherheit für klimapolitisch motivierte „Deinvestitionsentscheidungen“.

b) Gemeinde oder Netzbetreiber?

Ferner lässt sich die Frage stellen, wer zu dieser Entscheidung befugt sein soll. Nach der bisherigen Konzeption entscheidet vor allem der Netzbetreiber darüber, ob ein Netzbetrieb an einer bestimmten Stelle noch bedarfsgerecht ist und daher erfolgen

oder eingestellt werden soll. Die Gemeinden sind gem. § 46 Abs. 1 i. V. m.

Abs. 2 EnWG bislang verpflichtet, eine Ausschreibung der Wegerechte nach Ablauf der – zumeist zwanzigjährigen – Laufzeit vorzunehmen.

Soll die Gemeinde hierüber entscheiden können, wäre der hierfür plausibelste Weg, die Frage nach dem Ob einer Ausschreibung von Konzessionen für den Gasnetzbetrieb in Gänze oder Teilen davon in das Ermessen der Gemeinde zu stellen. Dies würde einen gewissen Bruch mit der bisherigen Konzeption des § 46 EnWG darstellen, der allerdings vor dem Unionsrecht bestehen könnte: Im Ergebnis würde so eine ähnliche Situation erreicht werden wie bei der Ermöglichung der – unionsrechtlich gangbaren – gemeindlichen Systementscheidung.

Entsprechende Vorschriften, die eine Stilllegung ermöglichen, müssten nicht nur aus Anreizgründen, sondern auch mit Blick auf die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) durch eine Abfederung für noch nicht abgeschriebene Verbrauchsanlagen flankiert werden.

¹⁵⁸ Vgl. o. C. II. 2.

F. Fazit

I. Wesentliche Ergebnisse

Die kommunale Wärmeplanung sieht sich an mehreren Stellen in einem potenziellen Zielkonflikt mit bestehenden Gasversorgungsnetzen und den ihrem Betrieb zugrundeliegenden, langfristigen Konzessionsverträgen. Der Rechtsrahmen der Konzessionsverträge und -vergabe ist bislang nur stellenweise rezeptiv für eine Berücksichtigung der mit der kommunalen Wärmeplanung verfolgten Interessen.

So bestehen für die Gemeinden zwar an einigen Stellen Möglichkeiten zur Erleichterung der kommunalen Gestaltung lokaler Energieversorgung und zur Förderung der Umsetzung kommunaler Wärmeplanungen. Landesrechtlich bestehen bislang nur sporadisch Vorschriften, die für künftig abzuschließende Verträge die Übereinstimmung mit kommunalen Interessen sicherstellen und kommunale Gestaltungsmöglichkeiten auch in laufenden Konzessionsverträgen ermöglichen sollen. Auf der Ebene des Bundesrechts ist vor allem die Festlegung bestimmter Kriterien bei der Vergabe von Konzessionsverträgen und die freie Gestaltung der Laufzeit unterhalb der 20-Jahres-Grenze denkbar.

Eine echte Abstimmung der Konzessionsvergabe bzw. des hierauf folgenden Gasnetzbetriebs mit den Maßnahmen einer kommunalen Wärmeplanung erscheint bislang dennoch nur in Ansätzen möglich. Insbesondere das konzessionsabgabenrechtliche Nebenleistungsverbot steht hier entgegen. Zudem ergeben sich auf Ebene des einfachen Rechts Unklarheiten, die eine Entscheidung zugunsten einer mittelfristigen Einstellung des Gasnetzbetriebs bislang verhindern.

II. Rechtliche Steuerungsmöglichkeiten

Möglichkeiten zur Erleichterung der kommunalen Gestaltung lokaler Energieversorgung ergeben sich sowohl im Landes- als

auch im Bundesrecht. So stehen etwa die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorschriften einem Ausstieg aus der fossilen Gasversorgung nicht entgegen. Es bedarf aber wegen der auf bundesrechtlicher Ebene weitgehend formulierten Anschluss- und Zugangsansprüche Einzelner sowie der Verpflichtung zum Netzbetrieb und -ausbau eines gesetzgeberischen Eingreifens.

Deutlich enger ist der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum auf Bundes- und Landesebene, wenn es um die Berücksichtigung von Versorgungsbelangen im Netzbetrieb durch die Wahl der Vergabekriterien bzw. die Vertragsgestaltung geht: Die Entflechtungsvorgaben haben einen unionsrechtlichen Hintergrund. Bund und Länder können insoweit keine abweichenden Regelungen treffen. Hierfür müssten zunächst die unionsrechtlichen Vorschriften geändert werden.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0

F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

„Kommunale Wärmeleitplanung – Entwicklung eines neuen Planungsinstrumentes für die kommunale Wärmeleitplanung unter Verknüpfung von planungsrechtlichen und förderrechtlichen Elementen (FKZ 03E15214A)“



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages