

# Rechtsanwälte Günther

## Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

---

Michael Günther \*  
Hans-Gerd Heidel \* (bis 30.06.2020)  
Dr. Ulrich Wollenteit \*<sup>1</sup>  
Martin Hack LL.M. (Stockholm) \*<sup>1</sup>  
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) \*  
Dr. Michéle John \*  
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) \*  
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) \*  
Dr. Davina Bruhn \*  
André Horenburg  
John Peters

<sup>1</sup> Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
\* Partner der Partnerschaft  
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150  
20148 Hamburg  
Tel.: 040-278494-0  
Fax: 040-278494-99  
www.rae-guenther.de

**03.06.2022**  
00373/21 /L /L/L  
Mitarbeiterin: Birgit Westphal  
Durchwahl: 040-278494-21  
Email: westphal@rae-guenther.de

## Gutachterliche Stellungnahme

zu den Möglichkeiten von Bürgerinitiativen beim Gasausstieg

*Energierechtliche Betrachtungen zu kommunalen Einflussnahmemöglichkeiten bei den derzeit bestehenden bundesrechtlichen Vorgaben im Konzessions- und Netzregulierungsrecht*

im Auftrag von:

ClientEarth, Berlin (in Zusammenarbeit mit Bürgerbegehren Klimaschutz)

Stand der Bearbeitung: 15.06.2022

vorgelegt von:

den Rechtsanwälten Victor Görlich und Dr. Dirk Legler

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse  
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83  
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG  
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00  
BIC DRESDEFF200

GLS Bank  
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00  
BIC GENODEM1GLS

## Inhalt

<b>A. Wesentliches Ergebnis und Zusammenfassung</b> .....	4
<b>B. Auftrags- und Gutachtengenstand</b> .....	6
I. Ausgangspunkt.....	6
II. Gegenstand des Gutachtens / Sachverhalt .....	7
<b>C. Direktdemokratische Einflussnahme</b> .....	11
I. Volksgesetzgebung auf kommunaler Ebene .....	11
II. Möglichkeiten der hoheitlichen Einflussnahme am Beispiel einer GmbH.....	12
III. Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats einer GmbH.....	15
IV. Zwischenergebnis .....	16
<b>D. Maßnahmen zur Reduktion einer erdgasbasierten Energieversorgung und der rechtliche Rahmen für deren direktdemokratische Veranlassung</b> .....	17
I. Maßnahmen im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens .....	17
<b>1. Allgemeine Anforderungen an die Gasnetzkonzessionsvergabe</b> .....	17
a) Transparenz und Diskriminierungsfreiheit .....	18
b) Sonderfall: Eigenbetriebe .....	20
<b>2. Verknüpfung der Konzessionsvergabe mit kommunalen Wärmeleitplänen</b>	21
a) Kurze Vertragslaufzeiten und vertragliche Rückbauverpflichtung.....	22
b) Vergabe an Unternehmen, die an der Umsetzung des jeweiligen Wärmeleitplans sektorenübergreifend beteiligt werden sollen .....	22
c) Zulässige Auswahlkriterien, § 46 Abs. 3, 4 EnWG u. § 3 Abs. 2 KAV .....	23
__(1) Berücksichtigung einer angestrebten gesellschaftsrechtl. Beteiligung .....	24
__(2) Einschränkung durch das Nebenleistungsverbot.....	25
__(3) Zwischenergebnis .....	29
<b>3. Unterlassen einer Neuausschreibung von Gasnetzkonzessionen</b> .....	30
II. Maßnahmen während der Konzessionsvertragslaufzeit .....	30
<b>1. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einer Kündigung von Gaskunden veranlassen?</b> .....	31
a) Bestehende Rechtsverhältnisse und Rechtspositionen.....	31
b) Rechtsrahmen .....	33
(1) Einfachgesetzlicher Rahmen .....	33
(aa) Bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss .....	33

(bb) Konzessionsverträge .....	33
(cc) Anschlussnutzungsverhältnis .....	34
(dd) Netznutzungsverträge .....	37
(ee) Bestehende Gaslieferverträge .....	38
(ff) § 11 EnWG .....	41
(gg) Zwischenergebnis .....	41
(2) Verfassungsrechtliche Schranken .....	42
(aa) Daseinsvorsorge (/Versorgungssicherheit) als kommunale Aufgabe .....	43
(bb) Vertrauensschutz (Eigentum, Investitionsschutz), Art. 14 GG .....	44
(cc) Berufsfreiheit, Art. 12 GG .....	47
(dd) Verstoß gegen das „Gebot der Technologieneutralität“ .....	47
(ee) Zwischenergebnis .....	49
(3) Kopplungsverbot und Gesamtbewertung der Umsetzbarkeit .....	49
<b>2. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einer Verhinderung des Neuanschlusses von Gaskunden an das bestehende Gasnetz veranlassen..</b>	<b>50</b>
a) Ausgangspunkt und Unterschied zur Kündigung von Bestandskunden .....	50
b) Bestands- und Vertrauensschutz .....	51
c) Ergebnis .....	51
<b>3. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einem baulichen Rückbau bestehender Gasnetze veranlassen? .....</b>	<b>51</b>
a) öffentlich-rechtlicher Rahmen .....	52
(aa) Öffentliche Verkehrswege (§ 46 EnWG) .....	52
(bb) Das Planfeststellungsverfahren .....	53
b) Einfachgesetzlicher Rahmen .....	54
(aa) Bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss .....	54
(bb) Konzessionsvertragsrecht .....	56
(cc) §§ 15, 16a EnWG .....	59
(dd) §§ 17, 18 EnWG .....	60
c) Verfassungsrechtliche Schranken .....	60
<b>4. Kann der Konzessionsinhaber dann zu einer Stilllegung des Gasnetzes veranlasst werden, wenn eine (erneuerbare) alternative Wärmeversorgung geschaffen worden ist? .....</b>	<b>60</b>
a) Einfachgesetzlicher Rahmen .....	60
b) Verfassungsrechtliche Rahmen .....	61
<b>E. Fazit .....</b>	<b>61</b>

### **A. Wesentliches Ergebnis und Zusammenfassung**

Häufiges heutiges Ziel einer kommunalen Wärmeleitplanung (Planung von kommunalen, erneuerbaren Fernwärmenetzen und/oder ausgewiesenen Quartieren für Nahwärmeversorgungs-lösungen) ist es, rechtzeitig erneuerbare Wärmeversorgungs-lösungen als Alternative zur erdgasbasierten Wärmeversorgung aufzubauen bzw. abzusichern. Dem stehen wiederum rein praktisch aber oft die vor Ort vorhandenen Gasnetze und deren langfristige vertragliche Absicherungen (im Wege von Gaskonzessionsverträgen) entgegen. Rechtlich besteht im Ergebnis nur ein erheblich eingeschränkter Handlungsspielraum für Kommunen, auf Gas-Konzessionsverträge (und deren Vergabe) im gegenwärtigen gesetzlichen Rahmen Einfluss zu nehmen und diesbezüglich kommunalen Klimaschutz zu tätigen. Die gilt entsprechend für kommunale Bürgerinitiativen.

Was die inhaltliche Ausgestaltung eines Gas-Konzessionsvertrages angeht, erweist sich insbesondere das so genannte Nebenleistungsverbot gemäß § 3 Abs. 2 der Konzessionsabgabenverordnung als Hindernis. Danach ist eine verbindliche Verknüpfung von Konzessionsvergabekriterien mit kommunalen Wärme(leit-)plänen und sonstigen Klimaschutzziele n nämlich nach derzeitiger Rechtslage überwiegend wahrscheinlich noch rechtswidrig und mithin überwiegend wahrscheinlich nicht gerichtlich durchsetzbar (auch wenn es auf Basis der jüngeren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung zu Art. 20a GG gute Argumente gegen eine solche Rechtsauffassung gibt).

Größere klimapolitische Handlungsspielräume – auf Basis der heutigen Gesetzeslage und Rechtsprechung – bestehen daher in der Regel „nur“ dann, wenn der örtliche Konzessionsinhaber, also der Netzbetreiber, (ganz oder teilweise) in kommunaler Hand ist. Dann aber kann die Bürgerinitiative über diesen Weg durchaus großen klimapolitischen Einfluss nehmen.

Aber auch ohne entsprechende Beteiligung der Kommune am örtlichen Gas-Netzbetreiber sollte unseres Erachtens stets rechtlich geprüft werden, ob eine vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrages (oder auch der sonstigen gasnetzbezogenen Rechtsverhältnisse) oder zumindest eine Änderung/Anpassung des Konzessionsvertrages nicht doch rechtlich durchsetzbar ist. Im laufenden Gas-Konzessionsvertrag könnten so jedenfalls z.B. immerhin grundsätzlich auch Verkürzungen der Konzessionsvertragslaufzeiten durch die Konzessionsgeberin (also die Gemeinde) im Verhältnis zum Gas-Netzbetreiber durchgesetzt werden. Ferner könnte darauf hingewirkt werden, Vertragsanpassungsklauseln in Konzessionsverträge aufzunehmen oder auch bestehende allgemeine Wirtschaftlichkeitsklauseln mit dem Ziel zu nutzen, eine vertragliche Anpassung getroffener Regelungen aus Klimaschutzgründen zu erreichen und ggf. durchzusetzen. All dies ist nach unserer Auffassung jedenfalls grundsätzlich rechtlich vertretbar. Weil die Durchsetzbarkeit dessen indes erheblich von der konkreten Ausgestaltung des jeweiligen (Konzessions-)Vertrages vor Ort und den Umständen des Einzelfalls abhängt, sollte man dies nicht als pauschal in jedem Fall gangbare Lösung verstehen.

Ein abrupter Gasausstieg, der den Marktteilnehmern und insbesondere den betroffenen Letztverbrauchern des Erdgases (d.h. den Gemeindeeinwohnern) keinen schonenden Übergang ermöglicht, wäre zudem bereits verfassungsrechtlich bedenklich. Der Grundsatz

der Verhältnismäßigkeit macht stets zumindest einen zumutbaren Übergang in eine Alternativversorgung erforderlich. Grundsätzlich stehen einem schnellen „kommunalen Gasausstieg“, an deren Ende ggf. sogar ein von der Kommune erzwungener Rückbau des Gasnetzes stünde, schlussendlich entscheidend die wettbewerbsorientierten und marktliberalen Vorschriften des Energiewirtschaftsgesetzes entgegen (u. a. §§ 11, 15, 16a, 17, 18, 20 EnWG). Diese Vorschriften gewähren grds. allen Beteiligten einen Markt- bzw. Netzzugang zum Gasnetz. Das begründet auch (verfassungs-)rechtlich geschütztes Vertrauen auf den Bestand eines Gasanschlusses und insbesondere auch den Fortbestand dieses Zugangs zum Gasnetz. Überdies dürfte ein „kommunaler Alleingang“ zum vorzeitigen Gasausstieg in der Regel auch daran scheitern, dass Verteilernetze auch rechtlich in die vor- und nachgelagerten Netzebenen eingebunden sind und auf Basis der heutigen Gesetzeslage auch sein müssen. Verteilernetze auf Gemeindegebiet ließen sich daher in der Regel nur pflichtwidrig bzw. unter Inkaufnahme von Entschädigungsansprüchen komplett aus dem Netzverbund herauslösen.

Im Ergebnis sehen wir nach alledem auch aus diesem kommunalen Blickwinkel heraus im Hinblick auf das durch § 3 Abs. 2 Bundes-Klimaschutzgesetz normierte verbindliche Ziel, gemeinsam bis 2045 Netto-Treibhausgasneutralität in Deutschland erreichen zu müssen, erheblichen gesetzgeberischen Handlungsbedarf auf Bundesebene. Für das Ziel der Durchsetzung kommunalen Klimaschutzes auch beim Thema „Gasausstieg“ müssten jedenfalls die kommunalen Handlungsspielräume erweitert werden. Auf diese Weise könnte den Kommunen aber in der Tat insbesondere eine effektive Möglichkeit eröffnet werden, eine wirklich eigene „Systementscheidung“ bei der Wärmeversorgung auf ihrem Gemeindegebiet zu treffen. Kommunen könnten so per Gesetz z.B. in die Lage versetzt werden, aus Klimaschutzgründen den freien Wettbewerbszugang in ihre Gasnetze zu beschränken. Zumindest könnte bundesrechtlich festgeschrieben werden, dass auch im Rahmen der Konzessionsvergabe für Gemeinden etwa das auch sonst aus dem Vergaberecht bekannte „In-House-Privileg“ gilt oder z.B. das oben benannte Nebenleistungsverbot abgeschafft und zumindest abgeschwächt wird. Denkbar wären dabei auch Lösungen, nach denen Gemeinden ihre „Eigenbetriebe“ bei der Vergabe ihrer Gaskonzessionen bevorzugen könnten, um auch auf diese Weise kommunalen Klimaschutz noch besser durchzusetzen.

Verfassungsrecht steht einem entsprechenden Übergang auf kommunaler Ebene nicht unüberwindbar im Wege, wenn eine alternative Versorgung gewährleistet werden kann und ein verhältnismäßiger Übergang gewährleistet ist.

Schließlich ist zu bedenken, dass auf Grund drohender Gaslieferengpässe ohnehin erhebliche Unsicherheit die Versorgungslage prägt. Wenn ein Erdgas-Verteilernetz beispielsweise bereits auf Grund bestehender Knappheit ohnehin nur zu einem geringen Teil genutzt wird, ist nicht zu erwarten, dass transformative Prozesse in der Praxis am Vertrauen auf die Kontinuität der Erdgasversorgung scheitern werden.

## **B. Auftrags- und Gutachtenegegenstand**

Die folgende Prüfung nimmt den rechtlichen Rahmen kommunal angestoßener Klimaschutzmaßnahmen im Einzelnen in den Blick und soll aufzeigen, welche energierechtlichen Vorschriften und sonstigen rechtlichen Hürden solchen Maßnahmen (noch) entgegenstehen.

### **I. Ausgangspunkt**

§ 3 Abs. 2 Satz 1 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) regelt den gesetzlichen Auftrag, bis zum Jahr 2045 Treibhausgasemissionen in Deutschland so weit zu mindern, dass Netto-Treibhausgasneutralität erreicht wird. Die dafür geeigneten und erforderlichen staatlichen Maßnahmen sind vielfältig. In erster Linie kommt dafür naturgemäß eine zentral organisierte Energiebedarfs- und -verwendungsplanung für das gesamte Bundesgebiet in Betracht.<sup>1</sup>

Gleichzeitig sind aber zur Erreichung der Ziele des § 3 Abs. 2 KSG auch kommunale Maßnahmen denkbar und – solange umfassende Maßnahmen auf Bundesebene ausbleiben – auch erforderlich, um eine Dekarbonisierung der Energieversorgung effektiv zu erreichen. Derzeit stellt Erdgas absehbar den letzten umfassend zur Strom- und Wärmeerzeugung genutzten fossilen Energieträger dar. Treibhausgasneutralität kann aber nur erreicht werden, wenn die Verwendung von Erdgas zu diesen Zwecken endet. Darauf gerichtete denkbare kommunale Maßnahmen und ihr rechtlicher Rahmen sind Gegenstand dieses Gutachtens.

Mit Blick auf das politisch erklärte Ziel<sup>2</sup>, kommunale Wärme(leit-)Pläne flächendeckend zu etablieren, stellt sich insbesondere die Frage, ob und wie eine erneuerbare Wärmeversorgung zum Anlass genommen werden kann, die bestehende Erdgasversorgung im jeweiligen Gemeindegebiet endgültig stillzulegen.

Wenn eine Stilllegung des (Erd-) Gasnetzes oder Maßnahmen mit ähnlicher Zielrichtung auf kommunaler (oder Landes-) Ebene rechtlich möglich sind, könnten diese auch durch Volks- oder Bürgerbegehren erzwungen werden. Demgemäß werden im Folgenden überdies praktische Möglichkeiten der Volksgesetzgebung auf ihre Umsetzbarkeit untersucht.

Die nachfolgende Prüfung nimmt im Wesentlichen den Handlungsspielraum für eine kommunale Umrüstung im „Alleingang“ in den Blick. Dieser findet seine Grenzen auch im Bundesrecht, namentlich in den netzbezogenen Regelungen des EnWG. Bereits auf dieser Ebene besteht – wie zu zeigen sein wird – erheblicher bundesgesetzgeberischer Handlungsbedarf, um eine effektive und selbstverwaltete „kommunale Wärmewende“ zu ermöglichen.

---

<sup>1</sup> vgl. zu diesem Ansatz: Verheyen/Legler, Sicherung der Treibhausgasneutralität im Rahmen der Ziele des KSG - Erdgasausstieg in Deutschland -Analyse und rechtliche Möglichkeiten.

<sup>2</sup> vgl. Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zw. der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten (FDP), S. 58.

## II. Gegenstand des Gutachtens / Sachverhalt

Für die Ausführungen im Folgenden und insbesondere für die tatsächliche Einordnung der geprüften netzbezogenen Vorschriften des EnWG müssen zunächst die verschiedenen Netzebenen im Bereich der Gasversorgung auseinandergehalten werden.

Entsprechend der verschiedenen Spannungsebenen im Bereich des Stromtransports (Hoch- und Niederspannungsebene) sind für den Gastransport die Ebenen der Ferngasnetze bzw. -leitungen und der Verteilernetze bzw. -leitungen zu unterscheiden. Erstere dienen zum Gastransport über große Distanzen, sind über das Ferngasnetz mit den Transportleitungen von den Gasförderorten verbunden und dienen nicht dazu, das Gas verbrauchsgerecht unter den angeschlossenen Letztverbrauchern zu verteilen.

Die hier geprüften Vorschriften regeln hingegen überwiegend die Ebene der Verteilernetze. Diese untere Netzebene dient der Verteilung des Erdgases unter den angeschlossenen Letztverbrauchern.

Auch auf dieser Netzebene besteht eine Verknüpfung verschiedener Verteilernetze untereinander (sog. Netzverbund). Dabei bestehen auch sog. nachgelagerte Verteilernetze, die nur über die Verbindung mit dem vorgelagerten Verteilernetz mit dem Ferngasnetz verbunden und daher vollständig von dem vorgelagerten Verteilernetz abhängig sind (sog. Punktnetze).

Teilweise dient auch dieselbe Leitung der örtlichen als auch der überörtlichen Versorgung (gemischt-genutzte Leitungen).

Gasleitungen können nach derzeitiger Rechtslage nur dann verlegt und betrieben werden, wenn dem jeweiligen Unternehmen mittels Konzession (=Wegenutzungsvertrag) die Nutzung öffentlicher Wege und Plätze zu diesem Zwecke gestattet ist. Konzessionen werden nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben in einem in der Regel 20-jährigen Turnus vergeben, um einen Wettbewerb um den Netzbetrieb zu ermöglichen (§ 46 Abs. 2 EnWG). Konzessionsverträge nach § 46 EnWG werden nach überwiegender Ansicht trotz des „rechtlichen Monopols“ der Gemeinde über die Wegehoheit privatrechtlich behandelt, sind aber naturgemäß öffentlich-rechtlich geprägt.<sup>3</sup>

In Deutschland gibt es nach aktuellen Datenerhebungen 665 Gasverteilernetzbetreiber (VNB), die Netze mit einer Gesamtlänge von 522.100 km betreiben. An diese sind 14,6 Millionen Marktlokationen von Letztverbrauchern angeschlossen, bei denen es sich zu 87,9 % um Haushaltskunden handelt.<sup>4</sup>

Mithin kann der unmittelbare Einfluss auf einen Teil der Netz- und Versorgungsstruktur auch auf der Ebene des Verteilernetzbetriebs einen erheblichen Effekt auf die CO<sub>2</sub>-Bilanz der Wärmeversorgung haben.

---

<sup>3</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2018, § 46, Rn. 29.

<sup>4</sup> Monitoringbericht 2020 der BNetzA und des Bundeskartellamtes, S. 335 ff.

Auch im Bereich der (kommunalen) Gasversorgung ist dabei zu beachten, dass gemäß § 7 Abs. 1 EnWG für den Gasnetzbetrieb und die Gasversorgung eine Entflechtung<sup>5</sup> der verschiedenen Marktrollen angestrebt ist. Grundsätzlich sollen Erzeugung, Vertrieb und Netzbetrieb im Energiesektor also nicht von derselben juristischen Person oder Personengemeinschaft angeboten werden, sondern, wenn überhaupt, nur über eine Muttergesellschaft wirtschaftlich verbunden sein.

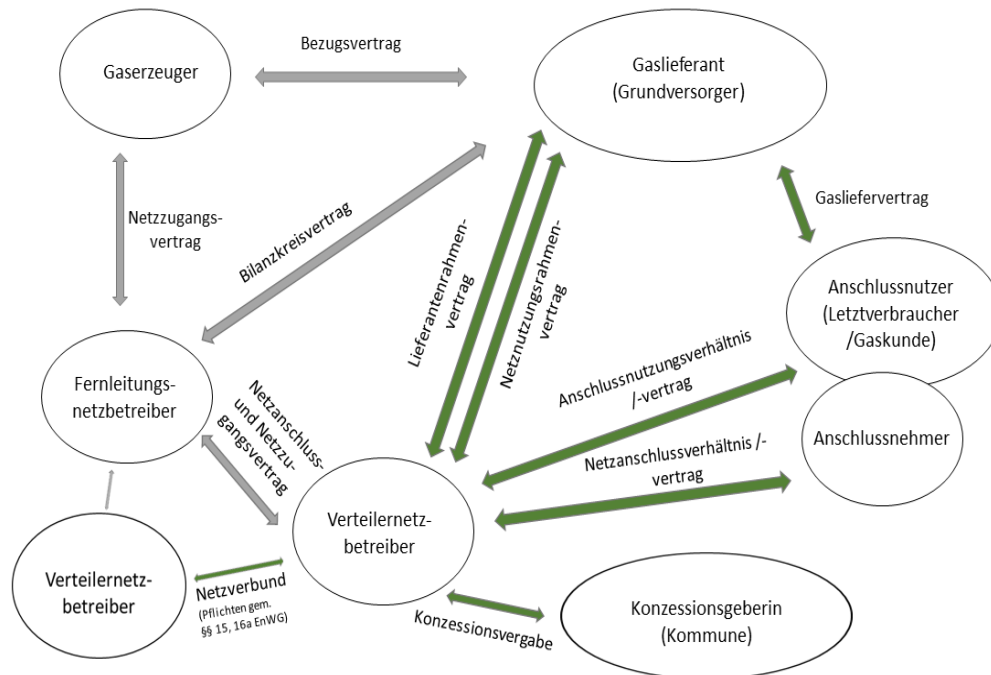
Zur im Gasbereich doch sehr komplexen Struktur soll im Folgenden eine Übersicht über die verschiedenen (Mark-)Akteure und Rechtsbeziehung vorangestellt werden. Dabei sind die verschiedenen Rollen der Marktakteure auf dem deutschen Gasmarkt zu unterscheiden.

Fernleitungsnetzbetreiber	Ein Fernleitungsnetzbetreiber ist jedes Unternehmen, das ein Netz betreibt, das über Grenz- oder Marktgebietsübergangspunkte verfügt, die insbesondere die Einbindung großer europäischer Importleitungen in das deutsche Fernleitungsnetz gewährleisten. Die betreffenden Transportnetze sind geprägt durch ihre überregionale, europäische Dimension.
Verteilernetzbetreiber	Die Aufgabe des Betreibers von Gasverteilernetzen besteht in der Verteilung von Gas i. S. v § 3 Nr. 37 EnWG. Verteilernetze werden in Niederdruck und Mitteldruck betrieben und sind auf örtlicher und regionaler Leitungsebene anzutreffen, also den beiden untersten Gasnetzebenen. Die Belieferung der Endkunden selbst fällt nicht mehr unter die Verteilung im engeren Sinne.
Gaslieferant (Grundversorger)	Gaslieferanten sind solche Unternehmen, deren Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise auf den Vertrieb von Gas zum Zwecke der Belieferung von Letztverbrauchern ausgerichtet ist.
Anschlussnutzer (Endkunde)	Anschlussnutzer ist derjenige, der zur Entnahme von Gas aus dem Netz den Anschluss nutzt. Meistens ist das der Mieter. Der Eigentümer eines selbst genutzten Hauses ist gleichzeitig Anschlussnutzer und Anschlussnehmer.
Anschlussnehmer	Anschlussnehmer ist der Eigentümer / Verfügungsberechtigte eines Grundstücks oder Gebäudes, das an das Niederdrucknetz angeschlossen ist. Beispielsweise ist dies bei einem vermieteten Haus der Vermieter, wobei hierbei allein der Mieter der Anschlussnutzer ist.

Das folgende vereinfachende Schaubild mag insoweit helfen, die Rechtsbeziehungen zwischen den verschiedenen Beteiligten auseinanderzuhalten. Zu beachten ist dabei, dass die grün markierten Rechtsbeziehungen für die Zwecke dieser Stellungnahme von zentraler Bedeutung sind (und die anderen nur der Vollständigkeit halber aufgeführt sind).

<sup>5</sup> Allgemein bezeichnet der Begriff die Trennung von verschiedenen Geschäftsfeldern eines Unternehmens oder Unternehmensverbundes.





In (energie)rechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass bei der vertraglichen Gestaltung des Netzzugangs streng zwischen der Netznutzung einerseits und der (eigentlichen) Gaslieferung andererseits zu unterscheiden ist.

Der Verteilernetzbetreiber (VNB) betreibt als Konzessionsinhaber „nur“ das Netz, ist aber mit dem grds. getrennten („unbündelten“) Gaslieferanten (oft in der Rolle des Grundversorgers) regelmäßig über Netznutzungsverträge sowie Lieferantenrahmenverträge rechtlich verbunden. Der Gaslieferant bzw. Grundversorger nimmt das Verteilernetz zur Versorgung von Endkunden in Anspruch. Diese Rechtsbeziehung ist regelmäßig durch diese Lieferanten- und Netznutzungsrahmenverträge zwischen dem Gaslieferanten und dem VNB ausgestaltet.

Der VNB ist andererseits mit Letztverbrauchern (Gaskunden) über das Anschlussnutzungsverhältnis und durch deren Netznutzungsberechtigung zur Entnahme, die sich zugunsten der Letztverbraucher aus den Netznutzungs- und Lieferantenrahmenverträgen ableitet, rechtlich verbunden, ohne dass die Letztverbraucher und der VNB einen eigenen Vertrag über diese Berechtigung schließen. Denn aus diesen Rahmenverträgen ist der Gaslieferant (Grundversorger) regelmäßig berechtigt, seinen Kunden (Letztverbrauchern) die Netznutzung zur Entnahme zu gestatten.

Die Netznutzungsberechtigung eines Letztverbrauchers zur Entnahme von Gas besteht in der Regel dementsprechend auf Grund der Netznutzungsberechtigung seines Gaslieferanten (oft in der Rolle des Grundversorgers), was in sog. Netznutzungsrahmenverträgen mit dem Gasnetzbetreiber abgesichert wird.

Erschwerend kommt schließlich hinzu, dass von den insofern rechtlich grundsätzlich getrennt einzuordnenden Unternehmen „Netzbetreiber“ und „Gaslieferant“ in Deutschland

viele tatsächlich und rechtlich noch nicht entflochten sind. Teilweise werden die verschiedenen juristischen Personen, die hier in der jeweiligen Marktrolle tätig sind, noch von einer identischen Körperschaft (hier z.B. der Gemeinde) getragen (was indes (europa) rechtlich auch möglich ist). Rechtlich darf dies gleichwohl nicht zu einer Vermischung der Rechtsverhältnisse führen (vgl. dazu im Einzelnen auch unter C). Zumindest ist bei der hier gebotenen rechtlichen näheren Betrachtung streng zwischen den verschiedenen Marktrollen zu trennen (d.h. zwischen Erzeugung, Vertrieb und Netzbetrieb) und ist z.B. auch zu berücksichtigen, dass es unter Umständen erst im Rahmen einer Rekommunalisierung zu einer solchen Aufteilung auf verschiedene Marktrollen kommen kann/muss (damit dadurch die rechtmäßige Teilhabe der Gemeinde und deren rechtlich zulässiger Einfluss rechtlich gesichert werden kann).

Wenn dementsprechend z.B. das örtliche Verteilernetz „getrennt“ ist und von einer kommunal getragenen GmbH betrieben wird oder betrieben werden soll, so ist zu beachten, dass „nur“ auf diese GmbH bezogene Möglichkeiten der Einflussnahme der Gemeinde bestehen (können) und „nur“ deren Ausschöpfung wiederum volksgesetzgeberisch „erzwingen“ werden könnte.

**Dabei ist zu beachten, dass der alleinige Netzbetrieb für Gemeinden auch mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden ist.** Viele Kommunen entscheiden sich daher für sogenannte Kooperationsmodelle bei der Durchführung des Netzbetriebs.<sup>6</sup> Dabei wird vorgelagert zur eigentlichen Konzessionsvergabe nach vergaberechtlichen Kriterien ein privater strategischer Partner für den Netzbetrieb ausgewählt, der sodann auch im Rahmen der Konzessionsvergabe nach § 46 Abs. 2 EnWG den Zuschlag erhalten soll.

Dieses Verständnis der komplexen Zusammenhänge auf dem Gasmarkt ist wichtig, um zu erkennen, wie unterschiedlich die Unternehmensstruktur vor Ort sein kann und wie man effektiv Handlungsspielräume der Kommune erweitern könnte.

Im Detail sind dabei folgende Konstellationen bzw. Beteiligungsformen zu differenzieren und getrennt zu bewerten:

1. Als Erstes ist die Konstellation denkbar, dass die Gemeinde „nur“ *Konzessionsgeberin* für das kommunale Gasnetz ist und daher (noch) keinen Einfluss auf den *Verteilernetzbetreiber* (= *Konzessionsinhaber*) und den betroffenen örtlichen Gaslieferanten bzw. Grundversorger (= *Netznutzer*) hat.
2. Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen entweder der Verteilernetzbetreiber mehrheitlich *in kommunaler Hand* ist
  - a) und ein kommunal getragener *Grundversorger* die örtliche Gasversorgung betreibt;

---

<sup>6</sup> vgl. zur kommunalen Einflussnahme: Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 8 f.

- b) oder zwar kein kommunaler Einfluss auf den Verteilernetzbetreiber besteht, aber ein kommunal getragener *Grundversorger* die örtliche Gasversorgung betreibt.

Die Möglichkeiten kommunaler (und damit auch volksgesetzgeberischer) Einflussnahme hängen erheblich davon ab, welche dieser Konstellationen vorliegt – oder anders ausgedrückt: welcher Grad der kommunalen Beteiligung an der Energieversorgung besteht.

Beispielsweise kann eine Konzessionsvertragsanpassung, für die beide Vertragsparteien zustimmen müssten, über ein Bürgerbegehren natürlich nur dann direkt „erzwungen“ werden, wenn auch beide Vertragsparteien einem rechtlich zulässigen kommunalen Einfluss unterliegen (dazu unten C.). Dies gilt entsprechend für die sonstigen Beteiligten an der netzbasierten Gasversorgung. Denn diese sind untereinander über Verträge, gesetzliche Schuldverhältnisse oder aufeinander gerichtete öffentliche Pflichten und Funktionen verbunden.

Das bedeutet, dass Bürgerbegehren, die sich nur auf rechtlich Zulässiges richten dürfen, (siehe dazu unten unter C) viel größere Spielräume haben, wenn die Energieversorgung (bereits) kommunal getragen ist. Ist dies hingegen nicht der Fall, wäre es denkbar und in jedem Fall zur Prüfung zu empfehlen, ob eine Rekommunalisierung in einem Zwischenschritt erst erzwungen werden sollte.<sup>7</sup>

## C. Direktdemokratische Einflussnahme

Auf hoheitlich getragene Gesellschaften kann über den durch die hoheitliche Beteiligung bestehenden Einfluss des beteiligten Hoheitsträgers (die Gemeinde) Einfluss genommen werden. Diesem Einfluss ist vorausgesetzt, dass für die zur Abstimmung gebrachte Entscheidung, zu der die Gemeinde gezwungen werden soll, sich innerhalb der gemeindlichen Kompetenz bewegt (I.) und die Entscheidung der Gesellschaft auch gesellschaftsrechtlich in zulässiger Weise durch die Gemeinde herbeigeführt werden kann (II.).

### I. Volksgesetzgebung auf kommunaler Ebene

Die deutsche Rechtsordnung kennt auf Landes- bzw. kommunaler Ebene als direktdemokratische Formen politischer Einflussnahme Volks- bzw. Bürgerinitiativen, Volks- bzw. Bürgerbegehren und Volks- bzw. Bürgerentscheide. Wegen der konkreten Ausgestaltung, der begrifflichen Unterschiede und der durch die Rechtspraxis anerkannten Kommunal-kompetenzen sei hier auf die Gutachten „Direkte Demokratie und der Kohleausstieg –

---

<sup>7</sup> Legler, Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren, November 2018, S. 16 ff.

Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren“<sup>8</sup> und „Sicherung der Treibhausgasneutralität im Rahmen der Ziele des KSG – Erdgasausstieg in Deutschland“<sup>9</sup> verwiesen.

Als wesentliches Instrument der Volksgesetzgebung auf Gemeindeebene werden im Rahmen dieses Gutachtens ausschließlich *kommunale Bürgerbegehren* in den Blick genommen.

Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, durch den die kommunale Eigenverantwortlichkeit und Allzuständigkeit in eigenen Angelegenheiten verfassungsrechtlich garantiert ist, enthält bereits seinem Wortlaut nach die wesentliche Schranke dieser Kompetenz in eigenen Angelegenheiten. Diese besteht nämlich nur „im Rahmen der Gesetze“. Bürgerbegehren können und dürfen sich mithin nur auf rechtlich zulässige Maßnahmen richten. Beispielsweise geht das Gesellschaftsrecht als Bundesrecht nach Art. 31 GG den Gemeindeordnungen als Landesrecht vor und ein kommunales Weisungsrecht besteht nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Der gesetzliche Rahmen ist also vor Initiierung eines Bürgerbegehrens genau zu untersuchen (dazu D.).

Wenn – wie vorliegend – die Entscheidung einer Gesellschaft, die hoheitliche Aufgaben übernommen hat (hier z. B. der VNB als zentraler Akteur der Energieversorgung), begehrt ist, stellt sich die Frage, wie die Gemeinde auf diese Gesellschaft in rechtlich zulässiger Weise Einfluss nehmen kann. Das ist in der Regel nur dann der Fall, wenn die Gemeinde an dieser Gesellschaft beteiligt ist.

Besteht also die Kompetenz der Gemeinde, so ist weiter zu fragen, wie die Gemeinde auf ein Unternehmen einwirken kann, an dem sie beteiligt ist. Welche Maßnahmen der Gemeinde möglich sind, richtet sich dann auch nach der Rechtsform des Unternehmens.

## **II. Möglichkeiten der hoheitlichen Einflussnahme am Beispiel einer GmbH**

In der Regel werden Verteilernetze durch juristische Personen (GmbH oder AG) betrieben. Im Folgenden sind daher exemplarisch die Möglichkeiten einer Gemeinde, die als Gesellschafterin an einer GmbH beteiligt ist, skizziert. Im Übrigen sei auch an dieser Stelle wegen der konkreten (gesellschaftsrechtlichen) Möglichkeiten der Einflussnahme auf öffentlich getragene Körperschaften und Personenmehrheiten auf das Gutachten „Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren“ verwiesen.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Legler, Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren, November 2018, S. 11 f.

<sup>9</sup> Verheyen/Legler, Sicherung der Treibhausgasneutralität im Rahmen der Ziele des KSG - Erdgasausstieg in Deutschland -Analyse und rechtliche Möglichkeiten, S. 58 f.

<sup>10</sup> Legler, Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren, November 2018, S. 15 f., S. 25 f.

Am Beispiel einer GmbH, an der eine Kommune als Allein- oder Mehrheitsgesellschafterin beteiligt ist, sind die Möglichkeiten der rechtlichen zulässigen Einflussnahme die folgenden<sup>11</sup>:

Die Gesellschafter einer GmbH (also im genannten Fall die Gemeinde) treffen die Grundsatzentscheidungen bezüglich der Gesellschaft in der Gesellschafterversammlung. Die Gesellschafterversammlung einer GmbH kann auch Geschäftsführungsfragen an sich ziehen und mit einfacher Mehrheit durch Beschluss entscheiden. Derartige Beschlüsse sind für die Geschäftsführung bindend (sog. Weisungsbefugnis, vgl. § 37 I GmbHG). Selbst wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist und zu dessen Gunsten im Gesellschaftsvertrag ein Zustimmungsvorbehalt geregelt ist, können die Gesellschafter eine verweigerte Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit ersetzen. Mithin besteht auf eine mehrheitlich kommunal getragene GmbH erheblicher Einfluss der Kommune, der im Rahmen ihrer Kompetenzen direktdemokratisch „genutzt“ werden kann.

Hat die GmbH nur einen Gesellschafter (hier: die Kommune als Alleingesellschafterin), kann dieser den Geschäftsführern Weisungen ohne Einhaltung förmlicher Verfahren erteilen. Die Gesellschafter können den Geschäftsführern auch ohne Grundlage im Gesellschaftsvertrag Weisungen in jeder beliebigen Angelegenheit der Geschäftsführung, auch der laufenden, erteilen. Grenzen für das Weisungsrecht bestehen dem Inhalt nach grundsätzlich nicht. Es ist unerheblich, ob es sich um allgemeine Richtlinien handelt, um Einzelweisungen zur Unternehmenspolitik oder zum Tagesgeschäft, oder um solche Einzelweisungen, die ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen darstellen.

Weil ein von den Interessen der Gesellschafter getrenntes Interesse der Gesellschaft nicht geschützt ist, können die Gesellschafter auch offensichtlich wirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen, selbst dann, wenn diese dazu führen können, dass das Stammkapital angegriffen wird. Selbst wenn also die Aufhebung eines Konzessionsvertrages kurzfristig wirtschaftlich nachteilig wäre, stünde dem gesellschaftsrechtlich nichts entgegen.

Für das Weisungsrecht ergeben sich Grenzen und besondere Anforderungen u.a. aus dem Unternehmensgegenstand, dem Gesellschaftszweck, der Treuepflicht der Gesellschafter untereinander oder gläubigerschützenden oder im öffentlichen Interesse liegenden Vorschriften. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt:

Der *Unternehmensgegenstand* beschreibt das sachliche Tätigkeitsfeld der Gesellschaft und ist notwendiger Bestandteil des Gesellschaftsvertrags/Satzung. Er beschränkt die Geschäftsführungsbefugnis. Soll durch Änderung oder Einschränkung des Tätigkeitsfelds von dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten Unternehmensgegenstand abgewichen werden, erfordert dies eine Satzungsänderung. Hierfür ist nach §§ 53, 54 GmbHG ein Beschluss der Gesellschafter mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen nötig. Die Frage, ob eine Änderung des Tätigkeitsfelds der Gesellschaft eine Satzungsänderung erforderlich macht, ist durch Auslegung des Unternehmensgegenstands zu beurteilen.

---

<sup>11</sup> Auszug aus: Legler, Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren, November 2018, S. 29 f, m. w. N.

Der *Gesellschaftszweck* (auch: Gesellschaftsziel) bezieht sich auf die Frage, ob die GmbH auf Gewinnerzielung oder andere Ziele angelegt ist. Möglich ist auch die Ausrichtung auf mehrere, unter Umständen widerstreitende Ziele, wie z.B. Ausrichtung auf einen bestimmten öffentlichen Zweck und Gewinnerzielung. Bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch das normative Umfeld (also insbesondere diejenigen Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts, die die Gemeinde binden) berücksichtigt werden. Dabei spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten wollte.<sup>12</sup> Weil für öffentliche Unternehmen die Erfüllung (zumindest auch) eines öffentlichen Zwecks bereits durch die Gemeindeordnungen vorgegeben ist, wird die Auslegung ganz regelmäßig auch die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks als Gesellschaftszweck ergeben. In diesem Fall widersprechen auch wirtschaftlich nachteilige Geschäfte dem Gesellschaftszweck nicht, wenn sie der Verwirklichung des öffentlichen Zwecks dienen.

Auch kann die *Treupflicht der Gesellschafter untereinander* das Weisungsrecht einschränken. Voraussetzung dafür ist freilich, dass Kommune nicht Alleingesellschafterin ist, sondern lediglich die mehrheitlichen Anteile trägt und so überhaupt Meinungsverschiedenheiten unter den Gesellschaftern möglich werden. Erst dann wird mitgliedschaftliche Treupflicht der Gesellschafter relevant.

Grundsätzlich darf jeder Gesellschafter sein Stimmrecht zwar nach Belieben ausüben. Die Treupflicht verlangt von den Gesellschaftern jedoch, ihre Mitgliedschaftsrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen ihrer Mitgesellschafter auszuüben. Eine treuwidrig abgegebene Stimme ist nach der jüngeren Rechtsprechung nichtig. Soweit die Treupflicht der Gesellschafter gegenüber der GmbH besteht, dient auch dies letztlich dem Schutz von Mitgesellschaftern. Denn es ist allgemeine Meinung, dass die Gesellschafter einzelne Ausprägungen der Treupflicht im Gesellschaftsvertrag abbedingen oder im konkreten Einzelfall darauf verzichten können. Konsequenterweise wird daher auch eine mitgliedschaftliche Treupflicht des Alleingeschafters gegenüber der Gesellschaft nicht anerkannt.

Im Hinblick auf Entscheidungen zur Geschäftsführung verlangt die Treupflicht von den Gesellschaftern, sich an den Interessen der GmbH, wie sie sich vor allem aus dem Gesellschaftszweck ergeben, zu orientieren. Bei unternehmerischen Entscheidungen steht den Gesellschaftern hierbei aber ein weiter, gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu, der nicht durch die Treupflicht verengt werden darf. Da auch für Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten das Mehrheitsprinzip gilt, begründet die Ausnutzung einer bestehenden Mehrheit in der Gesellschafterversammlung allein noch keinen gegen die Treupflicht verstoßenden Missbrauch des Stimmrechts. Erst wenn die Mehrheit der Stimmen aus sachfremden Erwägungen die Gesellschaft oder Mitgesellschafter schädigt, kann dies ein treuwidriges Gebrauchen des Stimmrechts darstellen. Typische Fälle der Treuwidrigkeit sind daher unberechtigte Vermögensvorteile für einzelne Gesellschafter oder sachlich nicht legitimierte Konzerninteressen.

---

<sup>12</sup> BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 27, juris.

Die Treuepflicht gebietet es auch, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Maßnahme muss daher für die Durchsetzung der Interessen des Gesellschafters geeignet und erforderlich sein und darf nicht außer Verhältnis zu dem den Mitgesellschaftern bzw. der Gesellschaft zugefügten Schaden stehen.

**Im Ergebnis hat eine Gemeinde als mehrheitlich beteiligte oder alleinige Gesellschafterin einer GmbH demnach erheblichen Einfluss auf die Entscheidungen der Geschäftsführung. Zur Ausübung dieses Einflusses kann die Gemeinde in den gesellschaftsrechtlichen Grenzen gezwungen werden, sodass auch konkrete Entscheidungen der Geschäftsführung Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein können.**

### III. Möglichkeiten der Einflussnahme des Aufsichtsrats einer GmbH

Im Gesellschaftsvertrag der GmbH kann ein Aufsichtsrat vorgesehen werden (sog. fakultativer Aufsichtsrat). Im Gesellschaftsvertrag können Zusammensetzung, qualifizierte Mehrheiten, Vetorechte und Aufteilung der Aufgaben und Kompetenzen auf Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Gesellschafter sehr weitgehend individuell geregelt werden. Beschäftigt die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer, muss ein Aufsichtsrat gebildet werden (sog. obligatorischer Aufsichtsrat). Der Aufsichtsrat muss dann zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen.

Der Aufsichtsrat tritt grundsätzlich nicht nach außen auf, sondern handelt als reines Innenorgan rechtlich nur nach innen. Sofern es keine abweichenden Regelungen im Gesellschaftsvertrag gibt, ist seine Hauptaufgabe die Überwachung und Beratung der Geschäftsführer. Zu diesem Zweck hat er umfangreiche Einsichts- und Informationsrechte.

Geschäftsführungsaufgaben übernimmt der Aufsichtsrat nicht, sofern die Satzung dem Aufsichtsrat nicht weitere Kompetenzen übertragen hat. Möglich sind etwa Zustimmungsvorbehalte für bestimmte Geschäfte oder die Zuständigkeit zur Festlegung grundlegender Leitlinien. Trotz Bestellung eines Aufsichtsrats, bleibt die Gesellschafterversammlung oberstes Organ. Der Aufsichtsrat hat nur die Geschäftsführer als Organ, nicht aber die Geschäftsführung der Gesellschafterversammlung zu überwachen, etwa, wenn diese den Geschäftsführern eine Weisung erteilt.

Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden nach § 52 GmbHG i. V. m. § 101 I AktG grundsätzlich durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit bestellt. Die Satzung kann einem Gesellschafter auch das Recht zur Entsendung eines Aufsichtsratsmitglieds zubilligen. Dies kommt in der Praxis häufig bei kommunalen GmbHs zugunsten der beteiligten Gemeinde vor.

Die Mitglieder des Aufsichtsrates einer AG sind dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet und müssen im Grundsatz ohne Bindung an Weisungen agieren. Dies gilt durch den Verweis von § 52 I GmbHG auf § 111 AktG zunächst auch für die GmbH und zwar gleichermaßen für gewählte wie für entsandte Mitglieder. Die Vorschriften der Gemeindeordnungen (etwa § 113 I 2 GO NRW), nach denen auch Vertreter der Gemeinden in Aufsichtsräten an Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind, vermögen an der Geltung des § 111 AktG auch für eine kommunale GmbH nichts zu ändern. Die aus

dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und der Selbstverwaltungsgarantie folgenden kommunalen Kontroll- und Einwirkungspflichten bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften führen nicht zu einer Modifizierung oder Suspendierung entgegenstehender Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts. Der Staat selbst hat die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabenwahrnehmung zu wählen, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.<sup>13</sup> Letztere können nur im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums umgesetzt werden.

Nach § 52 I GmbHG sind die genannten Vorschriften des Aktienrechts über den Aufsichtsrat auf die GmbH jedoch nur entsprechend anzuwenden, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag anderes vereinbart ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 31.8.2011 für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH daher klargestellt, dass vom Aktiengesetz abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zulässig sind.<sup>14</sup> Hierfür reicht es aber nicht, dass der Gesellschaftsvertrag lediglich die in § 52 I GmbHG aufgeführten Vorschriften des Aktienrechts für unanwendbar erklärt. Der Gesellschaftsvertrag muss die gesetzliche Regelung durch eine andere Regelung ersetzen, die genügend bestimmt ist, um zusammen mit den nicht abbedungenen gesetzlichen Vorschriften die Zusammensetzung des Aufsichtsrats, seiner Aufgaben, Befugnisse und seiner Verfahrensweise zweifelsfrei erkennen zu lassen.

Im Rahmen der Auslegung des Gesellschaftsvertrages kann das normative Umfeld, also insbesondere die die Gemeinde bindenden Vorschriften des Verfassungs- und Gesetzesrechts, berücksichtigt werden. Hierzu gehört auch ein in der Gemeindeordnung vorgeschriebenes Weisungsrecht der Gemeinde gegenüber den von ihr vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Gemeinde die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft einhalten und ein solches Weisungsrecht vereinbaren wollte, selbst wenn es nicht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag steht.

**Im Ergebnis** hängt mithin der tatsächliche Einfluss des Aufsichtsrats vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages ab. Oberstes Organ bleibt die Gesellschafterversammlung. Durch die Vereinbarung von Zustimmungsvorbehalten und die Aufteilung von Geschäftsführungsaufgaben kann der Aufsichtsrat aber unmittelbar auf die Entscheidungen der Geschäftsführung einwirken. Direktdemokratisch kann beispielsweise eine Weisung gegenüber einem gemeindlichen Vertreter, der Teil des Aufsichtsrates ist, erwirkt werden. Dies setzt voraus, dass § 52 GmbHG i. V. m. § 101 I AktG im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder konkludent abbedungen worden ist.

#### **IV. Zwischenergebnis**

All dies zeigt, dass der rechtlich zulässige Einfluss einer Kommune erheblich von der jeweiligen Ausgestaltung der Gesellschaft, deren Entscheidung herbeigeführt werden soll,

---

<sup>13</sup> BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, Rn. 225, juris.

<sup>14</sup> BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 23, juris.



abhängt. Wird eine GmbH mehrheitlich kommunal getragen, besteht unmittelbarer Einfluss auf Entscheidungen der Geschäftsführung. Dadurch kann direktdemokratisch zur Abstimmung gebracht werden, ob die Gemeinde eine bestimmte Entscheidung der Gesellschaft erwirken soll. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sind dabei gleichwohl einzuhalten, da sie neben anderen Bundesgesetzen den gesetzlichen Rahmen bestimmen.

#### **D. Maßnahmen zur Reduktion einer erdgasbasierten Energieversorgung und der rechtliche Rahmen für deren direktdemokratische Veranlassung**

Im Folgenden werden gemäß dem Gutachtenauftrag folgende Maßnahmen zur Reduktion der energetischen Verwendung von Erdgas geprüft.

Zunächst kommt in Betracht, mittels Bürgerbegehren kommunalen Einfluss auf die Neuvergabe von Konzessionen auszuüben bzw. zu nutzen (D.I). Diese Möglichkeit bietet sich nach dem vertragsmäßigen Vertragslaufzeitende (in der Regel nach 20 Jahren, die aber die Höchstlaufzeit darstellen) oder auch dann an, wenn der jeweilige Konzessionsvertrag aus anderen Gründen beendet und neu ausgeschrieben wird. In den nächsten Jahren laufen in Deutschland viele „Altkonzessionen“ aus<sup>15</sup>, so dass diese Möglichkeit auch praktisch besteht. Dabei ist namentlich an die Kopplung der Neuausschreibung an Vorgaben eines kommunalen Wärmeleitplans (D.I.2.) oder das teilweise Unterlassen einer Neuausschreibung zum Zwecke der Stilllegung des Netzes (D.I.3.) zu denken.

Ferner sind Maßnahmen vor dem vertragsmäßigen Laufzeitende denkbar (D.II). In Betracht kommt, den Konzessionsinhaber zu einer Kündigung von Anschlussnutzern bzw. Gaskunden (D.II.1.), zu einer Verhinderung des Neuanschlusses neuer Gaskunden an das bestehende Gasnetz (D.II.2.), zu einem baulichen Rückbau bestehender Gasnetze (D.II.3.) oder zur Bewirkung eines Wärme-Systemwechsels seiner Kunden (D.II.4.) zu veranlassen.

#### **I. Kann der Konzessionsgeber bei der Neuvergabe von Gasnetz Konzessionen Kriterien zu Grunde legen, die eine Reduktion der erdgasbasierten Energieversorgung bezwecken?**

Ob dies rechtlich möglich ist, hängt maßgeblich von den gesetzlichen Anforderungen an die Vergabeentscheidung der Kommune ab (1). Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens ist sodann zu prüfen, ob Wärmeleitpläne in diese Entscheidung eingebunden werden können (2) und ob die Ausschreibung sogar unterlassen werden kann (3).

##### **1. Allgemeine Anforderungen an die Gasnetz Konzessionsvergabe**

Im Folgenden sind zunächst die allgemeinen gesetzlichen Anforderungen an das Vergabeverfahren zusammengefasst.

---

<sup>15</sup> Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 2.

### a) **Transparenz und Diskriminierungsfreiheit**

Aus der Entscheidungshoheit der Gemeinden über die Auswahl des Nutzungsberechtigten über ihre öffentlichen Wege und Plätze folgt nach traditionellem vergaberechtlichem Verständnis die Verpflichtung der Gemeinde ein formelles Vergabeverfahren für die gasnetzbezogenen Wegerechte im Wege der Ausschreibung durchzuführen. Auf dieses Verfahren sind – neben den speziellen Regelungen in § 46 EnWG und der Konzessionsabgabenverordnung – die Vorgaben des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) anwendbar.

Daraus folgt die Pflicht zu einem fairen, diskriminierungsfreien und transparenten Auswahlverfahren, bei dem die Entscheidung auf Grundlage objektiver und sachlicher Auswahlkriterien zu erfolgen hat (§§ 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1 GWB).

Transparent und diskriminierungsfrei ist eine Vergabe im Bereich der Gasnetzkonzessionsvergabe „schon“ dann, wenn eine Kommune ihre Entscheidung allein anhand der vorab festgelegten zulässigen Entscheidungskriterien trifft. Mit dieser Zielrichtung ist das gesetzlich vorgesehene Verfahren geregelt und mithin das Vergabeverfahren durch die Kommune entsprechend auszugestalten.

Im Grundsatz gilt: Die Gemeinde ist als marktbeherrschender Anbieter der Wegenutzungsrechte bereits nach § 46 Abs. 1 EnWG verpflichtet, den Konzessionsempfänger für den Betrieb eines Energieversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien und transparenten Wettbewerb auszuwählen. Diese Verpflichtung ergibt sich auch aus dem europäischen Kartellrecht (Art. 102 AEUV) und dem EU-Primärrecht (unmittelbar aus den Grundfreiheiten Art. 18, 49 und 56 AEUV). Auch gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB sind Gemeinden verpflichtet, im Auswahlverfahren keinen Bewerber um die Konzession unbillig zu behindern oder zu diskriminieren. Dabei sind die formalen Anforderungen an das Verfahren gemäß der Coname-Entscheidung des EuGH stets vom jeweiligen Einzelfall abhängig.<sup>16</sup> Entscheidend ist, dass im Einzelfall Transparenz und Diskriminierungsfreiheit sichergestellt ist.

Diesem Gebot folgend ist von zentraler Bedeutung, dass bereits in einer frühen Phase des Konzessionsverfahrens die Wertungskriterien festgelegt sein müssen, die dann auf alle Angebote gleichermaßen Anwendung finden. Nicht erforderlich ist, dass die Kriterien bereits im Zuge der das Konzessionsverfahren einleitenden Bekanntmachung veröffentlicht werden (vgl. § 46 Abs. 4 S. 4 EnWG). Der Ablauf ist in der Praxis der folgende:

- Bekanntmachung des Auslaufens des Altvertrags mit Fristsetzung für Interessenbekundungen und Bereitstellung von Netzdaten,
- Ende der Interessenbekundungsphase,
- Versendung eines (ersten) Verfahrensbriefs unter Benennung von Auswahlkriterien und deren Gewichtung (darin ist z.B. auch auf eine beabsichtigte Rekommunalisierung hinzuweisen),

---

<sup>16</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 48 ff; EuGH, Urteil v. 21.07.2005 - ECLI:EU:C:2005:487.

- Gegebenenfalls Beantwortung von Nachfragen einzelner Bieter,
- Vorauswertung der fristgerecht abgegebenen Angebote,
- Gegebenenfalls Verhandlungsrunde mit den Bietern zur Konkretisierung/Überarbeitung der Angebote mit Fristsetzung zur erneuten (ggf. verbindlichen) Abgabe der Angebote,
- Auswahlentscheidung durch Gemeindegremien,
- Bekanntmachung der Auswahlentscheidung und Information der Bieter.

Dieser Ablauf zeigt, dass die wesentlichen Entscheidungen über die Auswahlkriterien und die Zielrichtung der Vergabeentscheidung schon von Beginn an feststehen müssen, um ein fehlerfreies Verfahren überhaupt durchführen zu können. So sollte auch feststehen, ob Vertragsentwürfe von der Kommune zur Verfügung gestellt werden, oder durch die Bieter einzureichen sind.

Auch im Konzessionsverfahren gilt aber der vergaberechtliche Grundsatz des „Geheimwettbewerbs“. Einzelne Bieter sind nicht zur Einsichtnahme in die Angebote der Mitbieter berechtigt.

Für die Konstellationen in denen die Kommune gesellschaftsrechtlich mit am Vergabeverfahren als Bieter beteiligten Unternehmen verbunden ist (B.II.2 a und b), ist zu beachten, dass Personen, die eine kommunale Auswahlentscheidung vorbereiten, nicht zugleich für einen Bieter tätig werden dürfen (vgl. auch § 16 VgV, der bisweilen analog für die Gas-Konzessionsvergabe angewandt wird). Die Geltung des allgemeinen Neutralitätsgebots wird dabei auf das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und auf § 20 VwVfG zurückgeführt.<sup>17</sup> Praktisch kann dieses auch personell einzuhaltende Trennungsgebot für kleine Kommunen problematisch sein.

Auch sind die kommunalen Entscheidungsträger im Konzessionsverfahren vielfältigen Einflussnahmen seitens der Bieter, diverser politischer Akteure und Bürgerinitiativen ausgesetzt.<sup>18</sup> Grundsätzlich wird vor dem Hintergrund dieser „Gemengelage“ die frühzeitige und strukturierte Einbindung der Bürger zur Konfliktvermeidung empfohlen.<sup>19</sup> Auf diesem Weg könne insbesondere die Initiierung rechtswidriger Bürgerbegehren bzw. Bürger- oder Volksentscheide vermieden werden.

Ursprünglich enthielt das EnWG nur formale Regelungen zu den zulässigen Auswahlkriterien, sodass die Rechtsprechung allgemeine Anforderungen an ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren entwickelt hat. Diese sind nunmehr durch den Bundesgesetzgeber teilweise in das EnWG aufgenommen worden. Da das EnWG das Auswahlverfahren und die Auswahlkriterien trotzdem nicht abschließend regelt, sind die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze für die Durchführung des Auswahlverfahrens und die Ausgestaltung der Auswahlkriterien nach wie vor von erheblicher Bedeutung.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 56 f.

<sup>18</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 63.

<sup>19</sup> Ebda.

<sup>20</sup> Zum Ganzen: Wegner in: Säcker, Berl. Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, § 46 Abs. 3, Rn. 98 ff.

Für Strom- und Gasleitungen regelt indes § 46 EnWG im Zusammenspiel mit den §§ 46a, 47 und 18 EnWG die Nutzungsgestattung öffentlicher Wege, Straßen und Plätze für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen (Abs. 1) und Energieversorgungsnetzen (Abs. 2-6).<sup>21</sup> In der Praxis ist die Errichtung oder der Betrieb von Strom- oder Gasleitungen ohne entsprechende Gestattungsverträge nicht denkbar, da ein Netz praktisch nie ausschließlich private Wege und Plätze erschließt. Im Übrigen eignet sich das Straßennetz auch in technischer Hinsicht gut für die Verlegung von Versorgungsleitungen.

Die entsprechenden Wegenutzungsrechte können nur durch den Träger des Wegehoheitsrechtes vergeben werden. Daraus ergibt sich auch die hervorgehobene Rolle der Kommunen im Bereich der Energieversorgung. Daher ist § 46 EnWG als zentrale materielle Norm des Auswahlverfahrens ist neben den Vorschriften des GWB bei der Vergabe von Gasnetzkonzessionen uneingeschränkt zu beachten. Als rechtswidrig zu bewerten wäre es also beispielsweise, wenn eine Bürgerinitiative auf die Auswahl eines bestimmten Konzessionsnehmers und damit die Umgehung des Auswahlverfahrens nach § 46 EnWG zum Ziel hätte.

§ 46 EnWG sieht als Auswahlkriterien vor: Umweltverträglichkeit, Förderung Erneuerbarer Energien, Preisgünstigkeit und Effizienz. Die Gemeinden haben aber den Spielraum, daneben eigene Auswahlkriterien zu entwickeln. Es muss sich „nur“ um sachgerechte, objektive, netzbezogene und gerade keine versorgungsbezogenen Kriterien handeln.<sup>22</sup>

Als Gegenleistung für die Einräumung des Wegenutzungsrechts können die Kommunen nach § 46 Abs. 1 S. 2 EnWG die Vereinbarung einer Konzessionsabgabe fordern. Diese ist gesetzlich in § 48 EnWG sowie in den Vorschriften der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) geregelt.

### **b) Sonderfall: Eigenbetriebe**

Einen Sonderfall stellt die Konzessionsvergabe an unselbständige Teile der Gemeindeverwaltung (Eigenbetriebe) dar.

Diese „Konzessionierung von Eigenbetrieben“ ist zwar möglich, darf aber nicht ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Maßgabe des § 46 EnWG erfolgen, da nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur dieses einen transparenten und diskriminierungsfreien Zugang zum Netzbetrieb sicherstellt.<sup>23</sup> Aus diesem Grund bestehen hinsichtlich der Vergabeentscheidung in dieser Konstellation keine gegenüber dem Normalfall gesteigerten direktdemokratischen Möglichkeiten der Einflussnahme.

Da rechtlich der Abschluss eines Vertrages zwischen Gemeinde und einem unselbständigen Teil der Gemeindeverwaltung ein unzulässiges In-Sich-Geschäft darstellen würde, behilft sich die Praxis bei der Konzessionierung von Eigenbetrieben mit dem Abschluss sog.

---

<sup>21</sup> Zum Ganzen: Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 2 f.

<sup>22</sup> BGH, NVwZ 2014, S. 807 (810 ff.)

<sup>23</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46, Rn. 143 ff.

„Konzessionsvereinbarungen“, die inhaltlich den üblichen Konzessionsverträgen entsprechen. Rechtlich handelt es sich dann um interne Verwaltungsanweisungen. Praktisch macht diese rechtliche Unterscheidung keinen bedeutenden Unterschied. Ein solches Vorgehen darf aber nicht mit dem unstrittig unzulässigen Fall verwechselt werden, dass die Gemeinde ohne vorheriges Vergabeverfahren den Netzbetrieb selbst übernimmt.

Einzelne Kommunen haben sich in der Vergangenheit in dieser Konstellation (erfolglos) auf die (europarechtlichen) Grundsätze der In-House-Vergabe berufen, wenn ein Wegenutzungsrecht nach Auffassung der Kommune von einem Eigenbetrieb oder einer Eigengesellschaft wahrgenommen werden sollte.<sup>24</sup> Nach den Grundsätzen der In-house-Privilegierung fällt nämlich die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe im Wege einer In-House-Vergabe nicht unter die Vorgaben des GWB und der Vergabeverordnung (VgV) und kann daher ohne förmliche Ausschreibung erfolgen. Die Anwendung dieser Privilegierungsgrundsätze scheitert hier allerdings an § 46 Abs. 6 EnWG, der die Durchführung eines transparenten und diskriminierungsfreien Auswahlverfahrens auch im Falle einer Vergabe der Wegenutzungsrechte an einen Eigenbetrieb anordnet. Eigenbetriebe – und entsprechend auch Eigengesellschaften – dürfen danach bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten nicht anders behandelt werden als private Betriebe.

Einer vereinzelt vertretenen Ansicht nach soll sich aus der Organisationshoheit der Kommune das Recht ableiten, hinsichtlich der Durchführung des Betriebs von Energieversorgungsnetzen im Gemeindegebiet eine „Systementscheidung“ zu treffen.<sup>25</sup> Nachdem Teile der Rechtsprechung diesen Ansatz sogar teilten<sup>26</sup>, hat der BGH diesem Verständnis eine Absage erteilt.<sup>27</sup> Auch durch eine auf die Bevorzugung kommunaler Unternehmen abzielende Zusammenstellung der Auswahlkriterien dürfe es nicht zu einer Umgehung des § 46 Abs. 6 EnWG kommen.<sup>28</sup> Auch ist stets zu beachten, dass es nach § 46 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 EnWG i. V. m. §§ 1, 19, 20 GWB nunmehr unstrittig unzulässig wäre, dass Gemeinden den Netzbetrieb ohne Konzessionsvergabeverfahren schlicht selbst übernehmen.

## 2. Verknüpfung der Konzessionsvergabe mit kommunalen Wärmeleitplänen

Wärme(leit)pläne, wie sie beispielsweise in § 25 des Hamburgischen Klimaschutzgesetz vorgesehen sind, haben die Gestaltung der bestehenden Energieinfrastruktur zum Gegenstand. Auf Grundlage eines Wärmeplans trifft die Verwaltung also eine Entscheidung, welche die Veränderung oder den Ausbau des Erdgas- oder Fernwärmenetzes zum Gegenstand hat. Denkbar ist dabei beispielsweise auch die Regelung einer Anschluss- und Benutzungspflicht an ein Fern- oder Nahwärmenetz. In diesem Abschnitt soll geprüft werden,

---

<sup>24</sup> Nach dieser Privilegierung muss ein förmliches Vergabeverfahren zur verwaltungsinternen Aufgabenübertragung nicht stattfinden.

<sup>25</sup> Templin, IR 2009, 125 (125).

<sup>26</sup> VG Oldenburg, Beschl. v. 17. 07. 2012, 1 B 3594/12, juris.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, 65/12, juris.

<sup>28</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46, Rn. 145.

ob die Konzessionsneuvergabe inhaltlich an die Ergebnisse der Wärmeplanung geknüpft werden kann. Dafür kommen folgende Ansätze in Betracht.

#### a) Kurze Vertragslaufzeiten und vertragliche Rückbauverpflichtung

Möglich ist selbstverständlich als „mildestes Mittel“, Konzessionen mit verhältnismäßig kurzen Laufzeiten zu Gunsten eines häufigeren Wettbewerbs um die Verwendung regenerativer Energieträger zu vergeben. Diese kurzen Laufzeiten wären so festzulegen, dass sie eine Anpassung an die Ergebnisse der Wärmeplanung ermöglichen.<sup>29</sup>

Das wäre auch rechtlich zulässig, denn § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG regelt keine Mindestvertragslaufzeit. Auf diese Weise würde zumindest Flexibilität ermöglicht und könnte zugleich die hier (unter II.) geprüfte Frage, wie und ob Maßnahmen trotz laufenden Konzessionsvertrags umgesetzt werden können, in vielen Fällen dahinstehen.

Möglicherweise würde dieser Weg aber kein hinreichend effektives Mittel zur Erreichung der Ziele des § 3 Abs. 2 KSG darstellen, da aus kurzen Laufzeiten noch nicht zwingend folgen muss, dass auf Seiten der Bieter (bzw. Bewerber) eine hinreichende Anpassung ihres Geschäfts- und Betriebsmodells an den jeweiligen Wärmeplan auch tatsächlich erfolgt.

Daneben ist es möglich in Neuverträgen vertragliche Rückbauverpflichtungen zu vereinbaren, wenn das Netz nicht weiter genutzt wird. Eine solche Vereinbarung beschleunigt allerdings nicht von sich aus den Netzzückbau, da diese Pflicht (zum Rückbau) erst auf die zwingend vorher zu erfolgende Stilllegung folgt, zu der wiederum auf Grund des so genannten Nebenleistungsverbots keine Pflicht vereinbart werden darf (dazu sogleich unter b).<sup>30</sup>

#### b) Vergabe an bestimmte Unternehmen, die an der Umsetzung des jeweiligen Wärmeleitplans sektorenübergreifend beteiligt werden sollen

Auch ist denkbar, Konzessionen von vorneherein nur an solche Unternehmen zu vergeben, die in der Lage und bereit sind, einen Wärmeplan, der sich vorrangig an der CO<sub>2</sub>-Bilanz der Wärmeversorgung orientiert, umzusetzen. Zu prüfen ist also, ob die Beteiligung eines Unternehmens an der Umsetzung eines kommunalen Wärmeleitplans als Auswahlkriterium i. S. d. § 46 Abs. 4 EnWG und der Konzessionsabgabenverordnung (KAV) herangezogen werden kann.

Strebt eine Gemeinde die Bindung des noch auszuwählenden VNB an einen kommunalen Wärmeleitplan an, der die Wärmeversorgung der Gemeindemitglieder langfristig ohne die Verwendung von Erdgas gewährleisten soll, steht nämlich im Grunde schon vor Konzessionsvergabe fest, dass eine Zusammenführung des kommunalen (Fern-)Wärmenetzbetreibers und des Gas-Verteilernetzbetreibers zur Übernahme angestrebt ist. Zumindest

---

<sup>29</sup> So auch: Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 21.

<sup>30</sup> Wegner in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, § 46 Abs. 3, Rn. 140 ff.

liegt auf der Hand, dass operativ eine Verflechtung des Wärmenetzbetriebs mit dem Gas-Verteilernetz die effektive Umsetzung eines Wärmeleitplans erleichtern würde.

Ein solcher Ansatz enthält aber ein erhebliches Diskriminierungspotenzial, weil die Gemeinde ein eindeutiges Interesse daran haben dürfte, zur Konfliktvermeidung und mit Blick auf drohende frustrierte Investitionen den Konzessionsvertrag mit einer Körperschaft oder Personenmehrheit abzuschließen, der bereits mit dem (Fern-)Wärmenetzbetreiber oder ihr selbst verbunden ist.<sup>31</sup>

Den unterlegenen Bewerbern wird in einem solchen Fall eine entsprechende Bevorzugung auch evident erkennbar sein (trotz des gemäß § 47 Abs. 3 S. 2 EnWG im Hinblick auf die Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen nur eingeschränkt bestehenden Akteneinsichtsrechtes).

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Konzessionsvergabe sich nicht an dem Interesse der Gemeinde an einer effektiven Umsetzung ihres Wärmeleitplans orientieren darf. Dieses Kriterium stellt mithin kein nach § 46 Abs. 4 EnWG zulässiges Auswahlkriterium dar.

### c) Zulässige Auswahlkriterien gem. § 46 Abs. 3, 4 EnWG und § 3 Abs. 2 KAV

Fraglich bleibt, ob die Vergabe *inhaltlich* an einen bestehenden Wärmeplan oder eine sonstige klimapolitisch verbindlich auf das Gemeindegebiet bezogene Zielvorstellung der Wärmeplanung geknüpft werden kann, ohne dass ein bestimmtes Unternehmen bevorzugt werden soll.

§ 46 Abs. 4 EnWG regelt für die Auswahlentscheidung, dass die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG (Sicherheit, Preisgünstigkeit, Verbraucherfreundlichkeit, Effizienz und Umweltverträglichkeit) verpflichtet ist. Dabei gestattet der Satz 2 dieser Norm, dass unter Wahrung netzwirtschaftlicher Anforderungen, insbesondere der Versorgungssicherheit und der Kosteneffizienz, auch **Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft berücksichtigt werden können**. Auch kann die Gemeinde bei der Gewichtung der einzelnen Auswahlkriterien, die Anforderungen des jeweiligen Netzgebietes berücksichtigen (§ 1 Abs. 1 S. 3 EnWG).

Die darauf beruhenden, durch die Gemeinde konkretisierten Auswahlkriterien, die für jeden Bieter in gleicher Weise gelten müssen, sind den Bietern vor Abgabe der Angebote zudem mitzuteilen, damit die Angebote daran ausgerichtet werden können.<sup>32</sup>

Sind die Kriterien erst einmal beschlossen und den Bietern mitgeteilt, dürfen sie nicht ohne weiteres geändert werden.

---

<sup>31</sup> Wegner in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, § 46 Abs. 3, Rn. 140 ff.

<sup>32</sup> Vgl. auch S. 18; Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 46.



Zur Gewährleistung einer diskriminierungsfreien Auswahlentscheidung müssen die Kriterien auch unter sachlichen und objektiven Gesichtspunkten gewählt werden. Für Gaskonzessionen bedeutet das nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH), dass die Kriterien einen *Bezug zum Netzbetrieb* haben müssen.<sup>33</sup>

Die Länder veröffentlichen bisweilen [REDACTED], um eine fehlerhafte Vergabe zu vermeiden. Nicht geregelt ist, wie viele oder wie detaillierte Auswahlkriterien

[REDACTED]

Als Folge des Diskriminierungsverbots und des Transparenzgebots müssen die Auswahlkriterien präzise, verständlich und sachlich auf den Netzbetrieb bezogen sein.

Wie die darüber hinaus gemäß § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG bestehende Verpflichtung zur Beachtung des § 1 Abs. 1 EnWG in der Praxis konkret umzusetzen ist, ist im Einzelnen umstritten. Nach der Rechtsprechung müssen aber alle Ziele des § 1 EnWG („sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht“) in den Auswahlkriterien einer Kommune Berücksichtigung finden.<sup>34</sup>

Kriterienkataloge, die nur einzelne dieser Ziele berücksichtigen, sind also unzulässig. Die Auswahl nur anhand solcher Kriterien, die den Ergebnissen einer Wärmeplanung „entsprechen“, ist folglich mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung unvereinbar.

### ***(1) Berücksichtigung einer angestrebten gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einem bietenden Unternehmen als Auswahlkriterium***

Inwieweit über diesen Rahmen hinausgehende Erwartungen der Kommunen bezüglich einer wirtschaftlichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Beteiligung am zukünftigen Netzbetreiber berücksichtigt werden dürfen, hat der BGH in der vorzitierten Entscheidung auch geklärt: Dies komme nur in Frage, wenn dies der Verwirklichung der Ziele des § 1 EnWG diene und eine Verwirklichung anders nicht erreicht werden könne.<sup>35</sup> Die mit einer Beteiligung am Netzbetrieb verbundenen Chancen und Risiken der Gemeinde müssten in einem solchen Fall bei der Bewertung der unterschiedlichen Angebote allerdings auch berücksichtigt werden. Somit bleiben nur wenige Fallgestaltungen, in denen eine solche Beteiligung (oder die Absicht dazu) bei einer Auswahlentscheidung gesondert berücksichtigt werden kann.<sup>36</sup>

Fest steht in jedem Fall spätestens mit der genannten Entscheidung des BGH damit auch:

Die Kommune kann anlässlich der Neuvergabe einer Gaskonzession eine Entscheidung, *ob grundsätzlich* der Netzbetrieb von einem wirtschaftlichen Unternehmen der Kommune

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, KZR 66/12, juris und VG Oldenburg, Beschl. v. 17. 07. 2012, 1 B 3594/12, juris.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 17. 12. 2013, KZR 66/12, BGHZ 199, 289.

<sup>35</sup> Ebda.

<sup>36</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 129.



oder von einem Dritten durchzuführen ist nach der geltenden Rechtslage nicht treffen (sog. „Systementscheidung“). Freilich kann die GasnetzkonzeSSION – wie bereits oben (S. 20) klargestellt – schließlich an ein Unternehmen der Kommune oder sogar einen unselbstständigen Teil der Gemeindeverwaltung vergeben werden. Dies ist aber nur dann zulässig, wenn diese sich im ordentlichen Vergabeverfahren durchsetzen.

## **(2) Einschränkung der Auswahlentscheidung durch das Nebenleistungsverbot**

Über die nach § 46 Abs. 4 S. 1 EnWG bestehenden Einschränkungen der gemeindlichen Auswahlentscheidung hinaus hat im vorliegenden Zusammenhang das in § 3 KAV geregelte **Nebenleistungsverbot** besondere Bedeutung. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist dieses nämlich so auszulegen, dass jede Übernahme von Aufgaben, die sonst der Gemeinde obliegen oder dieser zugutekommen, eine unzulässige Nebenleistung darstellt.

§ 3 Abs. 1 KAV zählt die neben oder anstelle von Konzessionsabgaben zulässigen Leistungen auf, die der Gemeinde für einfache oder ausschließliche Wegerechte vom Versorgungsunternehmen gewährt bzw. umgekehrt von ihr verlangt oder generell mit ihr vereinbart werden dürfen. Dabei handelt es sich um eine abschließende Aufzählung möglicher Leistungen.<sup>37</sup> § 3 Abs. 2 KAV ergänzt sodann das in Abs. 1 enthaltene Verbot, indem es beispielhaft Leistungen von Versorgungsunternehmen an Gemeinden aufführt, die nicht vereinbart oder gewährt werden dürfen. Dabei handelt es sich bei der Aufzählung in Absatz 2 des § 3 KAV allerdings um keine abschließende Aufzählung („insbesondere“). Der beispielhafte Ausschlusskatalog enthält lediglich typische Fallkonstellationen, die zu einer Umgehung der Höchstpreisregelungen geeignet wären. Insoweit dient § 3 Abs. 2 KAV lediglich der Klarstellung des in § 3 Abs. 1 KAV geregelten Verbots, dass andere als die dort genannten Leistungen unzulässig sind.<sup>38</sup>

Verstößt eine Klausel in einem Konzessionsvertrag gegen dieses Nebenleistungsverbot, folgt daraus bei Vorliegen einer so genannten *salvatorischen Klausel*<sup>39</sup> dann eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages, wenn die unzulässige Klausel kausal für die Auswahlentscheidung war. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn die entsprechende Vertragsklausel Gegenstand eines Auswahlkriteriums war oder sich in sonstiger Weise auf die Auswahlentscheidung der Kommune ausgewirkt hat. Im Rahmen dieser Untersuchung kann diese Kausalitätsprüfung aber freilich dahinstehen, denn ein Bürgerbegehren darf stets nur auf rechtlich Zulässiges gerichtet werden. Insoweit ist das Nebenleistungsverbot hier unabhängig von den Fehlerfolgen bei dieser Form der kommunalen Einflussnahme stets umfassend zu beachten (anders ausgedrückt: das Bestreben mittels eines Bürgerbegehrens

---

<sup>37</sup> Kermel in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 3, 4. Aufl. 2017, § 3 Andere Leistungen als Konzessionsabgaben, Rn. 3.

<sup>38</sup> ebenso: Kermel, aaO. Rn. 31.

<sup>39</sup> d.h. eine Klausel, nach der ein Vertrag erhalten werden soll, auch wenn einzelne Klauseln unwirksam sind.

nicht im Einklang mit den Vorgaben aus § 3 KAV im Einklang stehende „Nebenleistungen“ zum Gegenstand eines Konzessionsvertrages zu machen, wäre immer ein Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot).

Im Zusammenhang mit der Prüfung des Nebenleistungsverbots ist sodann namentlich zu beachten, dass § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV vom Nebenleistungsverbot zwar grds. die Leistungen des Konzessionsnehmers bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen ausnimmt, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen. Solche Leistungen dürfen aber – wie es in der vorgenannten Norm am Ende wörtlich heißt –

*„nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen“.*

Die Rechtsprechung legt das Nebenleistungsverbot angesichts dieser Vorgabe aus der KAV dementsprechend auch sehr weit aus. Als Grund wird dabei angeführt, dass dieses Verbot dazu diene, einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zu schaffen und die Umgehung von Höchstsätzen für Konzessionsabgaben zu verhindern. Insbesondere Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 Nr. 1 2 Hs. KAV würden daher z.B. auch dafür sprechen, auch unentgeltliche oder zu Vorzugspreisen erbrachte Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen für unzulässig anzusehen.<sup>40</sup>

So hat das OLG München<sup>41</sup> z.B. eine Klausel für unvereinbar mit § 3 Abs. 2 KAV erklärt, nach der

- der VNB der Gemeinde die für die Erstellung eines kommunalen Energiekonzeptes erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen hatte und
- die Gemeinde bei der Eigenerzeugung von Strom unterstützten sollte und
- den Klimaschutz vor Ort zu fördern hatte.

Höchstrichterlich (durch den BGH) ist diese Auslegungsfrage zum Inhalt des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV zwar noch nicht entschieden worden (in der Revision gegen die zitierte Entscheidung des OLG München hat der BGH das sogar ausdrücklich offengelassen). Angesichts dieser unsicheren Rechtslage – und der zitierten immerhin obergerichtlichen Entscheidung aus München – ist es aber nachvollziehbar, wenn Kommunen sich in der Praxis an einem strengen Verständnis des Nebenleistungsverbots orientieren. Nur dadurch vermeiden sie die Gefahr der Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages. Dies gilt zumal deswegen, wenn man das Folgende berücksichtigt: Sobald und soweit ein abstrakt zwar zulässiges Auswahlkriterium (das alle Anforderungen an die Objektivität erfüllt und in dem sich alle Belange des § 1 EnWG angemessen niederschlagen) im Ergebnis dazu führt, dass der Konzessionsnehmer gegenüber der Gemeinde zur Umsetzung des kommunalen Wärmeplans Leistungen erbringt, die die Gemeinde sonst wegen des teilweise verbindlichen Charakters von Wärmeplänen selbst und auf „eigene Kosten“ erfüllen würde oder

---

<sup>40</sup> vgl. Nachweise bei Kermel, aaO, Rn. 42f.

<sup>41</sup> OLG München, U. v. 26.09.2013 – U 3587-12 Kart –, LG München I, Urt. v. 01.08.2012, 37 O 19383/10, juris.

sogar müsste, würde dies nach dem herrschenden Verständnis des § 3 KAV ebenfalls eine unzulässige Nebenleistung in diesem Sinne (des § 3 Abs. 2 KAV) darstellen.

Die Folge der jedenfalls unklaren und in der Rechtsprechung vorherrschend strengen Auslegung ist, dass das Nebenleistungsverbot für eine klima- und CO<sub>2</sub>-orientierte Neuvergabe von Gaskonzessionen ein zentrales Hindernis darstellt. Denn die Frage, ob ein Vergabekriterium in zulässiger Weise festgelegt und angewandt wurde, bestimmt sich im Umkehrschluss auch danach, was vertraglich geregelt werden darf: Wenn eine bestimmte Nebenleistung i. S. d. KAV nämlich vertraglich nicht geregelt werden darf, kann die Erfüllungsbereitschaft dieser Leistung (oder die Befähigung dazu) nicht zur Auswahlentscheidung herangezogen werden.

*(aa) Obligatorische Vertragsanpassungsklauseln*

Mit Blick auf § 3 Abs. 2 KSG zielfördernd wäre hingegen die verpflichtende Verknüpfung von Wärmeleitplänen mit Konzessionsverträgen in anderer Art und Weise. Dies könnte z.B. in Form einer **Regelung auf landesgesetzgeberischer Ebene** umgesetzt werden, nach der die Kommunen zu einer entsprechenden Verknüpfung verpflichtet würden. In wesentlich abgeschwächter Form existiert eine solche Regelung in § 20 Abs. 2 des Energiewendegesetzes Berlin, wo wie folgt normiert ist:

*„Konzessionsverträge sollen vorsehen, dass das Land Berlin eine Anpassung getroffener Regelungen verlangen kann, wenn dies im öffentlichen Interesse zur Verwirklichung einer den Zielen und Grundsätzen dieses Gesetzes entsprechenden Energienutzung erforderlich ist.“*

Eine solche Vorgabe könnte *darüber hinaus* unter anderem die Pflicht zur Verzahnung z.B. des klimafreundlichen und damit im „öffentlichen Interesse“ liegenden Wärmenetzbetriebs mit dem des Gasnetzes zum Gegenstand haben (wenn die Kommune das wünscht). Dies wiederum würde aber aus den soeben genannten Gründen ebenfalls jedenfalls auf Basis der vorerwähnten Rechtsprechung des OLG München – gegen das Nebenleistungsverbot aus § 3 Abs. 2 KAV verstoßen, da dann vertraglich Leistungen seitens des Unternehmens vorgesehen wären, die über eine bloße Vergütung des Unternehmens an die Kommune hinausgehen und die nicht unter § 3 Abs. 1 KAV fallen.

Eine solche Klausel würde bedeuten, dass der Konzessionsnehmer seine eigenen (auch wirtschaftlichen) Interessen den Ergebnissen und Zielen der Wärmeplanung unterordnen müsste und sich vertraglich bereit erklärt, für ihn „nachteilige“ Anpassungen hinzunehmen, die der jeweilige Wärmeleitplan vorsieht. Ein solches Szenario wäre nach den herkömmlichen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durch den VNB zu kalkulieren, was jedenfalls eine Vermögenseinbuße zugunsten der Wärmeplanung darstellen würde,<sup>42</sup> und damit gegen das Nebenleistungsverbot in der durch die Rechtsprechung gebotenen strengen Lesart verstoßen würde.

---

<sup>42</sup> Ebenso: Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 24.

Unserer Auffassung nach ist allerdings fraglich, ob das marktliberale Modell des § 46 EnWG „um jeden Preis“ auch nach der gegenwärtigen Rechtslage dem Klimaschutz vorgeht.

Dies wäre zwar nur unter umfassender Prüfung europarechtlichen Vorgaben abschließend zu beurteilen. Auf nationaler Ebene ist eine einschränkende Auslegung des § 46 EnWG und der KAV im Lichte des Art. 20a GG und mit Blick auf § 13 KSG aber durchaus vertretbar.

So ist es nicht mit der überragenden Bedeutung klimaschützender Maßnahmen, deren Verfassungsrang durch das BVerfG schließlich auch bestätigt wurde<sup>43</sup>, in Einklang zu bringen, wenn Wettbewerb um seiner selbst willen zu einem die Belange des Klimaschutzes überwiegenden Rechtsgut erhoben wird.

Vielmehr muss § 3 Abs. 2 KAV als einfache Bundesverordnung gemäß § 13 KSG und im Lichte von Art. 20a GG so ausgelegt werden, dass klimaschützende Leistungen, die eine Kommune zwar zugutekommen, aber im Wesentlichen doch der Allgemeinheit dienen, nicht unter § 3 Abs. 2 KAV zu subsumieren sind. Die Aussage dieser Vorschrift beschränkt sich auf das Verbot von „Finanz- und Sachleistungen“. Darunter jeden Betrag zum Klimaschutz zu subsumieren, der naturgemäß auch der klimaschutzfördernden Kommune „Aufgaben abnimmt“, erscheint uns nicht mit der Bedeutung des Klimaschutzes für die Allgemeinheit in Einklang zu bringen.

Auch wird die derzeitige Auslegung und Regelung des Nebenleistungsverbots in der Literatur auch auf Grund ihrer Pauschalität und der daraus folgenden Komplexität für das Auswahlverfahren erheblich kritisiert.<sup>44</sup>

#### *(bb) Beachtung der jeweiligen kommunalen Wärmeplanung als Auswahlkriterium*

Wählt man demgegenüber den Ansatz in die Vergabe der Konzession des Gasnetzes Aspekte einer gebotenen (klimafreundlichen) kommunalen Wärmeplanung als Auswahlkriterium aufzunehmen, unterscheidet sich dies im Ergebnis unseres Erachtens in seiner Wirkung auch nicht von der Einführung obligatorischer Vertragsanpassungsklauseln. Denn auch so würden sich VNB faktisch zu Leistungen bereit erklären (müssen), die den von der Kommune entwickelten Wärmeplan umsetzen.

Dies kann nach der derzeitigen Rechtslage schon deshalb kein zulässiges Auswahlkriterium darstellen, weil eine entsprechende Klausel im Konzessionsvertrag, wie aufgezeigt, unter § 3 Abs. 2 KAV fallen würde.<sup>45</sup>

Dies ist erst recht so zu beurteilen, wenn im Wärme(leit-)plan bereits angelegt ist, dass dessen Einbeziehung einen Rückbau des Gasnetzes zur Folge haben würde. Denn die dann

---

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18.

<sup>44</sup> Probst, Auswahlkriterien bei der Vergabe von energiewirtschaftlichen Konzessionsverträgen, 2016, S. 170 ff; Theobald, Das neue Konzessionsrecht: Ausweg aus der Komplexitätsfalle, EnWZ 2017, S. 1 (2); Feuerborn/Riechmann, KAV, § 3 Rn. 14; Templin, ZNER 2012, 570, , 577; Kermel, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 3, 4. Aufl. 2017, § 3 Andere Leistungen als Konzessionsabgaben, Rn. 42.

<sup>45</sup> Ebd.

jedenfalls wissentliche Übernahme der Rückbauverpflichtung durch den Konzessionsnehmer stellt jedenfalls eine Leistung i. S. d. § 3 Abs. 2 KAV dar. Im Ergebnis darf die (zugesagte) Beachtung einer kommunalen Wärmeplanung mithin nicht als formales Auswahlkriterium herangezogen werden.

*(cc) Überschneidung von Wärmeplanung und netzbezogenen Auswahlkriterien*

Schließlich liegt der Ansatz nahe, die nach §§ 46 Abs. 4 i. V. m. § 1 EnWG zulässigen Auswahlkriterien so auszulegen und anzuwenden, dass die Vergabeentscheidung ohne ausdrückliche oder verbindliche Bindung an den Wärmeplan gleichwohl im Sinne der Vorgaben des Wärmeplans erfolgen kann.

Gemäß §§ 46 Abs. 4 i. V. m. § 1 EnWG ist schließlich ein zulässiges Auswahlkriterium, dass die Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhen soll und der Netzbetrieb umweltverträglich sein soll. Im Rahmen des § 46 EnWG kommen allerdings lediglich (gas)netzbezogene Beiträge zum Ausbau erneuerbarer Energien in Betracht.<sup>46</sup> Diese Vorgabe folgt aus der europarechtlich geforderten Entflechtung von Netzbetrieb und Energieversorgung (§§ 6 ff. EnWG). Die Kriterien müssen also gasverteilternetzbezogen sein. Sie dürfen nicht so festgelegt werden, dass derjenige Bieter bevorzugt wird, der letztlich bereit ist, das Gas-Verteilernetz zugunsten eines (Fern)-Wärmenetzes stillzulegen. Auch dürfen keine Vorgaben zum Energieträger (z.B. Erdgasanteil) gemacht werden.<sup>47</sup>

Ein netzbezogenes Kriterium wäre zum Beispiel die technische Befähigung und Bereitschaft zur Integration von EE-Anlagen.

Ferner kommt in Betracht, dass die Gemeinde sich auch in der Ausgangskonstellation (B.II.1.), wenn also keine Rekommunalisierung stattgefunden hat, konzessionsvertraglich über eine entsprechende Klausel im Vertrag eigenen Einfluss aufrechterhalten könnte.

Nach der Rechtsprechung sind aber nur solche Klauseln zulässig, die als Folge der „privatisierten“ Daseinsvorsorge unerlässlich sind. Im Wesentlichen handelt es sich dabei um Auskunftsrechte und die Möglichkeit, in Ausnahmefällen an Entscheidungsprozessen mitzuwirken.<sup>48</sup>

Erst recht darf nur in seltenen Ausnahmefällen – wie oben bereits dargelegt (D.II.1.b.) – die kommunale Beteiligung an einem Unternehmen als Auswahlkriterium dienen.

**(3) Zwischenergebnis**

---

<sup>46</sup> Lutz Wegner in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, § 46 VIII. Abs. 4 und 5, Rn. 117; netzbezogene Beiträge sind z. B. die Integration dezentraler Erzeugeranlagen oder die Ermöglichung einer Alternativenutzung (vgl. auch § 113 a EnWG).

<sup>47</sup> Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 17 m. w. N.

<sup>48</sup> BGHZ 199, 289 (305), Rn. 52.

Die rechtlich zulässige Einflussnahme mittels direktdemokratischer Initiativen ist durch bunderechtliche Vorschriften erheblich begrenzt. Möglich ist, die Kommune dazu zu veranlassen, die Auswahlkriterien in den Grenzen des § 46 Abs. 4 EnWG und § 3 Abs. 2 KAV, also „soweit wie möglich“ an der Förderung erneuerbarer Energien auszurichten, zum Abschluss kürzerer Laufzeiten zu bewegen oder auf Landesebene eine obligatorische Anpassungsklausel rechtlich zu verankern.

Eine rechtsverbindliche Verknüpfung von kommunalen Wärmeleitplänen und Konzessionsverträgen ist hingegen nicht mit der derzeitigen Rechtsprechung zu § 3 Abs. 2 KAV zu vereinbaren. Die Geltung dieser Rechtsprechung kann jedoch unseres Erachtens mit zunehmender Dringlichkeit CO<sub>2</sub>-reduzierender Maßnahmen mit guten rechtlichen Argumenten bezweifelt werden. Eine Anpassung durch den Verordnung- und Gesetzgeber ist, um Rechtssicherheit zu schaffen, dennoch erforderlich.

### **3. Unterlassen einer Neuausschreibung von Gasnetzkonzessionen**

Wie bereits einleitend erläutert ist dies mit der gänzlich auf Wettbewerb ausgerichteten Rechtslage nicht möglich: Mit der Pflicht zur diskriminierungsfreien Vergabe von Konzessionen aus § 46 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 EnWG i. V. m. §§ 1, 19, 20 GWB und dem europäischen Primärrecht ist eine Grundsatzentscheidung der Gemeinde, den Netzbetrieb ohne Durchführung eines Konzessionsverfahrens selbst zu übernehmen (sog. „Systementscheidung“), nicht zu vereinbaren.

Auch besteht seitens der Gemeinden ein Kontrahierungszwang. Das heißt, dass sie nach der obligatorischen Durchführung des Vergabeverfahrens zum Abschluss eines Konzessionsvertrages verpflichtet ist. Die Durchsetzbarkeit des Wegenutzungsrechts mittels Kontrahierungszwang hat der Bundesgesetzgeber als notwendig angesehen, um der durch das Eigentum an den öffentlichen Wegen vermittelten starken Stellung der Gemeinden ein Gegengewicht gegenüberzustellen. Mithin wäre das Unterlassen der Ausschreibung oder des daraus folgenden Vertragsabschlusses mit dem Bestbietenden – auch als Reaktion auf ein Bürger- oder Volksbegehren – nicht im gesetzlichen Rahmen möglich; die Kommune muss das Wegenutzungsrecht vergeben.

## **II. Maßnahmen während der Konzessionsvertragslaufzeit**

Mit Blick auf die in der Regel langen Konzessionsvertragslaufzeiten müssen auch Maßnahmen während der Laufzeit eines Konzessionsvertrag in Betracht gezogen werden.

In diesem Abschnitt wird gemäß dem Gutachtauftrag untersucht, ob eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einer Kündigung von Gaskunden (1.), zu einer Unterbindung von Neuanschlüssen an sein Netz (2.), zu einem baulichen Rückbau des Gasverteilernetzes (3.) oder zu einer Stilllegung des Gasnetzes (4.) veranlassen kann.

## **1. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einer Kündigung von Gaskunden veranlassen?**

Da sich der Abstimmungstext einer Bürgerinitiative auf kommunaler Ebene im Rahmen der Gesetze (Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG) bewegen muss, ist dieser gesetzliche Rahmen zu untersuchen.

### **a) Bestehende Rechtsverhältnisse und Rechtspositionen**

Vorab sind dafür zunächst die rechtlichen Beziehungen in den Blick zu nehmen, die auf der einen Seite eine Veranlassung des VNB zur „Kündigung von Gaskunden“ überhaupt ermöglichen und auf der anderen Seite verhindern könnten.

Fraglich ist zunächst, ob und wie der Konzessionsinhaber in der Rolle des VNB rechtlich überhaupt mit Gaskunden, also regelmäßig Letztverbrauchern, die eine Gastherme nutzen, verbunden ist.

In der Ausgangskonstellation (siehe B. II. 1.), in der das (kommunale) Netz durch eine juristische Person oder Personenmehrheit betrieben wird, die weder kommunal getragen bzw. durch ein Kooperationsmodell mit der Kommune verbunden ist, beliefert der VNB keine Gaskunden in diesem Sinne. Er ist nicht zugleich Grundversorger bzw. Gaslieferant und auch nicht in anderer Weise gesellschaftsrechtlich mit diesem verbunden (letzteres wäre nur in den unter B.II.3. geschilderten Konstellationen der Fall, in der die Kommune gesellschaftsrechtlichen Einfluss auch auf den Grundversorger ausüben kann).

In der Ausgangskonstellation betreibt der VNB als Konzessionsinhaber lediglich das Netz und ist mit Gaslieferanten (= Grundversorgern = Netznutzern), die sein Netz zur Versorgung von Gaskunden nutzen, unter anderem über Netznutzungsverträge (Lieferantenrahmenverträge oder Netznutzungsrahmenverträge) und mit Letztverbrauchern (= Gaskunden und ebenfalls Netznutzer) nach §§ 17, 18 Abs. 1 S. 1 EnWG bzw. § 1 Abs. 3 NDAV über Anschlussnutzungsverträge sowie die aus den Netznutzungsrahmenverträgen abgeleitete Netznutzungsberechtigung zur Entnahme rechtlich verbunden.<sup>49</sup>

Letztverbraucher, die als Kunde das Netz nutzen, leiten ihre Netznutzungsberechtigung für den Zeitraum, in dem sie Gas über das jeweilige Verteilernetz beziehen, in der Regel von der Netznutzungsberechtigung des Grundversorgers / Gaslieferanten ab, der mit dem VNB darüber Rahmenverträge abschließt. Dieses abgeleitete Netznutzungsrecht der Letztverbraucher besteht also regelmäßig auf Grund einer Vereinbarung in dem Gasliefervertrag mit dem Grundversorger (bzw. Gaslieferanten). Letztverbraucher schließen also darüber keine gesonderten Verträge mit dem VNB. Der Grundversorger ist dazu über seinen Lieferantenrahmenvertrag in der Regel ermächtigt.

---

<sup>49</sup> Berberich, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 18 Rn. 14.

Neben diesen schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen ist der VNB überdies zugleich Vorhabenträger im Sinne des Planfeststellungsrechts (§ 43 Abs. 1 Nr. 5 EnWG) (dazu im Einzelnen D.II.3.b.aa) und ihn treffen die weitreichenden Netzbetreiber-Pflichten aus §§ 15, 16 i. V. m. 16a EnWG (dazu im Einzelnen unter D.II. 3.b.cc).

Auf der Ebene des einfachen Bundesrechts bestehen mithin bereits differenzierte Rechtsbeziehungen die einer differenzierten Regulierung unterworfen sind. Zu prüfen ist also, ob ein Eingriff in diese Rechtsbeziehungen auf kommunaler Ebene durch eine Veranlassung von Kündigungen der Gaslieferverträge vorläge und ob dies überhaupt im „Rahmen der Gesetze“ zulässig wäre.

Dabei ergibt sich bereits bei summarischer Prüfung, dass dies bei den drei oben genannten Konstellationen überhaupt nur in der Konstellation B.II.1.a. denkbar ist, in der sowohl der Netzbetrieb als auch der jeweilige Gasgrundversorger als Netznutzer zumindest teilweise in kommunaler Hand sind.

In der Ausgangskonstellation (B.II.1) ist zwar denkbar, dass sich der VNB von dem mit den Gaskunden bestehende Anschlussnutzungsverhältnis nach §§ 17, 18 EnWG (dazu im Einzelnen sogleich unter D.II.1.b.1.cc) löst, er ist aber selbst nicht Lieferant. Die Anschlussnutzer sind also nicht auch seine Gaskunden. Das hat zur Folge, dass der VNB mit einer Verweigerung der Anschluss- bzw. Netznutzung in das zwischen dem Gaslieferanten und dem Gaskunden (=abgeleitete Netznutzung) bestehende Lieferverhältnis eingreifen und seine eigenen (Neben-) Pflichten aus dem Lieferantenrahmenvertrag mit dem Grundversorger (=Netznutzer) verletzen würde.

Ungeachtet der Frage, ob dieser Eingriff „im gesetzlichen Rahmen“ überhaupt möglich wäre, könnte dies erhebliche Entschädigungspflichten für den VNB auslösen. Denn Gaskunden wären durch ein solches Vorgehen an der Abnahme des Gases gehindert, dadurch gegebenenfalls von der Gegenleistungspflicht, also der Vergütung nach § 326 Abs. 1 BGB befreit, die dann durch den VNB als Schaden des Grundversorgers zu zahlen sein dürfte. In dieser Konstellation erscheint ein Ansatz, der eine Kündigung von Gaskunden verfolgt, daher nicht praktikabel.

Dies gilt bereits gänzlich unabhängig eines jedenfalls teilweise bestehenden Vertrauensschutzes des VNB, der unter anderem auf die Erwartung von Netzentgelten gerichtet und die „Kehrseite“ der Anschlusspflicht nach §§ 17, 18 EnWG darstellt.

Auch ist eine auf die Lieferbeziehung gerichtete Maßnahme aus denselben Gründen in der zweitgenannten Beteiligungskonstellation (B.II.2) nach unserer Auffassung impraktikabel.

Daher sei im Folgenden nur die 3. Konstellation (B.II.3.), in der sowohl der Netzbetrieb als auch der jeweilige Gasgrundversorger als Netznutzer zumindest teilweise in kommunaler Hand sind, untersucht. In dieser Sachlage kommt nämlich die unmittelbare Einflussnahme der Kommune durch Einfluss auf Entscheidung der Geschäftsführung sowohl auf den VNB als Anschlussgeber als auch auf den Gaslieferanten / Grundversorger in Betracht. Auf diese Weise könnten zumindest zu erwartende Entschädigungsansprüche kalkuliert werden oder sogar eine einvernehmlicher Schadensausgleich stattfinden. Allerdings liegt



auch in dieser Konstellation naturgemäß ein Eingriff in den Gasliefervertrag zulasten der Gaskunden, die einen Lieferanspruch haben, vor.

## **b) Rechtsrahmen**

Zu prüfen ist demnach, ob eine auf die Kündigung bestehender Gaslieferverhältnisse gerichteten Bürgerinitiative, die also eine unternehmerische Entscheidung zulasten von Gaskunden herbeiführen soll, im oben skizzierten rechtlichen Rahmen möglich ist.

### ***(1) Einfachgesetzlicher Rahmen***

Zunächst kommen dafür einfachgesetzliche und vertragliche Hindernisse in Betracht. Dabei ist zu bedenken, dass einfachgesetzliche Regelungen auch ein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen auslösen können. Überdies kann einfaches Recht auch sogenanntes konkretisiertes Verfassungsrecht darstellen, an welches Kommunen dann entsprechend ihrer unmittelbaren Grundrechtsbindung (Art. 1 Abs. 3 GG) gebunden sind.

Im Folgenden werden die bundesgesetzlich geregelten und somit gemäß Art. 31 GG als höherrangiges Recht die kommunale Kompetenz begrenzenden Rechtsbeziehungen und Regelungen darauf untersucht, ob sie einer Bürgerbewegung, die die Kündigung vom Gaskunden zum Ziel hat, entgegenstehen.

#### *(aa) Bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss*

Mittels Planfeststellungsbeschluss ist einem Vorhabenträger (hier: dem VNB) über einen im Nachhinein nur schwer veränderbaren Verwaltungsakt die rechtliche Zulässigkeit seines Vorhabens (hier die Errichtung und der Betrieb eines Verteilernetzes) zugesichert.

Gasverteilernetze unterliegen gemäß §§ 43 ff. EnWG der Planfeststellung. Ein bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss (PFB), der nach den genannten Vorschriften die Errichtung, die Veränderung sowie den Betrieb der Gasleitung zum Gegenstand hat, berührt zunächst nicht das Liefer- und das Netznutzungsverhältnis (dazu im Einzelnen unter D.II.3.a).<sup>50</sup> Ein Planfeststellungsbeschluss steht auch einer Kündigung von Gas-Bestandskunden nicht entgegen, da die vertraglichen Beziehungen, die ein Gasnetz zwar voraussetzen, aber für dieses keine Bedingung darstellen, nicht Gegenstand des PFB nach § 43 ff. EnWG sind.

Mit anderen Worten: Ein bestehendes Netz ist dieser Lieferbeziehung zwar vorausgesetzt, die Lieferbeziehung ist aber nicht Bedingung für den Fortbestand und den Betrieb des Verteilernetzes.

Im Ergebnis steht ein Panfeststellungsbeschluss der Kündigung eines (Gas-) Lieferverhältnisses mithin nicht im Wege.

#### *(bb) Konzessionsverträge*

---

<sup>50</sup> Greinacher in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 43 EnWG, Rn. 11f.

Wie einleitend dargelegt, regelt § 46 Abs. 2 EnWG die Vergabe von Verträgen zwischen Energieversorgungsunternehmen und Gemeinden über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege (Konzessionsverträge) für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Diese Verträge haben ausschließlich das Nutzungsrecht für öffentliche Verkehrswege zum Gegenstand (dazu im Einzelnen D.II.3.bb).

Ein laufender Konzessionsvertrag würde durch die Kündigung von Gaskunden daher nicht berührt. Kehrseitig kann aber auch die Kündigung von Gasbestandskunden nicht über das Konzessionsvertragsrecht bewirkt werden.

#### *(cc) Anschlussnutzungsverhältnis*

Gemäß § 18 Abs. 1 EnWG haben VNB ihre allgemeinen Bedingungen für den Netzanschluss von Letztverbrauchern in Niederspannung oder Niederdruck und für die Anschlussnutzung durch Letztverbraucher zu veröffentlichen sowie zu diesen Bedingungen jedermann an ihr Energieversorgungsnetz anzuschließen und die Nutzung des Anschlusses zur Entnahme von Energie zu gestatten.

Das Anschlussnutzungsverhältnis, also die durch die NDAV (§ 18 Abs. 3 EnWG) ausgestalteten Bedingungen des Netzanschlusses und seiner Nutzung, sind von dem sich daran anschließenden Netznutzungsverhältnis (§ 20 EnWG) zu unterscheiden. Letzteres entsteht zwischen dem VNB und dem Netznutzer (Gaslieferant und Letztverbraucher) und hat bildlich gesprochen den auf Dauer angelegten „Energietransport“ zum Gegenstand (dazu sogleich dd.).<sup>51</sup>

Innerhalb des § 18 Abs. 3 EnWG ist zum einen die Rechtsbeziehung zwischen dem VNB und dem Eigentümer der Kundenanlage (z. B. einem Hauseigentümer) bzw. dem angeschlossenen Unternehmen zu nennen, welche auf vertraglicher Basis erfolgt. Zum anderen bezeichnet – funktionell an das Anschlussnehmerverhältnis anschließend – der Begriff der Anschlussnutzung die Nutzung dieses Netzanschlusses zur Entnahme von Energie (hier: Erdgas). Da letzteres wiederum nicht nur vom Eigentümer der Kundenanlage selbst, sondern auch von anderen berechtigten Letztverbrauchern, (z.B. insbesondere Mietern) erfolgen kann, ist dieses Rechtsverhältnis als gesetzliches Schuldverhältnis ausgestaltet. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis kommt allein durch die Nutzung des Gasanschlusses zustande.<sup>52</sup>

Genau genommen können also drei Rechtsbeziehungen mit Anschlussbezug unterschieden werden: der Anschlussnutzungsvertrag, auf dessen Abschluss ein Anspruch besteht, die Anschlussnutzung als gesetzliches Schuldverhältnis (über das auch überlagernd ein Netzanschlussvertrag geschlossen werden kann) sowie die vertragliche Netznutzungsbe-

---

<sup>51</sup> Berberich, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 18 Rn. 14.

<sup>52</sup> Berberich, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 18 Rn. 16.

rechtiung die über den Lieferantenrahmenvertrag mit dem Grundversorger (= Gaslieferanten) abgeleitet werden, aber insbesondere mit Unternehmen auch vereinzelt gesondert abgeschlossen werden kann.

Abgesehen von diesem abgeleiteten Netznutzungsrecht bestehen diese Rechtsbeziehungen gänzlich unabhängig von den bestehenden vertraglichen Lieferverhältnissen zwischen dem Gaslieferanten (Grundversorger) und den Letztverbrauchern.

Hier stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen den VNB treffen, wenn er sowohl die Anschlussnutzung, als auch den Anschlusszugang nachträglich unterbindet und damit neben der Anschlussnutzung auch die Netznutzung beendet.

§ 18 Abs. 1 S. 2 EnWG regelt die Voraussetzungen für eine Verweigerung des Netzan schlusses insbesondere in Anschauung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz („wirtschaftliche Unzumutbarkeit“ für den VNB). Danach besteht der in § 18 Abs. 1 S. 1 EnWG geregelte Kontrahierungszwang nicht, wenn der Anschluss oder die Anschlussnutzung für den Betreiber des Energieversorgungsnetzes aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist.

Dem Wortlaut nach ist die Norm zeitlich nicht auf die Situation vor erstmaliger Anschlussnutzung beschränkt. Auch der (verfassungsrechtliche) Hintergrund der Regelung spricht für die Möglichkeit einer nachträglichen Verweigerung bei Unzumutbarkeit. Die Anschlusspflicht stellt nämlich eine Inhalts- und Schrankenbestimmung zum Eigentumsrecht des Netzbetreibers im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar, deren Verhältnismäßigkeit im Einzelfall durch entsprechende Ausnahmeregelungen wie § 18 Abs. 1 S. 2 EnWG gewährleistet ist. Über entsprechende Härtefallklauseln werden unzumutbare Belastungen (z. B. auf Grund einer besonders aufwändigen Anschlussgewährung bei fehlender Liquidität des Anschlussnehmers) vermieden.

Fraglich ist also, ob sich der (kommunale) Netzbetreiber hier mit Blick auf § 3 Abs. 2 KSG und Art. 20a GG nach erfolgtem Netzan schluss auf eine nachträgliches Recht zur Verweigerung des Netzan schlusses berufen kann. Für die Kündigung des Anschlussnutzungsverhältnisses bestehender Gaskunden kommt notwendigerweise nämlich nur eine nachträgliche Los- bzw. Auflösung in Betracht.

Eine entschädigungslose Loslösung nach § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG von dem Anschlussnutzungsverhältnis allein auf Grund des in § 3 Abs. 2 KSG formulierten Klimaziels ist nach unserer Auffassung nur schwer vertretbar.

Bereits der Wortlaut von § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG lässt als Ausnahme von der Pflicht zur Netznutzungsgewährung nämlich nur „wirtschaftliche Gründe“ zu. Dies eröffnet und gebietet zwar die Möglichkeit einer Einzelfallbetrachtung unter Abwägung aller im Einzelfall relevanten Belange. Die direktdemokratisch veranlasste Einflussnahme einer Kommune auf den (hoheitlich getragenen) VNB ist indes schon begrifflich nur über Umwege unter diesen betriebswirtschaftlich ausgerichteten Ausnahmetatbestand subsumierbar. Jedenfalls kann dies ohne Einzelfallbetrachtung nicht pauschal argumentiert werden.

Zwar hat der Bundesgerichtshof zur wirtschaftlichen Unzumutbarkeit nach § 17 Abs. 2 S. 1 EnWG entschieden, dass in die Einzelfallbetrachtung die gegenläufigen

Interessen des VNB und des Anschlussnutzers, unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG und der Grundsätze der Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie, einzubeziehen sind.<sup>53</sup>

Gleichwohl erscheint eine Loslösung nur mit Blick auf die nach § 1 Abs. 1 EnWG geforderte Umweltverträglichkeit der Allgemeinversorgung (und die Förderung Erneuerbarer Energien) vor dem Hintergrund der ebenfalls abzuwägenden Interessen des Anschlussnutzers nur denkbar, wenn die Möglichkeit einer ebenfalls diskriminierungsfrei zugänglichen Alternativversorgung (z.B. über ein kommunales Fernwärmenetz) eröffnet ist.

Es ist insbesondere deshalb problematisch, das Anliegen und den Auftrag eines Bürgerbegehrens auf die Ausnahmvorschrift des § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG zu stützen, weil diese eine Einzelfallbetrachtung unter Würdigung aller Einzelfalltatsachen fordert. Es wäre also nur nach einer (vorweggenommen) Einzelfallbetrachtung überhaupt evaluierbar, ob sich das Begehren, Letztverbrauchern die Anschlussnutzung zu verweigern, ohne konkrete Entschädigungsregelungen für die betroffenen Anschlussnutzer und -nehmer im „gesetzlichen Rahmen“ bewegt. Erst recht kommt als Loslösungsgrund der vom Anschlussnutzer genutzte Energieträger nicht in Betracht, da dieser dann für alle Anschlussnutzer die Regel darstellen würde.<sup>54</sup> § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EnWG (L-Gasversorgung) ist ebenfalls als Einfallstor zur Unterbindung einer erdgasbasierten Energieversorgung offenkundig ungeeignet.

Für die grundsätzliche Unzulässigkeit eines Eingriffs in laufende Lieferverträge sprechen auch die (politischen) Wertungen des Notfallplan Gas für die BRD<sup>55</sup> (Ziffer 7.1.2.7 - unterbrechbare Verträge). Dieser setzt selbst in einer Notlage beispielsweise die vertragliche Vereinbarung einer Versorgungs- bzw. Lastenreduktion voraus (vgl. § 14b EnWG). Eine solche Unterbrechung kann also nicht einseitig durch den VNB erfolgen. Eine außerordentliche Unterbrechung (beispielsweise nach § 313 BGB) bleibt unerwähnt (dazu sogleich unter D.II.1.ee).

Auch im Falle des festgestellten Notfalls, werden Maßnahmen, die letztverbrauchende Erdgaskunden ohne Alternative schlicht „vom Netz“ nehmen, nicht genannt (Notfallplan Gas für die BRD, Ziffer 8, S. 26 u. 27). Dies mag auch politische Gründe haben. Verfassungsrechtlich ist aber zu bedenken, dass das durch die gesetzliche Ausgestaltung (Kontrahierungszwang zulasten des VNB und Anschlussnutzung als gesetzliches Schuldverhältnis) geschützte Vertrauen der Anschlussnutzer eine Entschädigungsregelung erforderlich machen kann, wenn die Erwartung von Letztverbrauchern, eine Gastherme über einen längeren Zeitraum nutzen zu können, durch den VNB enttäuscht wird.

Eine (nachträgliche) Verweigerung des Netzzugangs kann daher nach unserer Auffassung – wenn überhaupt – schon mit Blick auf § 18 EnWG nur flankierend zu einem Anschluss- und Benutzungszwang (hinsichtlich des kommunalen Fernwärmenetzes) oder der umfassenden Förderungen z.B. von Wärmepumpen umgesetzt werden. Letzterem käme dann, wenn der Wärmepreis und die Umrüstkosten für den Letztverbraucher sich in einem

---

<sup>53</sup> BGH, Beschluss vom 23.06.2009 - EnVR 48/08, Rn. 24.

<sup>54</sup> Berberich, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 18 Rn. 34.

<sup>55</sup> Erlassen auf Grund von Art. 8 der VO (EU) 2017/1938.

zumutbaren Rahmen bewegen, nach unserer Auffassung eine (teilweise) entschädigende Wirkung zu.

Anders könnte die Lage in einer Situation zu beurteilen sein, in der Lieferengpässe für Gas drohen. In einer solchen Situation könnte sogar ein kommunaler Auftrag aus der öffentlichen Pflicht zur Daseinsvorsorge (Art. 28 Abs. 2 GG) abgeleitet werden, eine erdgasunabhängige Versorgung zu errichten. In einer entsprechenden Situation könnte ein Eingriff in laufende Schuldverhältnisse als Teil einer Vorsorgemaßnahme zugunsten der Gemeindeglieder gewertet werden und würde wesentlich geringeren verfassungsrechtlichen Hürden unterliegen. Bereits die Unzuverlässigkeit der bestehenden Versorgung kann nämlich für sich einen unzumutbaren Zustand darstellen. Klimaschutz und Versorgungssicherheit wären dann als Rechtsgüter der Allgemeinheit dem Schutzinteresse an und dem Vertrauen auf den Bestand von Anschlussnutzungsbeziehungen gegenüberzustellen. Dies kann aber wiederum nur dann abschließend bewertet werden, wenn die konkreten Umstände einer entsprechenden Versorgungskrise bekannt sind.

**Im Ergebnis** kann der Eingriff in bestehende Anschlussnutzungsverhältnisse nach der hier vertretenen Auffassung nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine alternative Versorgung diskriminierungsfrei und unter vergleichbaren Bedingungen<sup>56</sup> gewährleistet ist und über bestehenden kommunalen gesellschaftsrechtlichen Einfluss der Grundversorger (=Gaslieferant) in die Beendigung von Lieferbeziehungen über gesellschaftsrechtlichen Einfluss der Kommune einbezogen werden kann. Dies dürfte in der Praxis indes die Ausnahme darstellen und muss für den jeweiligen Einzelfall abschließend geprüft werden. Anders könnte die Situation im Falle drohender Versorgungsengpässe zu beurteilen sein.

#### *(dd) Netznutzungsverträge*

Der Begriff des Netznutzungsvertrags (vgl. § 20 Abs. 1 a S. 1 EnWG) beschreibt entsprechend dem Netznutzungsbegriff nach § 3 Nr. 28 EnWG sämtliche vertraglich geregelten Netznutzungskonstellationen. Im Wesentlichen können dabei drei Vertragskonstellationen unterschieden werden (vgl. § 20 Abs. 1a S. 1 EnWG): Lieferantenrahmenverträge und Netznutzungsverträge zur Einspeisung sowie zur Entnahme.<sup>57</sup>

Die tatsächliche Überschneidung dieser Rechtsverhältnisse auch mit dem Anschlussnutzungsverhältnis darf dabei nicht über die rechtliche Trennung der verschiedenen Rechtsbeziehungen täuschen.

Im Bereich der Gasversorgung schließt, wie oben (siehe II.1.b.cc) erläutert, der Letztverbraucher allerdings in der Regel keinen gesonderten Netznutzungsvertrag mit dem VNB, sondern sein Nutzungsrecht leitet sich von der Berechtigung des Energielieferanten (über dessen Lieferantenrahmenvertrag) ab.

Daher müssen die obigen Überlegungen zu den Loslösungs- und Anpassungsmöglichkeiten von Anschlussnutzungsverhältnissen und dem dadurch gleichsam betroffenen Lieferverhältnis auf die Netznutzungsberechtigung zur Entnahme übertragen werden. Denn

---

<sup>56</sup> Dabei kann der zu erwartende Anstieg der Kosten für fossile Energieträger einbezogen werden.

<sup>57</sup> Sauer, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 20 Rn. 114.

eine Störung der Netznutzungsberechtigung zur Entnahme von Erdgas hat für Gaskunden die gleichen Folgen wie die Verweigerung des Netzzugangs.

**Im Ergebnis** kommt also auch auf Grund bestehender Netznutzungsverträge nur die „doppelte“ Einflussnahme sowohl auf den (kommunal getragenen) VNB als auch auf den (kommunal getragenen) Grundversorger (Erdgaslieferanten) unter Inkaufnahme von Entschädigungsansprüchen von Gas-Bestandskunden und der Voraussetzung einer klimaschonenden Alternativversorgung in einer Weise in Betracht, die – wie hier untersucht – darauf abzielt Gaskunden endgültig „vom Netz zu nehmen“.

Eine CO<sub>2</sub> sparende Alternativversorgung kann dabei über ein Fernwärmenetz oder Umrüstung der betroffenen Liegenschaften z.B. auf Wärmepumpen erfolgen wobei für objektbezogene Maßnahmen zu beachten ist, dass die vereinzelte Förderung privater Objektversorgung innerhalb des Gemeindegebiets erheblichen finanziellen Aufwand bedeuten kann und a priori auch nur bei Gleichbehandlung aller Gemeindemitglieder zulässig wäre.

Wünschenswert, aber nicht über ein Bürgerbegehren erzwingbar, wäre, die genannten Rechtsbeziehungen für eine schrittweise Erdgasreduktion zu öffnen, also dem Vertrauen insbesondere des VNB, der Letztverbraucher und der Gaslieferanten auf die Kontinuität einer Erdgasversorgung zumindest die schuldrechtliche Grundlage zu nehmen. Eine vertragliche Öffnung von Lieferantenrahmenverträgen für eine (teilweise) Umstellung auf Wasserstoff oder „grünes Gas“ könnte auch mit dem Rechtsgedanken des § 113a Abs. 3 EnWG begründet werden. Denn dieser begünstigt den VNB insoweit, dass er die Anpassung von Konzessionsverträgen, die einer Umrüstung entgegenstehen, gesetzlich fest schreibt.

#### *(ee) Bestehende Gaslieferverträge*

Die hier geprüfte Maßnahme, mit der eine „Kündigung von Gaskunden“ direktdemokratisch veranlasst werden soll, ist unmittelbar darauf gerichtet, bestehende Gaslieferverträge zu beenden. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob dies im gesetzlichen Rahmen möglich ist. Dafür kommen insbesondere vertragliche Loslösungsrechte, die allgemeinen Anpassungs- und Kündigungsstatbestände (§§ 313, 314 BGB) aber auch eine einvernehmliche Vertragsaufhebung in Betracht.

Einleitend ist bereits erwähnt worden, dass ein Eingriff in bestehende Lieferverträge eines privaten Gaslieferunternehmens durch eine Zugangsbeschränkung (nur) für Gaskunden im Gemeindegebiet, namentlich durch Einflussnahme auf den (kommunalen) VNB und ohne die Schaffung eines hinreichend rechtssicheren Entschädigungs- und Ersatzregimes, erhebliche Ersatzansprüche – auch des Erdgaslieferanten gegen den kommunal getragenen VNB – nach sich ziehen könnte. Derer Grundversorger (=Erdgaslieferant) kalkuliert nämlich mit dem Erhalt von Lieferentgelten über die vereinbarte Liefervertragslaufzeit. Eine erzwungene Beendigung aller Lieferbeziehungen im Gemeindegebiet kann dabei für kleinere Grundversorger untragbar sein.

Auch im Rahmen des § 14b EnWG wird die Einbeziehung des Lieferanten in Lasten- und Bedarfsanpassungsvereinbarungen zwischen dem VNB und den angeschlossenen Letztverbrauchern als unumgänglich angesehen.<sup>58</sup> Dies ist schon mit Blick auf die Unzulässigkeit von Verträgen zu Lasten Dritter auch zutreffend.

Auch stellt ein von der Netznutzungsberechtigung des Lieferanten abgeleitetes Netznutzungsrecht zum Zwecke der Belieferung im Gasbereich den Regelfall dar, sodass die Rechtsbeziehungen im Gasbereich zwischen Letztverbrauchern, VNB und Grundversorgern bzw. Gaslieferanten eng verzahnt sind: Eine Kündigung von Gaskunden durch den Grundversorger hätte einen Ausfall von Netzentgelten zur Folge, eine Verweigerung des Netzanschlusses wiederum einen Ausfall von Lieferentgelten. Der faktische Ausschluss von Gas-Bestandskunden würde in das aus dem Lieferantenrahmenvertrag abgeleitete Netznutzungsrecht eingreifen.

Ein kommunaler Eingriff, der all diese Rechtsbeziehungen aufhebt oder gestaltet, wäre nur über den Umweg des § 313 BGB i. V. m. Art. 20a GG, aber auch und gerade wegen drohender Gaslieferengpässe, denkbar:

Nach der neuesten höchstrichterlichen Rechtsprechung können weitreichende Systemkrisen zu einer Störung der Geschäftsgrundlage von Dauerschuldverhältnissen führen. Ein mit solchen Krisen verbundenes tiefgreifendes, unvorhersehbares und existenzgefährdendes Risiko kann danach regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden und muss daher von den Beteiligten gemeinsam getragen werden.<sup>59</sup> Dies setzt indes voraus, dass das verwirklichte Risiko nicht gesetzlich oder anderweitig einer Vertragspartei oder Dritten „zugewiesen“ ist.

Unserer Ansicht nach liegen diese Voraussetzungen für Gaslieferverträge derzeit teilweise vor. Aktuell drohen Gaslieferengpässe, mit denen keiner zum Zeitpunkt des Vertragschlusses hätte rechnen können und deren Eintritt regelmäßig vertraglich nicht geregelt worden ist. Auf Grund dieser Situation ist bereits die erste Warnstufe des Notfallplan Gas für die BRD ausgerufen worden.

§ 313 BGB kann hier aber nur insoweit Anwendung finden, als zur Umsetzung des Notfallplans Gas keine Maßnahmen getroffen werden, die eine Risikoverteilung zwischen den Marktbeteiligten der Erdgasversorgung bewirken (sollen). Entsprechende Maßnahmen würden das genannte Risiko außervertraglich ausgleichen und § 313 BGB mithin verdrängen.

Ist dies nicht der Fall, gilt: Sowohl die Klimakrise als auch drohende Gaslieferengpässe haben so tiefgreifende, unvorhersehbare und außerhalb der Verantwortungssphäre beider Vertragsparteien liegende, potentiell existenzgefährdende Eingriffe in die vertragliche vorausgesetzte Erdgas-Verfügbarkeit zur Folge, dass die Nachteile nach unserer Auffassung

---

<sup>58</sup> Höhne, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 14b Rn. 15.

<sup>59</sup> BGH Urteil v. 12.01.2022 - XII ZR 8/21 - NZM 2022, 99 Rn. 55 m. w. N (im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie).

von den Vertragsparteien solidarisch zu tragen sind. Ob im Einzelfall eine Vertragsanpassung als milderer Mittel gegenüber einer Vertragsbeendigung vorgeht, kann hier indes nicht abschließend bewertet werden.

Zu beachten bleibt jedoch auch dabei, dass Gaslieferverträge regelmäßig mit Netznutzungsverträgen verknüpft sind, zu deren Abschluss der VNB grundsätzlich verpflichtet werden kann (§§ 17, 18, 20 EnWG). Letzteres stellt eine (Bundes-) Gesetzgeberische Entscheidung im Sinne einer Risikobegrenzung auch für Situationen dar, in denen der VNB diesen Anspruch nur unter wirtschaftlichen Einbußen, aber noch im zumutbaren Rahmen erfüllen kann. Die Möglichkeiten die § 313 BGB hier eröffnet, sind also nach unserer Auffassung bereits durch eine umfassende gesetzliche Regulierung begrenzt auf unzumutbare Situationen, vgl. § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG.

An dieser Stelle besteht mithin Handlungsbedarf des Bundesgesetzgebers. Solange dieser nicht tätig wird, ist mit der Geltendmachung bestehender Ansprüche zu rechnen und das Vertrauen auf deren Erfüllung und rechtliche Erfüllbarkeit unverändert geschützt.

Die gleichen Erwägungen gelten für die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit nach § 314 BGB aus wichtigem Grund.

Darüber hinaus müsste der Grundversorger oder die Gemeinde selbst seinen Gaskunden, deren Kündigung hier schließlich angestrebt ist, eine klimaschonende Alternativversorgung zu Bedingungen anbieten können, die angemessen, also zumutbar im engeren Sinne wäre, um eine außerordentliche Kündigung oder Vertragsanpassung dieser Lieferverhältnisse nach § 313 BGB im „gesetzlichen Rahmen“ kommunal überhaupt erzwingen zu können.

Auch bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung der Kommune an Grundversorger und VNB, die es erst ermöglicht, unmittelbar auf die jeweiligen juristischen Personen oder Personenmehrheiten über Bürgerbegehren hoheitlichen Einfluss zu nehmen, ist der gemeindliche Träger nämlich nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG an Grundrechte und Verfassungsprinzipien, wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, gebunden.

Die Voraussetzung einer alternativen Wärmeversorgung müssten durch die Kommune (und nicht durch den Grundversorger) geschaffen werden (Fernwärmenetz, Wärmepumpen, Geothermie, P-t-H-Anlagen etc.).

Schließlich ist zwar – soweit gesellschaftsrechtlicher Einfluss der Kommune sowohl auf den VNB als auch auf den Grundversorger besteht (B.II.2.b.) – neben dem nur ausnahmsweise zulässigen Rückgriff auf § 313 BGB, möglich, sowohl auf den VNB als auch auf den Gaslieferanten (kommunalen) Einfluss in der Weise auszuüben, dass eine einvernehmliche Vertragsanpassung im Verhältnis zwischen dem VNB und dem Gaslieferanten in Form von Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB) erfolgt, die das entstehende finanzielle Risiko unter diesen beiden Marktteilnehmern verteilt. Diese Kooperationslösung unter Einbeziehung aller Beteiligten erscheint uns vor dem gestiegenen gesellschaftlichen Bewusstsein für die Endlichkeit der Erdgasversorgung auch nicht unrealistisch. Ob sie möglich ist, hängt dann aber von den Umständen des jeweiligen Falles, wie beispielsweise die Einbindung des jeweiligen Verteilernetzes in einen Netzverbund (vgl. D.II.3.b.cc), ab.



Da allerdings Gaslieferverträge nicht zwischen dem VNB und dem Gaslieferanten (Grundversorger), sondern zwischen letzterem und den Gemeindemitgliedern (bzw. Letztverbrauchern) bestehen, können Gaslieferverträge auf diese Weise nicht einvernehmlich beendet werden. Eine einseitige Kündigung durch den Energielieferanten ist also nur in den oben genannten engen Grenzen (§§ 313, 314 BGB) möglich.

**Im Ergebnis** ist eine einseitige Kündigung mit dem Ziel, Treibhausgasemissionen zu reduzieren, nach derzeitiger Rechtslage also nur in Ausnahmefällen denkbar. Entsprechend kann eine solche in der Regel auch nicht direktdemokratisch veranlasst werden. Selbst wenn eine solche im Einzelfall zulässig wäre, müsste dies in der Weise zur Abstimmung gebracht werden, dass die Kommune auf eine Entscheidung des Gaslieferanten hinzuwirken, Verträge unter Berufung auf §§ 313, 314 BGB zu kündigen. Da die Voraussetzungen dieser Vorschriften allerdings für jeden Vertrag gesondert vorliegen müssen, ist bereits äußerst fraglich, ob ein entsprechend allgemeines Begehren überhaupt hinreichend bestimmt wäre. Dieser Ansatz ist mithin nicht praktikabel.

#### *(ff) § 11 EnWG*

Schließlich ist zu prüfen, ob die Regelung des § 11 EnWG, die unter anderem den Ausbau und den Betrieb von Verteilernetzen regelt, einer Kündigung von Gasbestandskunden durch den Gaslieferanten bzw. der Netznutzungsverträge durch den VNB entgegensteht.

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG ist der VNB verpflichtet, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Netz bedarfsgerecht zu betreiben, zu warten, zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit dies wirtschaftlich zumutbar ist. Ein Eingriff in die dargelegten Rechtsbeziehungen gefährdet die Erfüllung dieser Pflicht nicht.

Die Regelung steht einer Kündigung von Gas-Bestandskunden also zwar nicht unmittelbar im Wege. Sie ist aber nicht für den Fall geschaffen worden, dass der Netzbetreiber trotz bestehenden Bedarfs das Netz stilllegt (oder aus politischen oder klimatischen Gründen stilllegen soll). Daher würde der VNB, auch wenn er kommunal getragen ist, nach richtiger Ansicht gegen seine Pflichten aus § 11 EnWG verstoßen, wenn er sein Netz trotz bestehenden Bedarfs sukzessive stilllegt und so Gas-Bestandskunden faktisch von der Versorgung ausschließen würde.<sup>60</sup>

**Im Ergebnis** steht § 11 EnWG einer Kündigung von Gaskunden zwar nicht entgegen. Die Vorschrift steht aber der sich daraus ergebenden Folge, namentlich einer Stilllegung und dem Rückbau des Gasnetzes entgegen. Hier besteht nach unserer Auffassung dringlicher Handlungsbedarf des Bundesgesetzgebers. Denn der Rückbau einer fossilen Energieversorgung muss auch vom Gesetz als unter Umständen erforderliche und zweckmäßige Maßnahme anerkannt werden.

#### *(gg) Zwischenergebnis*

---

<sup>60</sup> So auch: Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 19.

Ein Eingriff in die bestehenden Rechtsbeziehungen und insbesondere die Lieferbeziehungen ist nur unter Einbeziehung aller Beteiligten, die über diese Rechtsbeziehungen verbunden sind, möglich. Ohne Einvernehmen aller Beteiligten müsste der Gaslieferant besondere Loslösungsrechte (§§ 313, 314 BGB) bemühen und/oder erhebliche Entschädigungsleistungen in Kauf nehmen. Ein Bürgerbegehren, das sich auf die rechtswidrige Unterbrechung von Verträgen richtet, wäre indes nicht zulässig. Ein Eingriff unter Inkaufnahme von Entschädigungsansprüchen könnte also kommunal zwar vollzogen, über ein Bürgerbegehren aber nicht erzwungen werden. Möglich wäre aber in der Konstellation B.II.2.a eine einvernehmliche Vertragsanpassung in dem Verhältnis VNB – Grundversorger (/Lieferant) zu erzwingen. Dadurch bleiben aber die bestehenden Gaslieferverträge zwischen dem Gaslieferanten (Grundversorger) und den Letztverbrauchern unberührt, so dass für deren Beendigung auch §§ 313, 314 BGB oder vertragliche Sonderkündigungs- oder anpassungsrechte bemüht werden müssten.

Ohne Anpassung der bundesrechtlichen Vorschriften erscheint der Ansatz, den Gaslieferanten zur Kündigung bestehender Lieferverträge zu veranlassen, nach unserer Auffassung daher rechtlich zu unsicher um praktikabel zu sein.

## **(2) *Verfassungsrechtliche Schranken***

Im Gegensatz zu den zuvor geprüften einfachgesetzlichen Hürden (insbesondere des EnWG), die der Bundesgesetzgeber mit einfacher Mehrheit beseitigen könnte, ist der verfassungsrechtliche Rahmen nur durch ein Bundesgesetz, für das zwei Drittel der Mitglieder des Deutschen Bundestages und zwei Drittel der Stimmen des Bundesrates stimmen müssen, geändert werden (Art. 79 Abs. 2 GG). Dies gilt aber auch nur, soweit dadurch nicht die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden (Art. 79 Abs. 3 GG).

Zu prüfen ist mithin, welche absoluten verfassungsrechtlichen Grenzen für Maßnahmen auf kommunaler Ebene zu beachten sind. Gemeinden sind nämlich als Körperschaften des öffentlichen Rechts an Grundrechte unmittelbar gebunden (Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG).

Zunächst sind dafür die verfassungsrechtlich gewährten kommunalen Spielräume zu bestimmen, die den betroffenen Grundrechten gegenüberstehen können oder einen Eingriff von vorneherein bereits verfassungsrechtlich untersagen.

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht beinhaltet das Recht, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln, was den Gemeinden wiederum die Aufgabenwahrnehmung innerhalb des eigenen Gemeindegebietes bzw. den Aufgabenbestand zusichert. Dazu gehören die Bedürfnisse und Interessen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln und auf diese einen spezifischen Bezug haben. Dies betrifft grundsätzlich alle Angelegenheiten, deren Zuständigkeit nicht schon gesetzlich anderen Trägern des öffentlichen Rechts zugewiesen worden ist.

Insoweit haben Gemeinden bei der Ausführung ihrer Aufgaben Ermessen und somit im Rahmen der Gesetze einen gewissen Gestaltungsspielraum. Dazu gehören die einzelnen

Hoheitsrechte wie Gebietshoheit, Planungshoheit, Organisationshoheit, Kooperationshoheit, Personalhoheit, Finanzhoheit und Satzungshoheit.

Im Hinblick auf die Energieversorgung als „örtliche Angelegenheit der Daseinsvorsorge“ trifft eine Gemeinde die in Art. 28 II GG begründete Gewährleistungsverantwortung. Das gilt auch, wenn das Verteilernetz durch Private betrieben wird. Die Gemeinde darf in diesem Fall den Netzbetrieb auslagern, trägt aber dennoch die hoheitliche Pflicht, eine ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgabe sicher zu stellen. In Fällen, in welchen kein Unternehmen etwa aus Kostengründen bereit ist, das Netz zu betreiben, folgt aus der Gewährleistungsverantwortung im Bereich der Strom und Wasserversorgung eine „Auffangverantwortung“, das heißt die Pflicht der Gemeinden den Netzbetrieb selbst zu übernehmen.<sup>61</sup>

Dies gilt für den Betrieb von Gasnetzen allerdings nicht uneingeschränkt, da – anders als es die gesetzlichen Regelungen vermuten lassen – kein flächendeckendes Gasnetz mit einer Zugangsmöglichkeit für jedermann besteht. Wenn also ein kommunales (Fern-)Wärmenetz betrieben wird oder andere alternative / (Quartiers-) Lösungen (z.B. mittels Wärmepumpen etc.) gemäß den Ergebnissen der kommunalen Wärmepfanung möglich sind oder bestehen, entfällt selbstverständlich auch die verfassungsrechtliche Pflicht zum Fortbetrieb des (nicht vorhandenen) Gasverteilernetzes. Eine andere Frage ist, wann die Pflicht zum Fortbetrieb eines bestehenden Netzes besteht, obwohl kein tatsächlicher Bedarf im Gemeindegebiet besteht. Eine solche Pflicht kann zwar aus §§ 11, 15, 16a EnWG folgen, dabei handelt es sich aber nicht um konkretisiertes Verfassungsrecht, sodass diese Vorschriften keine absolute verfassungsmäßige Grenze darstellen (dazu im Einzelnen unter D.II.3.b.cc).

Mithin stehen den hier in Betracht kommenden Grundrechteingriffen zwar auch verfassungsrechtliche Rechte und Pflichten der Gemeinden gegenüber. Gleichzeitig besteht nur der Kernbereich nach Art. 28 Abs. 2 GG als absolutes Schutzgut von Verfassungsrang, sodass lediglich (bundesgesetzgeberische) Regelungen unzulässig sind, die eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen im Keim ersticken würden. § 46 EnWG zeigt, wie weitreichend die kommunale Allzuständigkeit beschränkt werden kann, denn danach steht es einer Gemeinde beispielsweise nicht zu, die Konzessionsvergabe nach den strengen gesetzlichen Vorgaben zu unterlassen und das Netz sodann selbst zu betreiben.

Im Folgenden sind die durch eine Beendigung bestehender Gas-Lieferbeziehungen regelmäßig zu erwartenden Grundrechtsbeeinträchtigungen summarisch dargestellt. Eingegangen wird hier auf die Pflicht zur Daseinsvorsorge, den aus Art. 14 GG folgenden Vertrauensschutz, die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und das Gebot der Technologieoffenheit (Art. 3 Abs. 1 GG).

#### *(aa) Daseinsvorsorge (/Versorgungssicherheit) als kommunale Aufgabe*

---

<sup>61</sup> Wolters/Frey: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, KommJur 2017, 285.

Der Begriff der „Daseinsvorsorge“ ist im Grundgesetz nicht erwähnt. Er kann – wie oben dargelegt – in seinem Kern aus Art. 28 Abs. 2 GG abgeleitet werden und als Konkretisierung der Schutzpflicht bzgl. des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) verstanden werden.<sup>62</sup> Nach der traditionellen kommunalrechtlichen Aufgabendefinition sind Kommunen zur Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen verpflichtet. Der Betrieb kommunaler und städtischer Wärme- und Gasnetze sowie von Anlagen zur Strom- und Wärmeerzeugung ist danach Teil der Selbstverwaltungsaufgaben und verpflichtet die Gemeinde zumindest zu einer auf Kontinuität und Sicherheit gerichteten Investitionspolitik.<sup>63</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>64</sup> ist die Versorgung mit Energie „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.

Aus diesem Grunde dürfte – wie oben bereits angedeutet – eine Stilllegung der Gasversorgung ohne Schaffung einer zumindest teilweisen Alternativversorgung in der Regel als Verstoß gegen diese Leistungspflicht bzw. mangels Kompensation als unverhältnismäßig zu bewerten sein. Das ist dann nicht der Fall, wenn eine Reduktion der Erdgasnutzung vom Aufbau einer wirtschaftlich tragbaren, sicheren und klimaschonenden anderweitigen Energieversorgung flankiert würde (z.B. die Errichtung und der Ausbau eines Fernwärmenetzes).<sup>65</sup>

Auch nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>66</sup> ist es unter Beachtung des Gebots der Technologieoffenheit zunächst eine politische Entscheidung, mit welchen Energieträgern eine sichere und umweltverträgliche Versorgung gewährleistet wird. Der Gesetzgeber und auch eine Kommune hat insoweit eine Einschätzungsprärogative. Auch besteht europarechtlich für Erdgas keine der Stromversorgung entsprechende staatliche Pflicht zu einer flächendeckenden Grundversorgung.<sup>67</sup>

**Im Ergebnis** bestehen durch Art. 28 GG mithin keine absoluten Hindernisse, die Erdgasversorgung auf kommunaler Ebene vollständig zu verdrängen. Entscheidend ist, dass dies nicht ersatzlos geschieht, sondern ein schonender Übergang durch einen schrittweisen Übergang gewährleistet ist.

*(bb) Vertrauensschutz (Eigentum, Investitionsschutz), Art. 14 GG*

Ferner kommt ein Eingriff in eine durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition der betroffenen Privaten (VNB, Erdgaslieferanten, letzterverbrauchende Unternehmen) durch eine „erzwungene Beendigung“ bestehender Gaslieferverhältnisse in Betracht.

---

<sup>62</sup> Vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 20.03.1984 - 1 BvL 28/82.

<sup>63</sup> Theobald/Kühling/Theobald, 111. EL April 2021, EnWG § 1, Rn. 17

<sup>64</sup> BVerfG Beschluss vom 10. September 2008 - 1 BvR 1914/02, Rn. 12 m. w. N.

<sup>65</sup> So auch: Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 20.

<sup>66</sup> BVerfG, Urteil v. 17.12.2013 - 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08.

<sup>67</sup> Dazu ausführlich: Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 27 vom 30.03.2022, S. 20f.

*aaa) Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 GG*

Der Eigentumsschutz des Art. 14 GG umfasst auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Geschützt sind nicht nur der eigentliche Bestand des Betriebs, also nicht nur die Betriebsgrundstücke und -räume, die Einrichtungsgegenstände, Anlagen, Warenvorräte und Außenstände, sondern auch die geschäftlichen Verbindungen und Beziehungen und der Kundenstamm, also „alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes ausmacht“.<sup>68</sup>

Hier ist der Fall zu untersuchen, dass eine Gemeinde eine nach Bundesrecht bislang „stabile“ öffentlich-rechtlichen Rechtsposition als Grundlage einer gewerblichen Betätigung nachträglich unsicher macht: Durch die umfassende Regulierung der hier betroffenen Rechtsverhältnisse, zu deren Abschluss und Vollzug der VNB und der Grundversorger (= Energielieferant) gesetzlich verpflichtet sind, hat der Bundesgesetzgeber eine öffentlich-rechtliche Vertrauensposition geschaffen, die darin besteht, dass die beteiligten Privaten Investitionen tätigen und dafür eine gesetzlich vorgesehene Gegenleistung (Netz- oder Lieferentgelte) erwarten dürfen.

In derartigen Fällen entsteht auf der Grundlage einer gefestigten verwaltungsrechtlichen Erlaubnis- oder Benutzungsordnung eine Rechtsposition, die (mittlerweile) unstreitig den Eigentumsschutz des Art. 14 GG genießt.<sup>69</sup>

All dies gilt auch bei kommunaler Beteiligung an einer privaten juristischen Person oder Personenmehrheit, da diese durch die Grundrechtsbindung ihrer Träger (die Kommune) nicht vollständig ihren Grundrechtsschutz verliert.

In der vorliegend geprüften Konstellation, besteht zugunsten des VNB eine Verknüpfung von unternehmerischer Eigenleistung mit einem öffentlich-rechtlichen Rahmen, der ihm Vertrauensschutz gewährt. Der Gewerbetreibende hat in solchen Fällen seine privatwirtschaftlichen Investitionen regelmäßig im Vertrauen auf den Bestand seiner gefestigten öffentlich-rechtlichen Position getätigt.

Gerade in diesen Fällen gewährt Art. 14 GG vermögensrechtlichen Vertrauensschutz. Dies bedeutet für die hier vorliegende Konstellation, dass beispielsweise Gewinnerwartungen des VNB, zu denen die Regelungen des EnWG berechtigter Weise veranlassen (konnten), nur dann rechtmäßig durch hoheitliche Eingriffe enttäuscht werden können, wenn Übergangs-, Ausgleichs- und Härtefallregelungen oder -maßnahmen getroffen werden, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren.<sup>70</sup>

*bbb) Rechtfertigung*

---

<sup>68</sup> Papier/Shirvani, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL Juli 2021 Art. 14 Rn. 200f.

<sup>69</sup> Papier/Shirvani, in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 95. EL Juli 2021 Art. 14 Rn. 212 f.

<sup>70</sup> BVerfG, 1 BvR 2821/11, 5. Leitsatz.

Grundsätzlich kann der Gesetzgeber allerdings neue Rechte einführen und auch das Entstehen von Rechten, die nach bisheriger Rechtslage bestanden, für die Zukunft ausschließen, ohne dass dies zwangsläufig unverhältnismäßig wäre. Im Übrigen garantiert Art. 14 Abs. 1 GG betroffenen Unternehmen ebenso wenig wie andere Grundrechte den Erhalt einer Gesetzeslage, die ihnen günstige Marktchancen sichert.<sup>71</sup> Die eigentumsfähige Rechtsposition des Gewerbetreibenden ist also nicht vor jeder Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) geschützt.

Der Gesetzgeber muss aber die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, also insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip und das Abwägungsgebot beachten; er muss der grundgesetzlichen Verbürgung des Instituts „Privateigentum“ und damit auch des spezifischen Vertrauensschutzes auf vermögensrechtlichem Gebiet hinreichend Rechnung tragen.

Für die hier untersuchten Maßnahmen auf kommunaler Ebene muss die Gemeinde daher einen abrupten und entschädigungslosen Übergang in die neue Ausrichtung der jeweiligen kommunalen Wärme- und Energieversorgung vermeiden. Ausgleichs- und Übergangsbestimmungen oder eine Alternativversorgung zu vergleichbaren Bedingungen sind also – soweit möglich – stets zu schaffen.

Dies gilt grundsätzlich zwar auch für den Anspruch des Kunden / bzw. Eigentümers einer Kundenanlage auf Anschluss und Nutzung seiner „Gastherme“ nach §§§ 17, 18 EnWG. Ob es allerdings unverhältnismäßig wäre, wenn Kunden in eine Gastherme investieren, die sie anschließend nicht nutzen können, kann nur am Einzelfall entschieden werden. Die Anschaffung einer später nicht nutzbaren Gastherme ist dabei im Einzelfall ohne Weiteres kompensationsfähig.

Grundsätzlich gilt, dass in die Verhältnismäßigkeitsprüfung alle Rechtsgüter mit Verfassungsrang einzubeziehen sind. Der Schutz des Klimas ist mit Art. 20a GG verfassungsrechtlich verankert und einfachgesetzlich in § 3 Abs. 2 KSG festgeschrieben. Die weitreichende Bedeutung des Art. 20a GG auch für Freiheitsrechte (wie Art. 14 GG) hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 24.03.2021 (1 BvR 2656/18) bestätigt. Dieser ist nach § 31 Abs. 1 BVerfG für alle Träger hoheitlicher Gewalt zu beachten.

Letztlich werden Eingriffe in bestehende netzbezogene Rechtspositionen indes unumgänglich sein. Denn die derzeitige Rechtslage ist nicht auf eine Reduktion der Gasversorgung und des dafür errichteten Netzes ausgerichtet. Vielmehr sind Rückbaumaßnahmen überhaupt nicht Bestandteil der bestehenden Regelungen. Insoweit können sich die beteiligten Privaten derzeit (noch) auf dieses Verständnis zurückziehen und können sich dafür auf die bestehenden Regelungen des EnWG berufen.

Daher sind allgemeine Übergangsmaßnahmen oder Regelungen jedenfalls zugunsten des Netzbetreibers erforderlich, der nur im Gemeindegebiet ein Netz betreibt. Dieser hat zwar mit Blick auf § 3 Abs. 2 KSG kein uneingeschränkt berechtigtes Vertrauen darauf, dass er sein Netz ewig unter gleichen Bedingungen betreiben können wird. Seine Rechtsposition ist aber durch die GasNEV und das EnWG – wie oben dargelegt – derart hoheitlich „geformt“, dass er insoweit in seinem Vertrauen geschützt ist und einen Anspruch auf einen

---

<sup>71</sup> So wörtlich: BVerfG, 1 BvR 2821/11 = NJW 2017, 217, Rn. 269, 270.

möglichst schonenden Übergang hat, als er selbst schließlich auch dazu verpflichtet ist (z. B. nach § 11 EnWG) das Netz bedarfsgerecht auszubauen oder (z.B. nach §§ 17, 18 EnWG) eine Anschlussmöglichkeit zu eröffnen.

Auch könnten sich VNB überdies darauf berufen, dass § 113a EnWG ihnen berechtigtes Vertrauen auf die Möglichkeit einer schrittweisen Umrüstung hin zu einem Wasserstoffnetz vermittelt. Ob dieses vermittelte Vertrauen politisch sinnvoll ist, muss hier dahinstehen. Jedenfalls kann eine Gemeinde sich aber nicht über diese bundesgesetzgeberische Wertung hinwegsetzen. So muss jedenfalls die Möglichkeit geprüft werden, ob eine (teilweise) Umrüstung des jeweiligen Verteilernetzes in Betracht kommt, bevor es stillgelegt und zurückgebaut wird.

**Im Ergebnis** können die denkbaren Fallgestaltungen einer Eigentumsbeeinträchtigung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, wenn unzumutbare Härtefälle vermieden und Übergangslösungen geschaffen werden. Ein Anspruch der beteiligten Unternehmen auf den ewigen Fortbestand der aktuellen Sach- und Rechtslage besteht nicht.

*(cc) Berufsfreiheit, Art. 12 GG*

Weiter kommt ein Eingriff in die Berufsfreiheit der VNB und des Grundversorgers bzw. Gaslieferanten durch eine Maßnahme, die im Ergebnis die Stilllegung des Netzes zur Folge haben würde, in Betracht.

Hier gelten für die Gesamtheit aller denkbaren Einzelfälle die gleichen allgemeinen Erwägungen wie im Rahmen von Art. 14 GG. Denn der Schutz der Berufsfreiheit für die unternehmerische Betätigung reicht nicht weiter als der des Eigentumsrechts für die berufliche Nutzung eines eingerichteten Gewerbebetriebs.<sup>72</sup> Auch in den Schutzbereich von Art. 12 GG würden die hier untersuchten Maßnahmen also eingreifen. Ein solcher Eingriff kann aber durch Übergangslösungen – wie im Rahmen von Art. 14 GG – gerechtfertigt sein.

Höhere Anforderungen auf Rechtfertigungsebene müsste der eingreifende Hoheitsträger im Rahmen von Art. 12 GG dann beachten, wenn seine Maßnahme ein eigenes Berufsbild sukzessive abschaffen würde. Das ist hier aber nicht Fall, da der (Verteiler-) Netzbetrieb kein auf eine Nutzung von Erdgas zugeschnittenes „eigenes“ Berufsbild darstellt. Vielmehr zeigt auch § 113a EnWG, dass das Berufsbild des (Verteiler-) Netzbetreibers unabhängig von dem durchgeleiteten Energieträger ist.

Im Übrigen ist in § 3 Abs. 2 KSG ohnehin die sukzessive Verdrängung eines Berufsbildes angelegt. Insgesamt werden im Zuge der Umsetzung des KSG Berufsbilder, die nur auf die Förderung und den Vertrieb fossiler Energieträger zugeschnitten sind (und damit ein eigenes Berufsbild darstellen), verdrängt werden.

**Im Ergebnis** ist also regelmäßig auch keine Verletzung von Art. 12 GG gegeben.

*(dd) Verstoß gegen das „Gebot der Technologieneutralität“, Art. 3 Abs. 1 GG*

---

<sup>72</sup> BVerfG, 1 BvR 2821/11 = NJW 2017, 217, Rn. 391.

Schließlich kommt hier als typischerweise betroffenes Grundrecht der Gleichheitssatz nach Art. 3 GG, und zwar in erster Linie durch eine Verletzung des Gebots der Technologieoffenheit des Staates, in Betracht.

Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 GG folgt hier nicht daraus, dass nur eine Kommune Maßnahmen ergreift, von denen dann die benachbarten Gemeindemitglieder nicht betroffen wären. Denn eine rechtswidrige Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG liegt nicht vor, wenn die verglichenen Sachverhalte von zwei personenverschiedenen Trägern öffentlicher Gewalt geregelt werden. Der Gleichheitssatz bindet eine Gebietskörperschaft also allein in ihrem Zuständigkeitsbereich. Eine Gemeinde verletzt den Gleichheitssatz also nicht dadurch, dass eine andere Gemeinde den „gleichen“ Sachverhalt anders behandelt.<sup>73</sup>

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Sinne einer Verletzung des Gebots der Technologieoffenheit liegt durch die hier untersuchte Maßnahme (Beendigung von Gaslieferungsverträgen) nicht vor.

Dieses Rechtsprinzip richtet sich „nur“ auf die Gleichbehandlung verschiedener gleichwertig klimaschonender Technologien. Dadurch soll also ein „technologisches Dogma“, dass nicht auf objektiven Erkenntnissen beruht, vermieden werden. Dieser Grundsatz verbietet indes „nur“ die Verteilung von Leistungen nach unsachlichen Gesichtspunkten.

Mit Blick auf Art. 20a GG begrenzt und versachlicht der Grundsatz der Technologieoffenheit als Rechtsprinzip staatliches Handeln vor dem Hintergrund des zu erreichenden Ziels der Treibhausgasneutralität. Jede Energiequelle, die gleichwertig klimaschonend eingesetzt werden kann, ist demgemäß gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat insoweit, anders als bei der typischen gewährenden Ausübung hoheitlicher Rechte, keinen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum. Daraus folgt, dass jene Techniken und Energieträger, die CO<sub>2</sub> reduzieren können bzw. weniger CO<sub>2</sub> emittieren als andere, diskriminierungsfrei, gleich und transparent behandelt werden müssen. Wenn nämlich ein vergleichbares Einsparpotential im Vergleich zu Gas gegeben ist, kann vor dem Hintergrund der zahlreichen einflussgebenden Faktoren niemand vorhersagen, welche Technik sich in welchem Maße als besonders effizient bei der CO<sub>2</sub>-Einsparung erweist und welche nicht.<sup>74</sup> Einer Technologie darf also nur dann Vorrang eingeräumt werden, wenn feststeht, dass die konkurrierende Technologie unter Einbeziehung aller mittelbaren Faktoren geringere Einsparungen erzielen wird.

Im Ergebnis würde dieser Grundsatz aber nach unserer Auffassung keinesfalls durch einen schrittweisen Ausstieg aus der Erdgasversorgung verletzt. Denn nach dem Stand der Technik ist es (auch bei CO<sub>2</sub>-Abscheidung und -Speicherung) nicht möglich, fossile Energieträger weiter zu nutzen und gleichzeitig Treibhausgasneutralität zu erreichen. Gleichzeitig ist nicht ersichtlich, dass eine flächendeckende Versorgung mit Wasserstoff oder grünem Gas in hinreichend kurzer Zeit etabliert werden kann. Letzteres erscheint schon auf Grund

---

<sup>73</sup> Es ist aber im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, dass eine „nur“ kommunale Maßnahme auch nur einen anteilig überschaubaren Einfluss auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen im gesamten Bundesgebiet hat.

<sup>74</sup> So Schwintowski: Der Grundsatz der Technologieoffenheit als Rechtsprinzip EWeRK 2019, 182, 186 f.



der Verknüpfung der verschiedenen Netzebenen, dessen durchgeleitete Medien nicht voneinander getrennt sind, fraglich.

*(ee) Zwischenergebnis*

Verfassungsrechtlich ist für einen kommunalen Ausstieg aus der Erdgasnutzung zur Wärmeversorgung insbesondere ein schonender Übergang unter Beachtung bereits bestehender Rechtsbeziehungen erforderlich. Eine abrupte Kündigung oder sonstige Beendigung bestehender Lieferverhältnisse mit dem Ziel, die Erdgasversorgung schlagartig zu unterbrechen, würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 12, 14 GG bedeuten und würde nach traditioneller Auffassung die gemeindlichen Daseinsvorsorgepflicht als Schutzpflicht für das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) verletzen. Besondere Bedeutung hat also der Ausbau eines alternativen und emissionsarmen Fernwärmenetzes, einer energiesparenden Objektversorgung (sog. Contracting) oder die Entwicklung von Quartierslösungen. Dieser verfassungsrechtlich gebotene „Hebel“ könnte auch über ein Bürgerbegehren aufgegriffen werden.

Vor diesem Hintergrund steht Verfassungsrecht einem Eingriff in laufende Verträge nicht unüberwindbar entgegen, bereitet aber insbesondere mit Blick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhebliche Hürden. Insoweit auch die aktuelle energiepolitische Situation zu bedenken: Sollte die Erdgasversorgung aus Gründen, die nicht dem Klimaschutz zuzuordnen sind, „einbrechen“ oder reduziert werden, kann von Gemeinden nicht verlangt werden, einen „schonenden Übergang“ zu gewährleisten, der durch die tatsächlichen Umstände gar nicht möglich ist.

***(3) Kopplungsverbot und Gesamtbewertung der Umsetzbarkeit***

Für die Zulässigkeit von direktdemokratischen Initiativen ist neben dem einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen unter anderem auch das sogenannte Kopplungsverbot zu beachten. Das Kopplungsverbot bezeichnet das (in der Regel landesrechtliche) Verbot, verschiedene Anliegen in einem Bürgerbegehren zur Abstimmung zu bringen. Mit einem Bürgerentscheid soll der Wille der Bürger in einem konkreten Punkt gleiche Bindungswirkung wie ein Gesetz bzw. ein Beschluss des Gemeinderats (usw.) erlangen können. Dafür muss es dem Bürger möglich sein, sich zu einer konkreten Frage eindeutig zu äußern. Würden hingegen in ein- und derselben Abstimmungsvorlage mehrere verschiedene Fragen abgehandelt, würde dem Bürger die Möglichkeit genommen, seine Stimme für den einen, aber gegen den anderen Vorschlag abzugeben. Die Zustimmung des Bürgers zu einer Vorlage könnte zum gleichzeitigen „Durchdrücken“ einer ganz anderen Vorlage missbraucht werden. Deshalb dürfen in einer Vorlage nicht mehrere Fragen, die nicht in einem sachlichen Zusammenhang zueinander stehen, miteinander gekoppelt werden.<sup>75</sup>

Es könnte also beispielsweise zunächst nur der Ausbau eines Fernwärmenetzes oder die Umrüstung durch den kommunal getragenen VNB direktdemokratisch bewirkt werden,

---

<sup>75</sup> Legler, Direkte Demokratie und der Kohleausstieg – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren, November 2018, S. 14.

um erst die verfassungsrechtliche Voraussetzung im Sinne eines schonenden (und dadurch verhältnismäßigen) Übergangs zu schaffen. In einer zweiten Stufe könnten dann Kommunen in die bestehenden Rechtsbeziehungen rechtssicherer eingreifen bzw. diese durch Anpassung, Neuabschluss oder Novation ihres Rechtsgrundes im Sinne des Klimaschutzes modifizieren.

Eine gleichzeitige Abstimmung über den Ausbau eines Fernwärmenetzes auf der einen und die Kündigung von Gaskunden auf der anderen Seite würde hingegen potentiell gegen das Kopplungsverbot verstoßen.

## **2. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einer Verhinderung des Neuanschlusses von Gaskunden an das bestehende Gasnetz veranlassen**

Im Folgenden wird die Möglichkeit geprüft, den erstmaligen Anschluss von Letztverbrauchern an das kommunale Gasnetz durch eine Bürgerinitiative zu unterbinden.

### **a) Ausgangspunkt und Unterschied zur Kündigung von Bestandskunden**

Für diese Maßnahme kommen im Wesentlichen dieselben einfachgesetzlichen / vertraglichen und verfassungsrechtlichen Hürden wie für Gas-Bestandskunden (oben D.II.1.) in Betracht.

Zwar würde durch eine Unterbindung von Neuverträgen nicht in laufende vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnisse eingegriffen. Die genannten Rechtsbeziehungen sind aber als diskriminierungsfreier Kontrahierungszwang ausgestaltet<sup>76</sup>, so dass jeweils ein Anspruch potentieller Gaskunden (bzw. Anschluss- und Netznutzer) auf Abschluss entsprechender Verträge bzw. auf Gewährung der aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis folgenden Rechte besteht. Gleiches gilt für den VNB, der grundsätzlich als Kehrseite seines Kontrahierungszwangs in seinem Vertrauen auf den Erhalt von Netzentgelten geschützt ist. Beides gilt aber nur, soweit überhaupt ein Gasnetz besteht.

Da sich diese Maßnahme aber nicht auf Bestandskunden, sondern auf den Anschluss von Neukunden richtet würde hier „nur“ die Durchsetzung der genannten Ansprüche auf Anschluss-, Netz- und Versorgungszugang unmittelbar gehindert. Eine abrupte Laufzeitunterbrechung eines bestehenden Liefervertrages läge nicht vor, soweit nicht unabhängig vom Netzzugang bereits ein Vertrag geschlossen wurde, der dann nicht erfüllt werden kann.

Als wesentlicher Unterschied dieser Konstellation zu der unter D.II.1. geprüften Maßnahme ist also zu prüfen, welche Mindestvoraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Unterbindung neuer Netzzugänge und neuer Gaslieferverträge verfassungsrechtlich rechtfertigen zu können.

---

<sup>76</sup> vgl. Sauer, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 20 Rn. 113; Berberich, in: Elspas/Graßmann/Rasbach (Hrsg.), EnWG, § 18 Rn. 14.

## **b) Bestands- und Vertrauensschutz**

Die oben bereits dargelegten (D.II.1.b.) verfassungsrechtlichen Grenzen gelten auch für die Unterbindung von Neuverträgen, da auf deren Abschluss ein Anspruch besteht. Dabei ist zu beachten, dass das Maß hoheitlich gesetzten Vertrauens und damit das Gewicht der beeinträchtigten Rechtsposition hier geringer zu bewerten sind. Der Eingriff in eine bestehende Lieferbeziehung ist nämlich in der Regel tiefer als die Frustration der Erwartung eines erhofften Vertragsabschlusses. Ob gleichwohl eine übermäßige und damit rechtswidrige Belastung vorliegt, kann auch hier abschließend nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls geschehen.

Unterbindet die Kommune vertragliche Beziehungen ohne vorherige Ankündigung mit hinreichend zeitlichem Vorlauf, unterscheidet sich die Eingriffsintensität nicht wesentlich von einem nachträglichen Eingriff in laufende Rechtsbeziehungen. Auch ist zu bedenken, dass die einfachgesetzlichen Ansprüche auf Netzzugang und -nutzung als Bundesrecht Bestand haben und dadurch das Vertrauen auf die Amortisierbarkeit von darauf gerichteten Investitionen grundsätzlich weiterhin geschützt ist. Dies gilt natürlich nur, soweit und solange ein Gasnetz in der Gemeinde überhaupt besteht.

## **c) Ergebnis**

Aus kommunaler Perspektive ist also eine verhältnismäßige Gestaltung auch einer auf die Unterbindung von neuen Lieferbeziehungen gerichteten Einflussnahme mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten verbunden und bewegt sich nur dann im gesetzlichen Rahmen, wenn einerseits ein schonender Übergang geschaffen wird und andererseits ein mit § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG vergleichbares Verweigerungsrecht in rechtlich zulässiger Weise ausgeübt würde. Denn andernfalls wäre ein Bürgerbegehren nicht zulässig, da es sich auf die rechtswidrige Nichterfüllung eines Anspruchs auf Netzzugang richten würde.

## **3. Kann eine Bürgerbewegung den Konzessionsinhaber zu einem baulichen Rückbau bestehender Gasnetze veranlassen?**

Ein anderer Ansatz zur Unterbindung und Begrenzung der bestehenden (kommunalen) Erdgasnutzung besteht darin, Maßnahmen bereits auf Ebene des Konzessionsvertragsrechts (vgl. § 46 Abs. 2 EnWG), also unmittelbar in Bezug auf das bestehende Gasnetz, vorzunehmen.

Um festzustellen, ob dies rechtlich zulässig ist, werden im Folgenden entsprechend der unter D.II.1. geprüften Maßnahme zunächst der einfachgesetzliche Rahmen (insbesondere des EnWG) sowie anschließend die dafür bestehenden verfassungsrechtlichen Schranken geprüft.

### a) öffentlich-rechtlicher Rahmen

Diese Maßnahme unterscheidet sich insoweit von den zuvor geprüften, als es sich um den „nächsten Schritt“ hin zu einer CO<sub>2</sub>-neutralen Wärmeversorgung handelt. Hier sind neben den schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen (Gaslieferverträge, Anschlussnutzungsverhältnis, Netznutzungsverträge etc.) insbesondere die Leitungsbezogenen öffentlich-rechtlich geprägten, leitungsbezogenen Rechtsverhältnisse in den Blick zu nehmen um zu bewerten, ob ein Rückbau des Gasverteilernetzes in gesetzlich zulässiger Weise verlangt bzw. erzwungen werden kann. Im Unterschied zu den hier zuvor geprüften Maßnahmen spielen dabei Wegerechte bzw. Netzkonzessionen (aa) und das Planfeststellungsverfahren (bb) eine übergeordnete Rolle.

#### *(aa) Öffentliche Verkehrswege und Leitungstyp (§ 46 EnWG)*

Gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 EnWG müssen Gemeinden ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, einschließlich Fernwirkleitungen zur Netzsteuerung und Zubehör, zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern im Gemeindegebiet diskriminierungsfrei durch Vertrag zur Verfügung stellen. S. 2 regelt Voraussetzungen dafür, wann die jeweilige Gemeinde dies verweigern kann. § 46 Abs. 1 EnWG normiert also entsprechend zu den obigen Zugangsansprüchen einen Kontrahierungszwang.

In Abgrenzung zu den einfachen Wegenutzungs- oder Konzessionsverträgen i.S. von § 46 Abs. 1 EnWG werden die Wegenutzungsverträge i. S. von § 46 Abs. 2 EnWG auch als qualifizierte Konzessionsverträge bezeichnet.<sup>77</sup>

§ 46 Abs. 2 EnWG regelt spezielle Anforderungen an Wegenutzungsverträge zwischen Energieversorgungsunternehmen und Gemeinden für Energieversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung. Die Regelung des Abs. 1 umfasst hingegen nur solche Leitungen, die der unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern (§ 3 Nr. 25 EnWG) dienen. Zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern dienen in erster Linie Direktleitungen (§ 3 Nr. 12 EnWG). Umfasst sind aber auch alle Arten von Netzen, die nicht der allgemeinen Versorgung dienen, also namentlich Areal- bzw. Objektnetze sowie Kundenanlagen.<sup>78</sup>

§ 46 Abs. 2 EnWG enthält insoweit aber nur Sonderregelungen zu § 46 Abs. 1 EnWG. Die generelle Vorschrift des Abs. 1, insbesondere auch das für die Gemeinde geltende Diskriminierungsverbot, gilt nach herrschender und richtiger Ansicht auch für Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 EnWG.<sup>79</sup>

Im Hinblick auf die nur bedingt anzunehmende volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeit und Bedeutung des Baus von Direkt- und Stickleitungen wird in der Literatur diskutiert, ob die Vorschrift des Abs. 1 so zu lesen ist, dass sie sich nur auf volkswirtschaftlich sinnvolle

---

<sup>77</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 18; Wegner in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, § 46, Rn. 49.

<sup>78</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 21, 22.

<sup>79</sup> Ebda.

Leitungen beziehen würde. Dagegen spricht aber neben dem Gesetzeswortlaut auch die gesetzgeberische Zielsetzung, gerade eine diskriminierungsfreie Einräumung der Wegenutzungsrechte zu regeln.<sup>80</sup>

Der Begriff des „öffentlichen Verkehrswegs“ bezeichnet in diesem Zusammenhang nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht nur Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind, sondern auch solche Flächen, die - unabhängig von einer etwaigen Widmung - der Nutzung durch den öffentlichen Verkehr zumindest faktisch offenstehen.<sup>81</sup> Die öffentlichen Wege, Straßen und Plätze stellen in diesem Zusammenhang eine sogenannte multifunktionale Infrastruktur dar. Die Sondernutzung, wie Aufgrabungen oder Bohrungen, an öffentlichen Verkehrswegen richtet sich daher unbeschadet des § 46 EnWG nach den Vorschriften der Landes- und Bundesstraßengesetze.<sup>82</sup>

Da insbesondere Maßnahmen an Netzen der allgemeinen Versorgung nennenswerten Einfluss auf die Treibhausgasemissionen hätten, seien im Folgenden nur Konzessionsverträge in den Blick genommen, für die grundsätzlich der Anwendungsbereich des § 46 Abs. 2 EnWG eröffnet ist, mithin solche, die Netze der allgemeinen Versorgung betreffen.

#### *(bb) Das Planfeststellungsverfahren*

Für leitungsbezogene Maßnahmen ist neben dem Konzessionsvertragsrecht zu beachten, dass Gasverteilerleitungen regelmäßig nach §§ 43 ff. EnWG der Planfeststellung unterliegen. Bei einem Planfeststellungsverfahren handelt sich um ein förmliches Verwaltungsverfahren für Großvorhaben, an dessen Ende ein bindender und schließlich (jedenfalls für Dritte) unanfechtbarer PFB steht. Für die Entscheidung, ob eines solchen Verfahren erforderlich ist, ist jeweils einschlägige Fachgesetz (hier z. B. das EnWG) relevant. Das „Wie“ der Fachplanung ist übergreifend dafür aber nur rudimentär in den §§ 72 ff. VwVfG geregelt. Die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder enthalten bislang überwiegend identische Vorschriften. Es bestehen gemäß Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG aber Abweichungsmöglichkeiten auf Landesebene.<sup>83</sup>

Vorab sei diesbezüglich darauf hingewiesen, dass in einigen Bundesländern Bereichsausnahmen der Volksgesetzgebung für das Planfeststellungsverfahren normiert sind und mithin Planfeststellungsverfahren<sup>84</sup> daher durch Volksgesetzgebung häufig ohnehin nicht erzwungen werden können. Umso erheblicher könnte ein bestandskräftiger PFB der direkt-demokratischen Einflussnahme im Wege stehen.

---

<sup>80</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 19.

<sup>81</sup> Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 21, 22 m. w. N.

<sup>82</sup> Ebda.

<sup>83</sup> Pielow in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1, 4. Aufl. 2017, Vorb. zu §§ 43–45b, Rn. 8.

<sup>84</sup> z.B. Planänderung, Planaufhebung, Planergänzung oder das ergänzende Verfahren, vgl. § 76 VwVfG.

## **b) Einfachgesetzlicher Rahmen**

Vor diesem Hintergrund ist also neben den schuldrechtlich geprägten gesetzlichen Hindernissen hier insbesondere zu untersuchen, ob und wie öffentliche Wegerechte (bzw. der laufende Konzessionsvertrag) oder ein (bestandskräftiger) Planfeststellungsbeschluss einem Rückbau des Gasnetzes entgegenstehen könnten.

### *(aa) Bestandskräftiger Planfeststellungsbeschluss*

Gemäß § 43 Abs. 1 Nr. 5 EnWG unterliegen Gasversorgungsleitungen mit einem Durchmesser von mehr als 300 Millimetern der Planfeststellung. Neben den Leitungen im Bereich der Fernleitungsnutzung (§ 3 Nr. 19 EnWG) sind davon auch Gasverteilernetze (§ 3 Nr. 37 EnWG) erfasst.<sup>85</sup>

Bei einem Planfeststellungsbeschluss (PFB) handelt es sich um eine Allgemeinverfügung (§ 35 S.2 VwVfG), deren Gegenstand und Wirkung in die Zukunft gerichtet ist. Die wesentlichen Rechtswirkungen des PFB sind in § 75 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 VwVfG geregelt. Diese bestehen allgemein darin, dem Vorhabenträger nahezu uneingeschränkte Rechtssicherheit über den planmäßigen Bestand seines Vorhabens zu gewähren (Genehmigungswirkung, Konzentrationswirkung, Gestaltungswirkung und Duldungswirkung).

Nach Eintritt der Unanfechtbarkeit sind dadurch Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, die den Plangegegenstand bzw. das Vorhaben betreffen, ausgeschlossen (§ 75 Abs. 2 S. 1 VwVfG). Möglich bleibt gemäß § 75 Abs. 2 S. 2 VwVfG ein Anspruch auf Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen, die solche nachteiligen und unvorhersehbaren Wirkungen ausschließen, die erst nach Unanfechtbarkeit des PFB eingetreten sind.

Gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 VwVfG gestaltet der PFB alle öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vorhabenträger und den durch den Plan in ihren Rechten betroffenen Dritten. Dem Inhalt des PFB entgegenstehende Verwaltungsakte verlieren also gegenüber dem Vorhabenträger ihre Wirkung, soweit sie dem PFB widersprechen. Durch den PFB wird der Vorhabenträger mithin durch die Feststellung der Zulässigkeit seines Vorhabens und die Ersetzung aller anderen relevanten öffentlich-rechtlichen Entscheidungen begünstigt.

Gleichzeitig ist der Vorhabenträger verpflichtet die Bestimmungen des PFB zu befolgen und ist mithin belastet. Soweit der Vorhabenträger die Vorgaben im PFB beachtet, muss er indes keine behördlichen Eingriffe in den Plangegegenstand erwarten. Auch (private) Dritte haben Wirkungen und Folgen des Vorhabens zu dulden. Diese Rechtswirkung gegenüber (privaten) Dritten tritt auch dann ein, wenn diese nicht am Planfeststellungsverfahren beteiligt sind.

Im Grundsatz gilt also bei Vorliegen eines PFB, dass dessen einseitige hoheitliche (hier: kommunale) Änderung zulasten des Vorhabenträgers ausgeschlossen ist. Dies wird durch

---

<sup>85</sup> Greinacher in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 43 EnWG, Rn. 6.

die Regelung des § 77 S. 1 VwVfG bekräftigt, wonach eine Aufhebung durch Planfeststellungsbehörde nur dann zu erfolgen hat, wenn ein Vorhaben endgültig aufgegeben wird, mit dessen Durchführung innerhalb von 10 Jahren (§ 43c Nr. 1 EnWG i. V. m. § 75 Abs. 4 VwVfG) begonnen worden ist. Wenn hingegen innerhalb von 10 Jahren<sup>86</sup> der Plan nicht ausgeführt wird, tritt er kraft Gesetzes außer Kraft. Im letzteren Fall ist ein gesonderter Aufhebungsakt also nicht erforderlich.

Umstritten ist allerdings, ob die allgemeinen Rücknahme- und Widerrufsregeln gemäß §§ 48, 49 VwVfG auch auf einen Planfeststellungsbeschluss anwendbar sind. Nach diesen Vorschriften werden nämlich die zuständigen Behörden zur nachträglichen Aufhebung beziehungsweise Abänderung eines bereits erlassenen und unter Umständen sogar unanfechtbar gewordenen Verwaltungsaktes ermächtigt.

Hier kann allerdings nicht der jeweilige Einzelfall und der konkrete Abwägungs- und Verfahrensablauf geprüft werden, sodass hier insbesondere die Frage relevant ist, wie ein bestandskräftiger PFB im Regelfall (also gerade auch bei Fehlen der Widerrufs- und Rücknahmevoraussetzungen nach §§ 48, 49 VwVfG) dem Rückbau des Gasnetzes entgegensteht. Der Meinungsstreit über die Anwendbarkeit der §§ 48, 49 VwVfG kann hier daher dahinstehen. Nach der Rechtsprechung kommt eine Anwendung dieser Vorschriften ohnehin nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Andere Mittel der Einflussnahme auf den Inhalt eines PFB sind die Planänderung, die Planergänzung sowie das Ergänzende Verfahren (vgl. § 43d EnWG). Diese sind aber ebenfalls insbesondere zur Fehlerbehebung konzipiert und nicht generell geeignet den PFB (einseitig) aufzuheben oder sogar in Richtung einer Rückbauverpflichtung abzuändern.

Festgehalten werden kann für die hier untersuchte Frage, dass der jeweilige VNB als Vorhabenträger im Sinne des PFB durch dessen Bestandskraft umfassend vor hoheitlichen und privaten Ansprüchen und Eingriffen geschützt ist. Dieser Schutz, der auch auf Rechtssicherheit zum Zwecke des Investitionsschutzes gerichtet ist, ist weitreichender als nach dem Konzessionsvertragsrecht (dazu sogleich bb). Denn er regelt auch Rechtsbeziehungen gegenüber Verfahrensunbeteiligten und bezieht sich auf die Errichtung, den Betrieb und die Änderung von planfeststellungspflichtigen Anlagen und ist nicht „nur“ eine privatrechtlich behandelte Nutzungsvereinbarung.<sup>87</sup>

Die Änderung eines Vorhabens ist dann planfeststellungspflichtig, wenn sie von einem ursprünglichen PFB nicht mehr erfasst ist. Davon umfasst sind auch Änderungen des Verlaufs einer Leitung oder die Änderung des Betriebs wie die Erhöhung des Drucks bei Gasleitungen, wenn diese Änderung nicht bereits in dem ursprünglichen PFB erfasst ist.

Ein PFB steht auch zivilrechtlichen Ansprüchen (z. B. aus § 1004 BGB) entgegen. § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB gewährt dem Eigentümer (bzw. dem Inhaber eines sonstigen absoluten Rechts) einen auf Beseitigung von Störungen (z. B. einer unberechtigt verlegten Leitung) gerichteten Anspruch, wenn der Rechtsinhaber nicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB zur Duldung dieser Störung verpflichtet ist. Ein PFB begründet indes eine solche Duldungspflicht i. S. d. § 1004 Abs. 2 BGB. Selbst wenn also alle übrigen hier untersuchten

---

<sup>86</sup> Für andere Vorhaben, die nicht § 43c EnWG unterliegen gilt § 75 Abs. 4 VwVfG (5 Jahre).

<sup>87</sup> Greinacher in: Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 43 EnWG, Rn. 11 m.w.N.

rechtlichen Hürden nicht (mehr) bestünden, stünde ein wirksamer PFB dem Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB entgegen, da nach § 1004 Abs. 2 BGB durch den PFB eine Duldungspflicht desjenigen besteht, in dessen Eigentum die Leitung bzw. das Netz errichtet worden ist.

Mithin kann eine Gemeinde den VNB als Vorhabenträger nicht „im gesetzlichen Rahmen“ dazu veranlassen, sein bestehendes Gasnetz zurückzubauen, soweit der PFB wirksam „in der Welt“ ist.

Hier kommt aber in Betracht, die Duldungswirkung eines wirksamen und bestandskräftigen PFB dadurch zu beseitigen, dass eine kommunale Beteiligung an der juristischen Person oder der Personenmehrheit, die durch den PFB als Vorhabenträgers begünstigt ist, geschaffen wird.

Nur so könnten die oben skizzierten, umfangreichen Hürden einer einseitigen Änderung überwunden werden und nach § 77 VwVfG eine Aufhebung erwirkt werden. Dem Vorhabenträger (hier regelmäßig der VNB) wird nämlich mit dem PFB nur die ungehinderte Durchführung des Vorhabens (einschließlich dessen Betriebs) ermöglicht. Ihn trifft nicht die Pflicht, das Vorhaben fortzuführen oder zu betreiben.

Durch eine kommunale Beteiligung könnte der Vorhabenträger also dazu veranlasst werden, Änderungen zu beantragen oder das Vorhaben aufzugeben. Ein Bürgerbegehren müsste also auch hier zunächst auf eine Rekommunalisierung gerichtet sein, um rechtlich zulässigen Einfluss auf den Vorhabenträger nehmen zu können.

**Im Ergebnis** spricht neben den bestehenden landesrechtlichen Bereichsausnahmen für direktdemokratische Mittel mit Bezug zum Planfeststellungsverfahren auch das Planfeststellungsrecht selbst gegen die Möglichkeit eines direktdemokratisch erzwungenen Rückbaus, wenn nicht der Vorhabenträger in kommunaler Hand ist und so zum Verzicht auf den Schutz des PFB veranlasst werden kann oder er das Vorhaben freiwillig aufgibt.

Aus kommunaler Perspektive kommt eine netzbezogene Baumaßnahme also erst im Einvernehmen mit dem Vorhabenträger oder durch eine Beseitigung der Rechtswirkungen des PFB in Betracht. Ein Einvernehmen könnte allerdings bei bestehender kommunaler Trägerschaft durch eine Bürgerinitiative „erzwungen“ werden.<sup>88</sup>

#### *(bb) Konzessionsvertragsrecht*

Auf vertraglicher Ebene stehen auch laufende Konzessionsverträge einer (gemeindlichen) Rückbauverpflichtung in der Regel entgegen.

Neben der Verletzung des Nebenleistungsverbots nach § 3 Abs. 2 KAV bei der Neuvergabe von Gasnetzkonzessionen, stehen die aus dem bestehenden Konzessionsvertrag folgenden Rechte des Konzessionsnehmers (bzw. auf Seiten der Gemeinde: Pflichten) einer Rückbauverpflichtung entgegen, wenn das Gasnetz nicht bereits stillgelegt ist.

---

<sup>88</sup> vgl. zur Rekommunalisierung: Graßmann/Bläß in: Elspas/Graßmann, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 46 EnWG, Rn. 8.



Ein Recht oder eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers in dem jeweiligen Gemeindegebiet zugleich auch eine umfassende Versorgung zu betreiben, ist mit dem Wegenutzungsvertrag zwar nicht verbunden. Gleichwohl bestehen während der Laufzeit des Konzessionsvertrages auf den Rückbau von Leitungen gerichtete Beseitigungsansprüche nach § 1004 BGB zugunsten der Kommune wegen der konzessionsvertraglich eingeräumten Gestattung nicht. Konzessionsverträge begründen nämlich eine Duldungspflicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB. Auch eine vertraglich vereinbarte (Teil-) Rückbaupflicht setzt voraus, dass das Gasnetz (teilweise) stillgelegt worden ist. Nicht vereinbart werden darf auf Grund des Nebenleistungsverbots eine Pflicht zu einer Stilllegung, die z. B. nach den Ergebnissen der Wärmeplanung auszurichten wäre.

Zwar sind die rechtlichen Hürden, die laufende Konzessionsverträge einem Leitungsrückbau bereiten, nicht mit denen eines bestandskräftigen PFB zu vergleichen. Die umfassende Wirkung eines PFB (Genehmigungswirkung, Konzentrationswirkung, Gestaltungswirkung und der Duldungswirkung) reicht nämlich weiter als die vertragliche Bindung von Konzessionsgeber- und Konzessionsnehmer. Allein die beschränkte Laufzeit, die einvernehmliche Anpassungsmöglichkeit oder bestehende vertragliche oder gesetzliche Sonderkündigungsrechte zeigen, dass Konzessionsverträge im Gegensatz zu Planfeststellungsbeschlüssen nicht auf ihren dauerhaften und für Dritte unveränderbaren Bestand angelegt sind.

Durch die gesetzlichen Vorgaben auch zum Vertragsinhalt sind laufende Konzessionsverträge indes nicht ohne Weiteres kündbar.

Zwar stellt § 46 Abs. 3 S. 3 EnWG klar, dass Konzessionsverträge auch vorzeitig beendet werden können. Dass dies insbesondere nicht ohne Schutz eines berechtigten Vertrauens des VNB auf den Bestand der Nutzungsgestattung rechtlich zulässig wäre, zeigen auch die Auslegungsregeln und Wertungen des § 113a EnWG. Dieser bestimmt in Abs. 2 Auslegungsregeln zugunsten einer Wasserstoffumrüstung. Danach sind bestehende Konzessionsverträge hinsichtlich des zu transportierenden Gases technologieoffen so auszulegen, dass sie auch den Transport von Wasserstoff umfassen. Abs. 3 enthält zudem eine Pflicht zum Neuabschluss von für den VNB gleichwertigen Wasserstoff umfassenden Verträgen, wenn eine insoweit günstige Auslegung nicht möglich ist. Ist eine Auslegung nicht in diese Richtung möglich, sollen also Verträge abgeschlossen werden, deren Bedingungen nicht schlechter sein dürfen als nur erdgasbezogene Gestattungsverträge. Darin ist die (bundes-) gesetzgeberische Wertung enthalten, dass eine erforderliche Umrüstung oder eine Nutzungsänderung des Netzes (die auch einen teilweisen Rückbau umfassen kann) auch zu treibhausgasreduktiven Zwecken den jeweiligen Konzessionsnehmer des Bestandsvertrags nicht schutzlos stellen darf.<sup>89</sup> Der Bundesgesetzgeber hat hier das Vertrauen der VNB auf den Fortbestand laufender Konzessionsverträge für besonders schützenswert gehalten.

Da in Konzessionsverträgen regelmäßig keine ordentlichen (einseitigen) Kündigungsrechte auf Seiten des Konzessionsgebers geregelt sind, kommt für die Änderung oder Beendigung der Verträge auch hier eine außerordentliche Vertragsanpassung bzw. Beendigung nach §§ 313, 314 BGB im Lichte von Art. 20a GG in Betracht.

---

<sup>89</sup> vgl. auch zu Flüssiggas-Verträgen: OLG Naumburg NZBau 2015, 509.

Auch für Konzessionsverträge nach § 46 EnWG gelten die oben dargelegten Grundsätze zu den Rechtsfolgen von § 313 BGB (Wegfalls der Geschäftsgrundlage) in Systemkrisen (Vgl. bereits oben D.II.1.ee). Ein Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage setzt also voraus, dass eine schwerwiegende Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsschluss vorliegt, durch welche die Risikoverteilung zum Nachteil einer Vertragspartei mit der Folge gestört wird, dass der benachteiligten Partei ein Festhalten an dem Vertrag zu unveränderten Bedingungen nicht mehr zuzumuten ist.<sup>90</sup>

Im Rahmen von Konzessionsverträgen nach § 46 EnWG, deren Vergabeturnus und Vergabekriterien im Einzelnen geregelt sind, ist indes fraglich, ob das Risiko einer Erdgas-Versorgungs- oder der Klimakrise nicht zum allgemeinen Vertragsrisiko gehört. Die Bedeutung dieser Risiken hat der Bundesgesetzgeber nämlich im Rahmen des § 1 EnWG und durch die Regelungen des EnWG zum Konzessionsvertrag zumindest ansatzweise erkannt. Auch hier gelten mithin die obigen Ausführungen zur Frage einer etwaigen gesetzlichen Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien (D.II.1.ee). Ein Beispiel dafür ist § 113a Abs. 3 EnWG, der zumindest für den Fall einer erforderlichen Wasserstoffumrüstung das Risiko der Gemeinde zuweist, da die Gemeinde danach zum Abschluss neuer Verträge unter Aufhebung der bestehenden Verträge (Novation) oder zu deren Anpassung verpflichtet ist, ohne den Konzessionsnehmer schlechter stellen zu dürfen.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind diese Risiken zumindest für den nunmehr realistischen Fall, dass Erdgasleitungen in naher Zukunft teilweise funktionslos werden, regelmäßig aber nicht hinreichend vertraglich zwischen den Beteiligten (z. B. dem VNB als Konzessionsinhaber und der Gemeinde) verteilt oder gesetzlich geregelt, sodass eine Kündigung oder zumindest eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB nach unserer Auffassung in Betracht kommt. Das gilt umso mehr, wenn der jeweilige Konzessionsvertrag erst in den letzten Jahren mit einer Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen worden ist. Dabei ist auch der Rechtsgedanke des § 113a EnWG zu beachten, der eine Vertragsanpassung (bzw. die Aufhebung durch den Abschluss eines neuen Vertrages) einer endgültigen Beendigung der vertraglichen Beziehungen vorzieht.

Allerdings ist nicht zu erwarten, dass ein privat getragenes Unternehmen einer auf § 313 BGB begründeten teilweisen Vertragsanpassung und -aufhebung, die wirtschaftliche Nachteile für das Unternehmen bedeuten würde, widerspruchslos zustimmt.

**Im Ergebnis** bietet sich daher auch hier zunächst die Verstärkung der kommunalen Einflussnahme auf den VNB bzw. die sonstigen Beteiligten an, um eine beiderseitige und damit einvernehmliche Änderung des laufenden Vertrages zu ermöglichen.

Hingegen käme in der Ausgangskonstellation, in der kein kommunaler Einfluss auf den VNB besteht, dann ein auf Leitungsrückbau gerichteter Anspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn der Konzessionsvertrag trotz des Rechtsgedankens des § 113a Abs. 3 EnWG funktionslos geworden ist und eine Anpassung oder ein Neuabschluss unter vergleichbaren Bedingungen zugunsten des VNB ausgeschlossen ist.

Bei § 1004 Abs. 1 BGB handelt es sich indes um einen materiell-rechtlichen Anspruch, zu deren Geltendmachung die konzessionsgebende Kommune als Hoheitsträger nach unserer

---

<sup>90</sup> Weise: Risikoverteilung beim Konzessionsvertrag NJW-Spezial 2020, 44.

Auffassung aus ihrer Daseinsvorsorgeverpflichtung ohnehin verpflichtet wäre, wenn die Leitungen endgültig stillgelegt sind und stattdessen an gleicher Stelle z. B. ein Fernwärmenetz verlegt werden könnte. Eine direktdemokratische Verpflichtung in diese Richtung würde dann leerlaufen. Gehen von dem stillgelegten Netz hingegen keinerlei Störungen aus, wäre es dann zweckmäßig einen Rückbau über ein Bürgerbegehren zu erzwingen, wenn daran ein besonderes Interesse besteht.

Ein Bürgerbegehren könnte sich nach unserer Auffassung aber auch auf die Geltendmachung von Sonderkündigungsrechten (vertraglich vereinbart oder gemäß §§ 313, 314 BGB) richten. Der Abstimmungstext würde sich dann aber allein auf die Geltendmachung dieser Sonderkündigungsrechte durch die Konzessionsgeberin beziehen; es wäre keinesfalls sichergestellt, dass diese Rechtsauffassung im Einzelfall gerichtlich, geschweige denn vom jeweiligen Konzessionsinhaber geteilt wird, wenn auf diesen nicht ohnehin in rechtlich zulässiger Weise Einfluss genommen werden kann (wodurch allerdings wiederum die Geltendmachung eines Sonderkündigungsrecht regelmäßig überflüssig würde).

Die Beendigung laufender Konzessionsverträge ist also einseitig durch eine Gemeinde in der Regel nicht möglich. Einem Rückbau stehen bestehende Konzessionsverträge daher grundsätzlich auch dauerhaft entgegen. Für Bürgerbegehren bedeutet dies, dass bestehende Konzessionsverträge der direktdemokratischen Veranlassung eines Leitungsrückbaus nach derzeitiger Rechtslage regelmäßig entgegenstehen.

#### *(cc) §§ 15, 16a EnWG*

Nach § 15 EnWG, der nach § 16a EnWG auch für die Verteilernetzebene gilt, haben VNB den Gastransport durch ihr Netz unter Berücksichtigung der Verbindungen mit anderen Netzen zu regeln und mit der Bereitstellung und dem Betrieb ihrer Netze im nationalen und internationalen Verbund zu einem sicheren und zuverlässigen Gasversorgungssystem insgesamt beizutragen.<sup>91</sup>

Die Ausgliederung eines Verteilernetzes aus einem entsprechenden Netzverbund steht der Erfüllung dieser Pflicht evident entgegen, da nur ein betriebenes Netz Teil eines aufeinander abgestimmten Netzverbundes sein kann.

Gas-Verteilernetze haben oftmals auch nachgelagerte Verteilernetzebenen, die entweder als Punktnetz vollständig von der Sicherheit und Zuverlässigkeit des vorgelagerten Verteilernetzes abhängig sind oder – bei einer Kopplung an mehrere vorgelagerte Gasversorgungsnetze – zumindest in dem Ausmaß, welches sich durch den nach § 7 GasNZV abzuschließenden Netzkopplungsvertrag und aus der jeweiligen Vorhalteleistung ergibt.<sup>92</sup> Auch bestehen gemischt-genutzte Leitungen, die sowohl der örtlichen als auch der überörtlichen Versorgung dienen. Diese können auf Gemeindeebene nicht im rechtlich zulässigen Rahmen stillgelegt und beseitigt werden.

---

<sup>91</sup> Vgl. auch Höhne in, Elspas/Graßmann/Rasbach, EnWG, 1. Aufl. 2018, § 16a EnWG, Rn. 7 f.

<sup>92</sup> Ebda.

Im Ergebnis können netzbezogene (Rückbau-) Maßnahmen nur dann auf kommunaler Ebene erfolgen können, wenn eine entsprechende Verknüpfung von Fernleitungs- und Verteilernetzfunktion nicht vorliegt. Das ist im Einzelfall zu untersuchen und in den Fällen des § 46 Abs. 2 EnWG nicht der Regelfall.

Die §§ 15, 16a EnWG stehen mithin einem kommunalen „Netzeintrag“ entgegen. Da diese auch den Zweck haben, die Sicherheit der Netze zu gewährleisten, können diese auch nicht ignoriert werden. Es muss daher im Einzelfall untersucht werden, welche Netze mit dem jeweiligen kommunalen Netz verbunden sind.

*(dd) §§ 17, 18 EnWG*

Hinsichtlich §§ 17, 18 EnWG und sonstigen Netznutzungsverträgen sowie Gaslieferverhältnissen gilt das obige Ergebnis: Ohne kommunale Beteiligung auf beiden Seiten entsprechender Schuldverhältnisse, wäre ein durch ein Bürgerbegehren erzwungener Eingriff in bestehende rechtliche Beziehungen in diesem Sinne nur unter Schaffung von Entschädigungs- und Übergangsbestimmungen und durch eine einseitige Vertragsanpassung oder -aufhebung möglich und dadurch mit erheblichen Unsicherheiten verbunden.

### **c) Verfassungsrechtliche Schranken**

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grenzen kommunalen Handelns gilt das oben (D.II.1.b.2) Dargelegte hier entsprechend.

## **4. Kann der Konzessionsinhaber dann zu einer Stilllegung des Gasnetzes veranlasst werden, wenn eine (erneuerbare) alternative Wärmeversorgung geschaffen worden ist?**

Diese Maßnahme entspricht dem bereits oben (D.II.3.) dargelegten Ziel, die bestehende Erdgasversorgung entsprechend einer kommunalen Wärme(leit-)Planung zu transformieren und schließlich auch physisch vollständig zu verdrängen.

Als alternative Versorgungslösungen und Wärmequellen kommen Objekt- und Quartierslösungen (Wärmepumpen, Power-to-Heat-Anlagen, BHKWs, Wärmespeicher, Geothermie) sowie die Errichtung und der Ausbau eines (Fern-) Wärmenetzes in Betracht.

### **a) Einfachgesetzlicher Rahmen**

Eine entsprechende Maßnahme ist – wie bereits oben dargelegt (II.3.b.1.) – im laufenden Konzessionsvertrag auf Grund bundesrechtlicher Vorschriften und bestehender Vertragsbeziehungen nicht über ein Bürgerbegehren erzwingbar. Das gilt für die Vorschriften des

EnWG unabhängig vom Bestand einer Alternativversorgung. Die Schaffung einer alternativen Versorgung ist „nur“ erforderlich, um den rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, also unzumutbare Belastungen zu vermeiden.

Auch eine Neuausschreibung in Verknüpfung mit einer kommunalen Wärmeplanung stellt im Regelfall eine derzeit nach Bundesrecht verbotene Nebenleistung zugunsten der Konzessionsgeberin dar (D.I.1.). Wenn aber der VNB bereits in kommunaler Hand ist, ist eine entsprechende Anpassung des Konzessionsvertrags denkbar. Ob dies für den VNB wirtschaftlich tragfähig wäre, ist eine Frage des Einzelfalls.

In dieser Konstellation ist aber der kundenseitige Umbauebedarf gleichsam beachtlich und kann auf Grund der dafür erforderlichen Investitionen ein gesetzliches Hindernis darstellen.

Ein entsprechender Energieträger- und Leitungswechsel setzt nämlich auch einen Umbau von Wärme- / Stromerzeugungsanlagen und Übergabestationen, die gegenwärtig an das Gasnetz angeschlossen sind, voraus.

Dies kann verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt werden, wenn entweder ohnehin keine oder nur unzureichende Gasversorgung mehr stattfindet (z.B. im Falle eines festgestellten Notfalls nach dem Notfallplan Gas) oder wenn zumindest zumutbare Übergangs- und Ausgleichsregelungen getroffen werden, die es den Letztverbrauchern überhaupt ermöglicht ihrerseits eine Umrüstung finanziell tragen zu können.

Hinsichtlich bestehender Netznutzungs- und Gaslieferverträge gelten die obigen Erwägungen (D. II.1. und 2.). Ein entsprechender Eingriff ohne Einbeziehung des Gaslieferanten ist daher nach der hier vertretenen Auffassung im derzeitigen gesetzlichen Rahmen nicht möglich. Denn ein Wechsel auf eine Wärmenetzkonzession würde einen zumindest kompensationsbedürftigen Eingriff in diese rechtlichen Beziehungen bedeuten.

## **b) Verfassungsrechtliche Schranken**

Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Grenzen kommunalen Handelns gilt das oben (C. 1. 2. B.) Dargelegte hier entsprechend.

Verfassungsrechtlich unzulässige Belastungen würden durch die Errichtung alternativer Versorgungslösungen aber vermieden werden können.

## **E. Fazit**

Im Ergebnis sind die Möglichkeiten eines „kommunalen Erdgasausstiegs“ sehr eingeschränkt. Ohne kommunale Beteiligung an den jeweilig betroffenen Akteuren der gemeindlichen Gasversorgung (insbesondere dem VNB und dem Grundversorger) stehen die energierechtlichen Vorschriften zur Marktregulierung (bzw. Marktliberalisierung) einem kommunal gesteuerten Erdgasausstieg gegenwärtig in der Regel entgegen. Es besteht insoweit gesetzgeberischer Handlungsbedarf, wenn der politische Wille besteht, entsprechende „bottom-up“ – Initiativen zu ermöglichen.

Möglichkeiten können allerdings dadurch eröffnet werden, dass eine kommunale Beteiligung an den an der Gasversorgung beteiligten juristischen Personen oder Personenmehrheiten durch eine Bürgerinitiative erzwungen wird, um sodann auf eine Anpassung bestehender Verträge unter Einbeziehung des VNB (also der jeweiligen kommunal getragenen juristischen Person oder Personenmehrheit) hinwirken zu können. Letzteres kann Gegenstand eines Bürgerbegehrens sein.

Einseitige Kündigungs- und Anpassungsforderungen hinsichtlich bestehender Verträge und Rechtsbeziehungen kommen zwar nach der hier vertretenen Auffassung in Betracht, eine Geltendmachung durch die Kommune ist aber mit erheblichen Unsicherheiten verbunden und scheint daher für ein Bürgerbegehren eher ungeeignet.

Verfassungsrecht steht einem entsprechenden (abgewogenen) Übergang auf kommunaler Ebene nicht im Wege, wenn eine alternative Versorgung gewährleistet werden kann.

Gleichzeitig besteht auf Grund drohender Gaslieferengpässe ohnehin erhebliche Unsicherheit im Bereich der Gasversorgung. Die „Kraft des Faktischen“ ist in diesem Zusammenhang auch normativ beachtlich: Wenn ein Erdgas-Verteilernetz den Bedarf ohnehin nicht mehr decken kann oder für den VNB faktisch ohnehin erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der Nutzung seines Netzes in naher Zukunft bestehen, ist zu erwarten, dass transformative Prozesse in der Praxis nicht am vermeintlichen Vertrauen auf die Kontinuität der Erdgasversorgung scheitern werden.

Indes bestehen bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage Möglichkeiten insbesondere über die umfassende kommunale Beteiligung an lokalen Akteuren des Energiemarktes die Dekarbonisierung effektiv zu beschleunigen und lokal sogar vollständig zu erreichen. Dies ist umso einfacher, je weniger das betroffene Versorgungsnetz in einen Netzverbund integriert ist, da ein kommunaler Sonderweg dann die Funktionsfähigkeit der Versorgung anderer Gemeindegebiete nicht beeinträchtigt.

Rechtsanwalt  
Dr. Dirk Legler

Rechtsanwalt  
Victor Görlich